



República de Colombia  
Rama Judicial  
Tribunal Administrativo del Tolima  
Mag. José Aleth Ruiz Castro

Ibagué, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Radicación N° :	73001-33-33-007-2018-00191-01
Número Interno:	0632-2021
Medio de Control:	REPARACION DIRECTA
Demandante:	JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ Y OTROS
Demandado:	NACION – RAMA JUDICIAL – FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

## I- ASUNTO A DECIDIR

De conformidad con lo establecido en los artículos 187 y 247 del C.P.A.C.A., procede la Sala Oral de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el vocero judicial de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 28 de junio de 2021 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda impetrada a través del mandatario judicial de los señores JOSÉ ISMAEL TIQUE ORTIZ, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hija SARA VALENTINA TIQUE TIQUE; así como YOLANDA COLO YARA, quien actúa en nombre propio y en representación de LINA MARIA TIQUE COLO, al igual que el señor WILMAR TIQUE ORTIZ, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hijo JULIAN ESTEBAN TIQUE CARRILLO; y los señores(as) GLORIA ORTIZ DE TIQUE, ISMAEL TIQUE POLOCHE, FLOR ANGELA TIQUE ORTIZ, MARIA SOLEIDA TIQUE ORTIZ, IVÁN TIQUE ORTIZ, MARIA OLIVERA TIQUE POLOCHE, MERY TIQUE CARRILLO, MARTA LUZ TIQUE CARRILLO, CIRO ORTIZ CUPITRA, DIVA ORTIZ DE CARILLO, ARGELIA ORTIZ CUPITRA y XIMENA CARRILLO ORTIZ, contra La Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación.

## II. ANTECEDENTES

### 1. Pretensiones (fol. 169 c. ppal.)

*“(…)1.- Que LA NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL es responsable administrativamente de todos los perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación ocasionados a JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ, quien actúa en su nombre y en nombre y representación de SARA VALENTINA TIQUE TIQUE; a YOLANDA COLO YARA quien actúa en nombre y representación de LINA MARIA TIQUE COLO; a GLORIA ORTIZ DE TIQUE, ISMAEL TIQUE POLOCHE, FLOR ANGELA TIQUE ORTIZ, MARIA SOLEIDA TIQUE ORTIZ; a WILMAR TIQUE ORTIZ, quien actúa en su nombre y en nombre y representación de JULIAN STEBAN TIQUE YATE; a IVAN TIQUE ORTIZ, MARIA OLIVERIA TIQUE POLOCHE, MERY TIQUE CARRILLO, MARTA LUZ TIQUE CARRILLO, CIRO ORTIZ CUPITRA, DIVA ORTIZ DE CARRILLO, ARGELIA ORTIZ CUPITRA, XIMENA CARRILLO ORTIZ, por la detención sufrida por JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ el día 7 de marzo de 2.017, recuperando su libertad el 23 de Agosto de 2.017 en el municipio de Coyaima (Tol.) y hechos subsiguientes.*

2. - Que como consecuencia de la anterior declaración, LA NACIÓN-FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL debe pagar en forma indexada a JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ, quien actúa en su nombre y en nombre y representación de SARA VALENTINA TIQUE TIQUE; a YOLANDA COLO YARA quien actúa en nombre y representación de LINA MARIA TIQUE COLO; a GLORIA ORTIZ DE TIQUE, ISMAEL TIQUE POLOCHE, FLOR ANGELA TIQUE ORTIZ, MARIA SOLEIDA TIQUE ORTIZ; a WILMAR TIQUE ORTIZ, quien actúa en su nombre y en nombre y representación de JULIAN STEBAN TIQUE YATE; a IVAN TIQUE ORTIZ, MARIA OLIVERIA TIQUE POLOCHE, MERY TIQUE CARRILLO, MARTA LUZ TIQUE CARRILLO, CIRO ORTIZ CUPITRA, DIVA ORTIZ DE CARRILLO, ARGELIA ORTIZ CUPITRA, XIMENA CARRILLO ORTIZ, la totalidad de los perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación, de conformidad con la liquidación que de ellos se haga más adelante. 3. - Que la parte demandada cumpla la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A. 4. - Por las costas y gastos del proceso. (...)

## **2. Fundamentos fácticos (fol. 170 Cdo. ppal)**

Como fundamento de sus pretensiones, la apoderada de la parte accionante expuso los siguientes hechos relevantes:

- Señaló que el señor JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ, debió soportar un proceso penal que culminó con sentencia absolutoria proferida el día 28 de noviembre de 2.017 por el Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento del Guamo (Tolima), por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.
- Indicó que el señor JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ, estuvo privado de la libertad bajo detención intramural en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario del Guamo (Tolima), desde el 7 de marzo de 2.017 hasta el día 23 de agosto de 2.017, es decir, 5 meses y 16 días.
- Aseveró que el señor JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ, debió cancelar de su peculio el valor de los honorarios profesionales de abogado para la respectiva defensa penal que se adelantó en la Fiscalía 47 Seccional del Guamo (Tol.) y en Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento del Guamo (Tol.), C.U.I. 7321767000461201700093, radicado 2017-00074-00, por el delito de acceso carnal abusivo en menor de catorce años, que de acuerdo con lo establecido por la Corporación Colegio Nacional de Abogados "CONALBOS", corresponde a 13 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Afirmó que la privación injusta del demandante causó graves perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación del detenido, su compañera permanente, su hija, sus padres, sus hermanos, sus tíos, sus sobrinos y sus primos, pues se encontraron ante una situación humillante e injusta, la cual se agravó pues el afectado, por circunstancias ajenas a su voluntad, debió dejar abandonado su empleo durante el lapso que duró la investigación, hasta meses después de la fecha de su reclusión y puesta en libertad.
- Agregó que el directo afectado se desempeña como agricultor, devengando un salario mínimo mensual de \$737.716, dejado de percibir desde el instante en que fue privado de la libertad, es decir cinco (5) meses y dieciséis (16) días y por los siguientes 10 meses, tiempo que permaneció desempleado mientras encontraba un trabajo una vez puesto en libertad.

## **3. Contestación de la demanda:**

### **3.1 Fiscalía general de la Nación (fls. 222-244 C. Ppal )**

Por conducto de mandatario judicial el ente acusador dio respuesta oportuna a las pretensiones del extremo activo, oponiéndose a su prosperidad, aseverando que no es posible declarar la responsabilidad de la entidad, toda vez, que dentro del presente proceso no se evidenció una actuación arbitraria, ni mucho menos existió error judicial y un defectuoso funcionamiento de la administración.

Asimismo, objetó la cuantía estimatoria de los perjuicios razonados por el apoderado actor, señalando que frente a los perjuicios morales solicitados por el accionante los mismos deben ser tasados con base a los pronunciamientos del Consejo de Estado, esto en caso de considerar una sentencia condenatoria para la Entidad.

Respecto de la indemnización solicitada por la parte actora por el perjuicio material en la modalidad de lucro cesante, indicó que se opone a dicha pretensión, puesto que el hoy demandante no aportó prueba que conlleve a la verificación de los ingresos que percibía para la época de los hechos. Asimismo, se opuso al reconocimiento de los honorarios cancelados al profesional del derecho.

En cuanto al daño a la vida de relación, consideró que no hay lugar a reconocer indemnización alguna por este concepto, ya que la afectación a la que se hace referencia en la demanda es aquella que soporta generalmente cualquier persona sometida a una privación de la libertad, afectación que se subsume dentro del perjuicio moral.

De otra parte, señaló que la investigación en la cual se vio involucrado el señor JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ, tuvo su origen en el informe presentado por la Comisaría de Familia del Municipio de Coyaima - Tolima, en el que daba a conocer sobre el posible acceso carnal abusivo con menor de 14 años del que había sido víctima la menor L.M.T.C., de 13 años de edad, quien en entrevista psicológica realizada el 1 de marzo de 2016, manifestó que los hechos sucedieron en el mes de agosto del año 2015, en la Vereda Coyarco del municipio de Coyaima, cuando la menor contaba con 12 años y medio de edad, quien sostenía una relación sentimental con el señor JOSE ISMAEL TIQUE, quien le decía que la amaba y que desde dicha época venía sosteniendo relaciones sexuales con él y como producto de ellas, quedó en estado de embarazo.

Aseveró que estaban dadas las condiciones para la solicitud por parte de la Fiscalía ante el Juez de Garantías de la legalidad de captura, imputación y solicitud de medida de aseguramiento del señor JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ, la cual fue decretada por el Juez Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Coyaima - Tolima, por cuanto se infirió razonablemente que era autor de la conducta de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años; haber proferido una decisión contraria a ello, en su momento, se habría tornado ilegal, puesto que para ese instante existían los suficientes elementos materiales y evidencia física para imputarle la conducta ya descrita.

Precisó que le corresponde a la Fiscalía adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, solicitar, como medida preventiva, la detención del sindicado, correspondiéndole al Juez de garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, y decretar las que estimar procedentes, para luego establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir que, en últimas, si todo se ajusta a derecho, es el juez de garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer.

Igualmente propuso las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la falla del servicio, ausencia del daño antijurídico e inimputabilidad del mismo a la Fiscalía General de la Nación, inexistencia del nexo de causalidad.

### **3.2 Consejo Superior de la Judicatura – Rama Judicial (fls. 200-210 C. Ppal.)**

Admitida la demanda, la vocera judicial del Consejo Superior de la Judicatura – Rama Judicial recorrió oportunamente el traslado de la demanda, indicando que con fundamento en las previsiones del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, el Consejo de Estado profirió la Sentencia de Unificación del 17 de octubre de 2013, en la que, entre otros aspectos destacó que se ampliaba la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente con base en un título objetivo de imputación, a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico, aunque el mismo se derive de la aplicación dentro del proceso penal respectivo, del principio *in dubio pro reo*, de manera tal que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos.

Por lo anterior destacó que cuando una persona es sometida a una medida privativa de la libertad y posteriormente es absuelta, sin importar la ley penal bajo la cual se tramitó el respectivo proceso penal, o la causal por la cual se profirió la absolución, habrá lugar a responsabilidad del Estado, en aplicación de la teoría del daño especial.

Precisó que la anterior orientación jurisprudencial varió a partir de la sentencia expedida el 10 de agosto de 2015, con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio, Rad. 54001233100020000183401 (30134), donde se adoptó otra posición y cuyo eje está enfocado a realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustentan la exoneración penal, como podría ser la aplicación del *in dubio pro reo*, esconde deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son las que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación penal a su favor.

En el caso *sub lite* destacó la togada que no existe daño antijurídico causado en las actuaciones realizadas por el Juez de Control de Garantías, ya que la audiencia preliminar se encuentra ajustada a derecho, y no se observa, capricho, arbitrariedad, negligencia o culpa en el actuar de ese juez, por esto manifestó que todas y cada una de los actos desarrollados por esos despachos judiciales se realizaron en cumplimiento de las normatividad vigente y en ningún momento se vulneró el derecho procesal o sustancial, por lo que no existe falla en el servicio y no hay responsabilidad en la Rama Judicial por la privación de la libertad del señor JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ.

Añadió que la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Guamo (Tolima), absolvió al señor JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ por duda, motivo por el que no se presenta la causal de responsabilidad contenida en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1992, por esta razón no existe responsabilidad del Estado por la privación de la libertad del señor TIQUE, ya que el régimen de responsabilidad es objetivo y no se puede predicar la falla en el servicio

Enfatizó que la teoría presentada por la Fiscalía al inicio del juicio oral no encontró respaldo en las pruebas legalmente recaudadas y arrimadas al proceso, por cuanto además tuvo falencias de tipo probatorio que conllevaron a que el Juez con Funciones de Conocimiento no pudiese emitir sentencia condenatoria ante el hecho de que no se encontraba demostrada la participación del convocante.

Subrayó que el Juez con Funciones de Control de Garantías que actuó durante el proceso penal, cumplió las funciones que le asigna la ley 906 de 2004, las audiencias por él dirigidas fueron audiencias preliminares, en las cuales, no se discute la responsabilidad penal de los imputados, por cuanto el Juez con Funciones de Control de Garantías trabaja con elementos probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, elementos que no constituyen plena prueba y por ende, no son suficientes para discutir la responsabilidad, por lo cual la medida de aseguramiento impuesta a los accionantes obedeció a principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación.

Destacó que cuando la fiscalía incumple sus deberes probatorios, y el juez debe absolver al procesado no surge la responsabilidad del Estado respecto de la Nación – Rama Judicial, porque la privación de la libertad, tuvo origen en el caudal probatorio allegado inicialmente por el ente investigador, el cual posteriormente no reunió los requerimientos necesarios para convertirse en plena prueba y que fuese el soporte de una decisión condenatoria.

Finalmente propuso las excepciones que denominó: “inexistencia de perjuicios, ausencia de nexo causal, falta de legitimación en la causa por pasiva, no cumplimiento de los requisitos establecidos en la jurisprudencia de la corte constitucional para que opere la responsabilidad del estado y la innominada o genérica.”

#### **4. La sentencia impugnada**

Lo es la proferida el 28 de junio de 2021 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de esta ciudad que negó las pretensiones de la demanda.

Para arribar a la anterior decisión, consideró la Jueza *a quo* que para el momento específico en que se solicitó la imposición de la medida de aseguramiento en contra del señor JOSÉ ISMAEL TIQUE ORTÍZ, la misma aparecía necesaria, adecuada, proporcional y razonable, ponderando además la gravedad de la conducta (Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años; Art. 208 C.P.), resaltando así, la cabal concurrencia de los requisitos de los mentados artículos 3.08-2 y 313 del C.P.P.,); situaciones que, para ese momento preliminar de la investigación, avalaron la procedencia de la medida de aseguramiento, en centro carcelario, dictada por el Juez de Control de Garantías.

Por lo tanto, a juicio de la jueza de instancia, para el momento de imposición de la medida, la misma satisfizo los fines Constitucionales y legales para considerarse formal y objetivamente justa, de manera pues que se predica que el señor JOSÉ ISMAEL TIQUE ORTIZ se encontraba legítimamente compelido a soportar la privación de su libertad.

#### **5. Fundamentos de la impugnación**

##### **5.1 Parte demandante**

Oportunamente el apoderado del extremo activo recurrió la sentencia de primera instancia, argumentado que la Fiscalía General de la Nación debió realizar como acto previo a la captura del directo afectado la evaluación del caso en particular, con el fin de determinar si se trataba del responsable del delito de acceso carnal violento con menor de 14 años, esto es, que en su labor investigativa y antes de proferirse orden de captura y su respectiva legalización debió recolectar los elementos o información que pudiera ser requerida dentro de la investigación para obtener sentencia condenatoria, empero, su actuación se tomó desproporcionada al prolongar el proceso por más de 5 meses sin obtener las pruebas que determinarían que JOSE ISMAEL era responsable, resultando imposible para la Fiscalía General de la Nación probar la responsabilidad del acusado en el proceso, al tener como base de la acusación que este sostuvo relaciones con la menor

L.M.T.C., sin tener en cuenta que el entonces acusado inició noviazgo con la menor, y que posterior a ello, con el consentimiento de esta y de sus padres establecieron unión marital de hecho, desconociendo por completo el entonces acusado que estaba actuando de manera ilícita, ya que al ser una persona iletrada y con sus costumbres arraigadas entablar una relación estable y socialmente vista con una menor de edad no comporta un delito, debiendo el ente investigador realizar actuaciones tendientes a conocer y establecer esta situación, pero no proceder de inmediato, como en efecto lo hizo, a imponer una medida de aseguramiento de detención preventiva.

### **III. TRAMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA**

Por auto del 13 de septiembre del 2021 se admitió el recurso interpuesto por el apoderado de la parte demandada y, en aplicación al numeral 5º del artículo 247 del CPACA modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, ingresó el expediente al Despacho el 7 de octubre de 2021, para proferir sentencia, sin que las partes se hubieran pronunciado respecto de los recursos de apelación, ni formulado alegatos de conclusión.

### **IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

#### **1. Competencia.**

Es competente esta colegiatura para desatar la apelación contra la sentencia proferida el pasado 28 de junio de 2021 por el Juzgado Séptimo (7º) Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, según voces del artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al definir que son apelables las sentencias de primera instancia proferidas por los jueces administrativos.

#### **2. Problema jurídico.**

Conforme con lo señalado en el recurso de alzada, corresponde a la Sala determinar, si se configuran o no todos y cada uno de los elementos constitutivos de responsabilidad administrativa en contra de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por los presuntos daños y perjuicios reclamados por los demandantes, como consecuencia de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario dictada en contra del señor JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ.

#### **3. Tesis planteadas.**

##### **3.1. Tesis de la parte demandante.**

Sostuvo que la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN deben ser declaradas responsables de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor JOSE ISMAEL TOQUE ORTIZ durante el periodo comprendido entre desde el día 07 de marzo de 2017 hasta el día 23 de agosto de 2017, pues el proceso penal seguido en su contra culminó con sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Penal del Circuito con función de conocimiento del Guamo- Tolima.

##### **3.2 Tesis de la parte demandada.**

###### **3.2.1. Nación – Rama Judicial.**

Precisó que la NACIÓN – RAMA JUDICIAL no puede ser declarada responsable en el *sub examine*, toda vez que, el Juez Penal del Circuito con función de conocimiento del Guamo, actuó conforme a derecho y según el procedimiento que la Ley establece para adelantar un proceso penal bajo el sistema penal acusatorio, decretando la medida de aseguramiento al demandante, obedeciendo a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación, además, argumentó que el resultado dañoso es producto de la actuación del ente investigador al no contribuir con la recolección de los elementos de prueba necesarios para sostener su tesis de la conducta delictiva lo que derivó en una sentencia absolutoria.

### **3.2.2 Fiscalía General de la Nación.**

Aseveró que no se configuran los elementos de la responsabilidad administrativa en cabeza del ente acusador, por cuanto la investigación seguida contra del señor JOSE ISMAEL TIQUE se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales vigentes para la época de los hechos, actuación de las cuales no resulta ajustado a derecho precisar un defectuoso funcionamiento de la justicia, ni la incursión en alguna clase de error, ni mucho menos la privación injusta del señor JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ.

### **3.2.3 Tesis del Juzgado de Primera Instancia.**

Para el Despacho, una vez analizados los argumentos de hecho y de derecho de la demanda, y la apreciación en conjunto de los medios de prueba regular y oportunamente allegados al proceso, así como las posiciones jurisprudenciales pertinentes, consideró que no se configuran los presupuestos para acceder a la prosperidad de las pretensiones en el presente medio de control, por cuanto la privación de la libertad de la cual fue objeto el señor José Ismael Tique no se tornó en injusta, dado que durante el aludido proceso y en cada una de las etapas del mismo, se arrimaron elementos materiales probatorios y evidencia física que permitían inferir que la conducta procesal del señor José Ismael fue la que originó la imposición de la medida de aseguramiento y su consecuente privación de la libertad.

## **4. Tesis del Tribunal.**

De conformidad con el material probatorio allegado al expediente, la Sala considera que la NACIÓN – RAMA JUDICIAL y LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION deben ser declaradas patrimonial y administrativamente responsables de los daños y perjuicios causados a los demandantes, como consecuencia de la privación injusta de la libertad de la que fue víctima el señor JOSE ISMAEL TIQUE quien finalmente fue absuelto al considerar que la conducta era atípica.

## **5. Desarrollo de la Tesis de la Sala.**

### **5.1.- La responsabilidad patrimonial del Estado.**

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y se requiere de la concurrencia de varios elementos a saber: **(i)** el daño antijurídico, **(ii)** la imputabilidad jurídica y fáctica del daño a un órgano del Estado y, **(iii)** el nexo causal entre el daño y la actuación u omisión de la administración.

El **Daño Antijurídico** es entendido jurisprudencialmente como el *detrimiento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación* (Consejo

de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P: Alier E. Hernández Enríquez).

De acuerdo a una debida interpretación del artículo 90 Constitucional, el H. Consejo de Estado<sup>1</sup> ha enseñado que, la responsabilidad del Estado se origina, de un lado, cuando existe una lesión causada a la víctima que no tiene el deber jurídico de soportar y, de otro, cuando esa lesión es imputable fáctica y jurídicamente a una autoridad pública. Dicha Tesis fue avalada por la Corte Constitucional en Sentencia C-333 de 1993, en donde expresó, que además de constatar la antijuridicidad del daño, el juzgador debe elaborar un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión.

Al referirnos a la **imputación jurídica y fáctica**, debemos remitirnos a lo explicado por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado que considera que *“imputar, para nuestro caso, es atribuir el daño que padeció la víctima al Estado, circunstancia que se constituye en condición sine qua non para declarar la responsabilidad patrimonial de este último (...) la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas en desarrollo del servicio público o en nexa con él, excluyendo la conducta personal del servidor público que, sin conexión con el servicio, causa un daño”* (Sentencia del 21 de octubre de 1999, expediente 10948, M.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez).

A partir de la disposición constitucional señalada, la jurisprudencia y la doctrina contencioso administrativa han desarrollado distintos regímenes de responsabilidad imputables al Estado, como (i) el subjetivo, que se basa en la teoría de la falla del servicio y (ii) el objetivo, que obedece a diferentes situaciones en las cuales la entidad demandada está llamada a responder, por un lado, con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, caso en el cual se habla del régimen del riesgo excepcional, y por otro, debido a la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, caso en el cual estamos en presencia del régimen del daño especial, por ende, corresponde al Juez analizar los hechos de cada caso concreto y determinar el régimen de responsabilidad aplicable, para resolver el asunto sometido a su consideración de acuerdo con los elementos probatorios allegados, aunque el demandante haya encuadrado el contencioso en un título de imputación disímil, pues en acciones de reparación directa, domina el principio de *iura novit curia*.

Reliévese que, para efectos de determinar la responsabilidad de la administración a la luz del régimen de imputación objetiva, resulta irrelevante el análisis de la licitud o ilicitud de la conducta asumida por los agentes estatales; con la aclaración que, de todas formas, en los casos en que esté demostrada la culpa de la administración, es loable que se analice la responsabilidad patrimonial del Estado bajo la óptica de la falla del servicio<sup>2</sup>, por ser la cláusula general de compromiso y el título de imputación de responsabilidad del Estado por excelencia, aunado a que, con la prueba de la falla, la propia administración podrá iniciar de forma ulterior la acción de repetición contra el agente que dolosa o culposamente hubiere producido el daño.

De otro lado, en cuanto al **nexo de causalidad**, nuestro Órgano de Cierre<sup>3</sup>, trayendo a colación apartes de la Doctrina Francesa ha considerado que éste es el elemento principal en la construcción de la responsabilidad, esto es la determinación de que un hecho es la causa de un daño, pues desde el punto de vista teórico resulta fácil, en criterio de los autores, diferenciar el tratamiento del

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, de fecha 01 de marzo de 2006.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dr. MAURICIO FAJARDO GOMEZ, proferida el 11 de noviembre de 2009, Radicación número: 05001-23-24-000-1994-02073-01(17927), Actor: Elizabeth Pérez Sosa y Otros, Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 10 de agosto de 2005, Rad. 73001-23-31-000-1997-04725-01(15127).

nexo de causalidad dentro de los títulos objetivo y de falla en el servicio. En tratándose de esta última, la relación de causalidad se vincula directamente con la culpa, con la irregularidad o la anormalidad.

## **5.2.- El derecho a la libertad individual.**

Dentro del catálogo de derechos contenido en la Constitución Política, la garantía de la libertad ocupa uno de los pilares fundantes de la institucionalidad del Estado desde el punto de vista de la teoría contractualista<sup>4</sup>, y a su vez, reviste la posición de derecho fundamental previsto en el artículo 28 Constitucional y emerge como el hilo conductor de todo el ordenamiento democrático que propende por su respeto en todas las manifestaciones del poder público y, fundamentalmente, constituye un aspecto a tener en cuenta para el juez de responsabilidad extracontractual del Estado.

Es por esto que la limitación o restricción al derecho de libertad lleva consigo un desequilibrio en las cargas públicas del ciudadano, que, en principio, no está obligado a soportar, en tanto no haya una razón jurídica que imponga tal carga, como es la comisión de una conducta punible, caso en el cual el particular puede ser restringido o privado del ejercicio de la libertad.

## **5.3.- Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de la Libertad - Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.**

Previamente a examinar los presupuestos de responsabilidad administrativa aplicables al caso, la Sala estima necesario precisar que la demanda de la referencia tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, por razón de una privación injusta de la libertad del demandante Milton César Sánchez López ocurrida en vigencia de la Ley 270 de 1996<sup>5</sup>, que establece:

*“ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.*

*“En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.*

(...)

*ARTÍCULO 68. PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”.*

Igualmente es preciso recordar que el H. Consejo de Estado ha considerado en varias oportunidades que, a pesar de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad es absuelta por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991<sup>6</sup>, se configura un evento de detención injusta y, por lo tanto, procede la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política.

Al respecto, en sentencia de 2 de mayo de 2007, precisó:

<sup>4</sup> Entiéndase la teoría contractualista desde el punto de vista de la obra el Leviatán escrita por Thomas Hobbes, perspectiva desde la cual los administrados entregan sus libertades a un ente ficticio (el leviatán - estado) en aras de proporcionar seguridad, en su vida y bienes, evitando sobremanera el miedo a una muerte violenta, debido a que el hombre *per se* es malo y la función de la institución estatal se circunscribe a enderezar su naturaleza y en consecuencia regulando su conducta para poder vivir en sociedad mediante la limitación de sus derechos y libertades.

<sup>5</sup> Norma que entró en vigencia el 7 marzo de 1996.

<sup>6</sup> “Artículo 414. **Indemnización por privación injusta de la libertad.** Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”.

*“Como corolario de lo anterior, ha de entenderse que la hipótesis precisada por el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en la cual procede la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado por detención injusta, en los términos en que dicho carácter injusto ha sido también concretado por la Corte Constitucional en el aparte de la sentencia C-036 (sic) de 1996 en el que se analiza la exequibilidad del proyecto del aludido artículo 68 -y que se traduce en una de las diversas modalidades o eventualidades que pueden generar responsabilidad del Estado por falla del servicio de Administración de Justicia-, esa hipótesis así precisada no excluye la posibilidad de que tenga lugar el reconocimiento de otros casos en los que el Estado deba ser declarado responsable por el hecho de haber dispuesto la privación de la libertad de un individuo dentro del curso de una investigación penal, siempre que en ellos se haya producido un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.*

*“Tal es la interpretación a la que conducen no sólo las incuestionables superioridad y preeminencia que le corresponden al citado canon constitucional, sino también una hermenéutica armónica y sistemática de los comentados preceptos de la misma Ley 270 de 1996, así como los razonamientos plasmados por la propia Corte Constitucional en la sentencia C-036 (sic) de 1997 (sic), mediante la cual los encontró ajustados a la Carta Fundamental. En consecuencia, los demás supuestos en los cuales el juez de lo contencioso administrativo ha encontrado que la privación de la libertad ordenada por autoridad competente ha conducido a la producción de daños antijurídicos, con arraigo directamente en el artículo 90 de la Carta, tienen igualmente asidero tanto en la regulación que de este ámbito de la responsabilidad estatal efectúa la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con este asunto. **De manera que aquellas hipótesis en las cuales la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado –a la que se hizo referencia en apartado precedente- [responsabilidad del Estado por la privación de la libertad de las personas al amparo de la vigencia del artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal] ha determinado que concurren las exigencias del artículo 90 de la Constitución para declarar la responsabilidad estatal por el hecho de la Administración de Justicia al proferir medidas de aseguramiento privativas de la libertad, mantienen su aplicabilidad tras la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996..”** (Resalta la Sala).*

De la misma forma, nuestro Órgano de Cierre ha señalado que las hipótesis establecidas en el artículo 414 antes citado, al margen de su derogatoria, continúan siendo aplicables a hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sin que ello implique una aplicación *ultractiva* del citado precepto legal, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, pues, en virtud del principio *iura novit curia*, el juez puede acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar su decisión.<sup>8</sup>

En relación con la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas, dispuesta como medida de aseguramiento dentro de un proceso penal, la jurisprudencia a lo largo del tiempo no ha sostenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretar y aplicar el citado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, lo cual fue recapitulado en providencia proferida por Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, de fecha 14 de septiembre de 2016, dictada dentro del proceso con Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00210-01(43562).

En efecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado se ha desarrollado en distintas direcciones, así:

---

<sup>7</sup>Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente: 15.463, actor: Adieli Molina Torres y otros.

<sup>8</sup> En este sentido, la Sección Tercera, Subsección C en Sentencia de 19 de octubre 2011, expediente 19.151, precisó: “...no se avala una aplicación *ultractiva* del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. No quiere ello significar, entonces, que se estén modificando los efectos en el tiempo de una norma que se encuentra claramente abrogada. Sin embargo, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio *iura novit curia*, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma (...).”

*Una primera línea*, que podría calificarse de *restrictiva*, parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados<sup>9</sup>. Posteriormente, se dice que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención<sup>10</sup>.

*Una segunda línea* entiende que, en los *tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P.* -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, *la responsabilidad es objetiva*, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa<sup>11</sup>. Se consideró que, en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter "*injusto*" sino "*injustificado*" de la detención<sup>12</sup>.

En el marco de esta segunda línea, el artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal contenía dos preceptos<sup>13</sup>: *el primero*, previsto en su parte inicial, señalaba que "*quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios*", disposición que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad del Estado por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual requiere su demostración bien por error o bien por ilegalidad de la detención; *el segundo* en cambio, tipificaba los tres precitados supuestos –absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible –, los cuales, una vez acreditados, dan lugar a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, evento en el que no es menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad.

*Una tercera línea* jurisprudencial morigeradora o modula el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, pues ello implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada; además, amplía, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*<sup>14</sup>.

En la actualidad y para aquellos casos en los cuales resulta aplicable el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, por haberse configurado la privación de la libertad de una persona bajo los supuestos previstos en dicha norma, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha venido acogiendo el criterio objetivo, con fundamento en que la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluye la investigación o es absuelta porque nada tuvo que ver con el delito investigado, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia.

<sup>9</sup> Sección Tercera, Sentencia de 1 de octubre de 1.992, exp. 7058.

<sup>10</sup> Sección Tercera, Sentencia de 25 de julio de 1.994, exp. 8666.

<sup>11</sup> Sección Tercera, Sentencia de 15 de septiembre de 1994, exp. 9391.

<sup>12</sup> Sección Tercera, Sentencia de 17 de noviembre de 1.995, exp. 10056.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Germán: "Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad", Memorias del décimo encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Consejo de Estado, Riohacha, junio de 2003, pág. 107.

<sup>14</sup> Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 1997, exp. 11.754.

Igualmente, la Alta Corporación ha precisado que el daño también puede llegar a configurarse en aquellos eventos en los que la persona privada de la libertad es exonerada por razones distintas a las causales previstas por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. Así ocurrió, por ejemplo, en sentencia de 20 de febrero de 2008, donde se declaró la responsabilidad de la Administración por la privación injusta de la libertad de una persona que fue exonerada en el proceso penal por haberse configurado una causal de justificación de estado de necesidad<sup>15</sup>.

Debe precisarse, en todo caso, que si las razones para la absolución o preclusión de la investigación obedecen a alguna de las tres (3) causales previstas en la parte final del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal o –en la opinión mayoritaria de la Sala- a la aplicación de la figura del *in dubio pro reo*, se está frente a un daño imputable al Estado, por privación injusta de la libertad, el cual debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política; no obstante, si se presenta un evento diferente a éstos, deberá analizarse si la medida que afectó la libertad fue impartida “*injustamente*” (C-037/96), caso en el cual el ciudadano debe ser indemnizado por no estar en el deber jurídico de soportarla.

Esta posición no debe tomarse como una camisa de fuerza para que, en todos los casos en que se presente una privación de la libertad y, posteriormente, el procesado resulte absuelto o se precluya la investigación en su favor por aplicación del *in dubio pro reo*, necesariamente se configure una responsabilidad del Estado, pues tal y como también lo precisó el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, en sentencia del 30 de abril de 2014 dentro del expediente con radicación número: 25000-23-26-000-2001-01145-01(27414), cuyo ponente fue el Consejero Danilo Rojas Betancourth, cuando se produce una decisión absolutoria derivada de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, éste supuesto no se concibe al abrigo del principio *in dubio pro reo* en sentido estricto, por cuanto, en estos eventos es necesario que la parte demandante en el proceso contencioso administrativo de reparación demuestre, de manera clara, que la privación de la libertad se produjo a partir del error del funcionario, o del sistema, derivado éste de una ausencia probatoria que sustentara la detención preventiva, siendo necesario demostrar que la medida de aseguramiento fue arbitraria, es decir, que se propició por una negligencia del funcionario encargado de la investigación y/o el juicio penal, razón por la cual, en casos como estos el *in dubio pro reo* es meramente aparente y, por ende, la responsabilidad se desprende de las reglas que gobiernan el régimen de imputación subjetivo.

Lo anterior, sin perjuicio de que el daño haya sido causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima, o en el evento de que ésta no haya interpuesto los recursos de ley, pues en esos casos el Estado quedará exonerado de responsabilidad.

Es conveniente resaltar que, desde la propia preceptiva constitucional, es claro que la libertad personal, como valor superior y pilar de nuestro ordenamiento, es un auténtico derecho fundamental que sólo admite limitación “*en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley*”.

Por lo demás, aunque la detención preventiva emerge como un instrumento válido para el desarrollo del cometido estatal de perseguir los delitos, desde una perspectiva democrática no puede olvidarse que nuestro Estado de derecho reconoce –sin discriminación alguna- la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 de la C. P.) y, por lo mismo, la Constitución, sin ambages, señala, dentro de los fines del Estado, el de garantizar la efectividad de los derechos, entre ellos el de la libertad, como ámbito de autodeterminación de los

---

<sup>15</sup> Sentencia de 20 de febrero de 2008, expediente: 15.980.

individuos (artículo 2 de la C. P.), en el marco de aplicación del principio universal de presunción de inocencia (artículo 29).

Así mismo, sobre el derecho a la libertad, el artículo 28 de la Constitución Política de 1991 señala que:

*"Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.*

*La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.*

*En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles".*

Ese mismo derecho está regulado en otras normas jurídicas, así:

- En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante la Ley 74 de 1.968, se expresa que *"Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta..."*.

- En la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1.972, se dice que: *"1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas"*.

De lo anterior se infiere que la libertad es un derecho fundamental, restringido en eventos precisos y bajo condiciones de orden constitucional o legal.

La presunción de inocencia también es de categoría Constitucional, pues, según el inciso cuarto del artículo 29 de la Carta Política, *"Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable"* y, por tanto, las autoridades judiciales competentes tienen el deber de obtener las pruebas que acrediten la responsabilidad del implicado<sup>16</sup>.

Se precisa, igualmente, que no puede tenerse como exoneración de responsabilidad, en estos casos, el argumento según el cual todo ciudadano debe asumir la carga de la investigación penal y someterse a la detención preventiva, pues ello contradice los principios básicos consagrados en la Convención de Derechos Humanos y en la Constitución Política.

En ese contexto, se concluye que, cuando se produce la exoneración del sindicado, mediante sentencia absolutoria o su equivalente, por alguna de las causales previstas en el citado artículo 414 del C. de P. P., las cuales se aplican a pesar de la derogatoria de la norma, o –en la opinión mayoritaria de la Sala- por virtud del *in dubio pro reo*, el Estado está llamado a indemnizar los perjuicios que hubiere causado por razón de la imposición de una medida de detención preventiva que lo hubiere privado del ejercicio del derecho fundamental a la libertad, pues, de hallarse inmerso en alguna de tales causales, ningún ciudadano está obligado a soportar dicha carga, e incluso hay lugar a indemnización por otras causales cuando se demuestre el carácter injusto o arbitrario de la detención.

La Corte Constitucional, tuvo la oportunidad de pronunciarse en relación a la Constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 270 de 1996<sup>17</sup>, allí precisó, que la

<sup>16</sup> Sentencia C - 397 de 1997, de 10 de julio de 1997.

<sup>17</sup> Sentencia C-037 de 1996

responsabilidad del Estado deriva de los artículos 6, 28, 29 y 90 de la Constitución Política y que, en todo caso, debe tenerse en cuenta que la actuación de la administración pública debe ser abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, puesto que el legislador sabiamente utilizó en la norma la expresión “**INJUSTAMENTE**”.

Según la máxima guardiana de la Constitución Política, de no ser así, es decir, de no tenerse en cuenta las circunstancias que rodearon la privación de la libertad, implicaría permitir que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y se llegara a considerar de manera subjetiva que esa detención fue injusta, procedería automáticamente la reparación de los perjuicios, sin embargo, para la Corte es claro, que además de ello, debe tenerse consideración un análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se produjo la detención.

Sobre el tema, la H Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996<sup>18</sup>, condicionó la declaratoria de exequibilidad del que sería el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 así:

*“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención (...). Bajo estas condiciones, el artículo se declarará exequible.” (Resalta la Sala).*

Sin embargo, el H. Consejo de Estado reconsideró la tesis planteada por la Corte Constitucional, por tal razón, fijó parámetros a tener en cuenta al momento de estudiar el carácter injusto de la privación de la libertad dada ya sea por la imposición de una medida de aseguramiento o por una sentencia condenatoria y que con posterioridad se haya dado su absolución por alguna de las causales previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 o por la aplicación jurisprudencial de *in dubio pro reo*, en estos casos debe analizarse el comportamiento desplegado por quien estuvo privado de su libertad en aras de determinar si su actuar lo determinó a hacerse merecedor de la respectiva medida de aseguramiento o sentencia condenatoria según sea el caso, en consecuencia, el Juez Administrativo debe valorar el dolo o la culpa grave del procesado, así lo dispuso el Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente Marta Nubia Velázquez Rico en sentencia con radicación N° 25000232600020100085301 (47205) que posteriormente se ratificó en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 Sección Tercera, radicado N° 66001-23-31-000-2010-0023501 (46947) dentro de las cuales se indicaron que los criterios a tener en cuenta puesto que se dispuso en su parte resolutive:

**“PRIMERO: MODIFÍCASE LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA** en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y **UNIFICANSE** criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:

---

<sup>18</sup> M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;

2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

3)Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

*En virtud del principio iura novit curia, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto.”*

*Esta idea vertebral tomó mayor solidez con fundamento en el postulado del artículo 70 de la Ley 270 de 1996 cuando al indicar la culpa exclusiva de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad en tanto que “El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.”*

Por consiguiente, la culpa exclusiva de la víctima, es entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, y tal situación releva de responsabilidad al Estado cuando la producción del daño se ha ocasionado con la acción u omisión de la víctima, por lo que esta debe asumir las consecuencias de su proceder.

Así entonces, debe entenderse que un actuar doloso implica no solo el querer de la realización del hecho sino también el conocimiento de las consecuencias que el mismo implica y, por otro lado, la culpa grave no significa por si misma cualquier equivocación, error de juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, sino conlleva aquel comportamiento que revista tal gravedad que implique “no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suele emplear en sus negocios propios”, en los términos del artículo 63 Código Civil.

Aunado a ello, dicha Sala de Subsección “C” de la Sección Tercera ha precisado:

*“La Sala pone de presente que, la culpa grave es una de las especies de culpa o descuido, según la distinción establecida en el artículo 63 del C. Civil, también llamada negligencia grave o culpa lata, que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa esta que en materia civil equivale al dolo, según las voces de la norma en cita.*

*Valga decir, que de la definición de culpa grave anotada, puede decirse que es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.*

*Es pertinente aclarar que no obstante en el proceso surtido ante la Fiscalía General de la Nación, se estableció que la demandante no actuó dolosamente desde la óptica del derecho penal, no ocurre lo mismo en sede de la acción de responsabilidad, en la cual debe realizarse el análisis conforme a la Ley 270 y al Código Civil<sup>19</sup>.*

En este orden de ideas, aunque el actuar irregular y negligente del privado de la libertad frente a los hechos que dieron lugar a la investigación penal y, por supuesto, a la privación de la libertad o el comportamiento por él asumido dentro del curso del proceso punitivo no haya sido suficiente ante la justicia penal para proferir una sentencia condenatoria en su contra, en sede de responsabilidad civil

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, Rad. 27.577.

y administrativa, y con sujeción al artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 63 del Código Civil, podría llegar a configurar la culpa grave y exclusiva de la víctima, y exonerar de responsabilidad a la entidad demandada.

**- Aplicación extensiva de fallo de tutela del Consejo de Estado que dejó sin efectos sentencia de unificación.**

Recientemente, el H. Consejo de Estado profirió una relevante decisión frente a este tema, al punto que **dejó sin efectos la Sentencia de Unificación** del 15 de agosto de 2018 a que se hizo referencia en párrafos precedentes, a través de la cual se unificaban los criterios que debía verificar el Juez Administrativo y que permitían examinar el dolo o culpa grave del privado de la libertad, destacando que en estos casos no es dable al Juez de la responsabilidad Estatal volver a analizar la conducta del implicado que ya fue absuelto **por atipicidad de la conducta**, ya que en estos casos se incurriría en violación directa al derecho fundamental al debido proceso, derivada del desconocimiento de la cosa juzgada, el juez natural y la presunción de inocencia Constitucional.

Así, el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección B, en sentencia del 15 de noviembre de 2019 proferida dentro de la acción de tutela con radicación 11001-03-15-000-2019-00169-01, con ponencia del Consejero MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, relevó de eficacia la Sentencia de Unificación bajo la cual se cimentaba la postura actual de la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad. Cabe resaltar que si bien, los efectos de tal decisión solo afectan a las partes del proceso de la referencia al tratarse de una sentencia de tutela (efectos *inter partes*), la decisión que se dejó sin efectos era una Sentencia de Unificación que permitía el análisis del dolo y la culpa grave del privado de la libertad, luego esta Corporación considera que debe acogerse tal postura que garantiza de manera directa los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política pilar de todo nuestro Estado de Derecho, máxime cuando en este caso en particular que ocupa hoy la atención de la Sala también la absolución se dio por atipicidad de la conducta; luego se comparte la decisión como pasa a exponerse:

La tesis planteada dispone que existe una violación directa a los derechos fundamentales al debido proceso, juez natural, presunción de inocencia, cosa juzgada e igualdad de la persona que ha sido privada de manera injusta de la libertad y que reclama ante la jurisdicción contencioso administrativa, en tanto que la observancia de la tesis que se venía aplicando hasta la fecha valoraba las conductas preprocesales llevadas a cabo y allí se determinaba si existía o no “*Culpa exclusiva de la víctima*”, pues en caso afirmativo ello conllevaba a la exoneración de responsabilidad Estatal, análisis que ahora deja claro el Consejo de Estado que solo puede estar a cargo del juez penal, puesto que de hacerlo, se incurre en la violación de derechos fundamentales y se atenta contra el principio del *non bis in idem*, en este sentido dijo nuestro Órgano de Cierre:

**“(…) 25.- La valoración de la conducta preprocesal es competencia exclusiva del juez penal. Si el juez de la responsabilidad estatal concluye que la detención de la demandante fue generada por su propia conducta, no sólo invade competencias de otras jurisdicciones, sino que desconoce la decisión penal absolutoria porque implica considerar, de acuerdo con una de las líneas jurisprudenciales antes expuestas, que al desplegar su conducta obró como sospechosa de estar cometiendo un delito<sup>6</sup> y determinó que la Fiscalía abriera la investigación y ordenara su detención. A tal conclusión sólo puede llegarse desconociendo la decisión penal que la declaró inocente, porque, conforme con ella, los hechos no constituían delito de acuerdo con la ley vigente en el momento en que ocurrieron.”**

(…)

**“27.- Si por un hecho que no está calificado por la ley como delito se detiene a una persona y la propia justicia penal lo reconoce en un fallo declarando su inocencia por tal razón, es evidente que al declarar judicialmente que la**

**detención no fue generada por la apreciación equivocada de la Fiscalía, sino porque sus conductas preprocesales la generaron, se está desconociendo tal decisión y se está violando la presunción de inocencia derivada de la misma porque se está tratando como culpable a quien la justicia ya había declarado inocente. Cuando la Sala determinó que la conducta preprocesal de la demandante la hizo culpable de su detención, desconoció la presunción de inocencia y trasladó a un particular inocente la responsabilidad por el ejercicio indebido del ius puniendi del Estado.**” (Negrilla y subrayado de la Sala).

Por tal motivo, incrustó la teoría la prohibición de regreso, teoría bajo la cual le está vedado al Juez Administrativo valorar o estudiar situaciones que se den por fuera del proceso administrativo, es decir, que al momento de estudiar una eventual exoneración de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima dentro del proceso de privación injusta de la libertad, los argumentos por los cuales debe proceder deben estar encaminados a que sucedieron dentro del marco del proceso administrativo y no del proceso penal para garantizar la independencia de la jurisdicciones al momento de administrar justicia, pues:

*“(...) 32.- Esta prohibición de regreso también aplica en los casos de privación injusta de la libertad. En este tipo de asuntos, la decisión que pudo generar el daño se produjo en el marco de un proceso, y, en consecuencia, tal la prohibición implica considerar que las únicas conductas de la víctima aptas para romper el nexo entre esa decisión y el daño, suceden en el marco del mismo proceso y no antes de él. La Sala, en consecuencia, debió valorar si la imposición de la medida de aseguramiento fue causada por la actuación procesal de la señora Ríos, pues ninguno de los juicios necesarios para examinar los elementos de la responsabilidad la autorizaba, como juez administrativo, a reemplazar al funcionario judicial penal. La Sala no podía, tampoco, desconocer el derecho a la presunción de inocencia de la señora Ríos, que en este caso se traducía en el derecho a no ser tratada como si ella fuera culpable, por sus conductas preprocesales, de la detención que se le impuso.”*

**33.- Si el Juez penal declaró inocente a la demandante porque el delito que le imputó al detenerla no estaba previsto como tal en la ley y el Juez de la responsabilidad afirmó que la demandante, con esa misma conducta, generó su detención, no cabe duda de que este último violó el derecho fundamental a la presunción de inocencia.**

*34.- La regla de la presunción de inocencia que aparece expresamente prevista en la Constitución Política como una garantía del derecho fundamental al debido proceso<sup>20</sup> impone a todos -sobre todo a las autoridades públicas (dentro de las cuales principalmente están los Jueces)- la obligación de tratar como inocente a quien no haya sido condenado penalmente por un delito, punto en el cual la Ley 600 de 2000 establece en su artículo 7º que << toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal >> y que el artículo 7º de la Ley 906 de 2004 consagra en los siguientes términos << toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal >>. (...)”*

Así las cosas, es imperativo mencionar la relevancia de los derechos vulnerados, pues no solo gozan de protección Constitucional sino también convencional mediante el Bloque de Constitucionalidad al contar con carácter de principios de derecho; de tal manera que **(i)** el debido proceso es visto como una garantía

<sup>20</sup> ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

**Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.** Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

constitucional de carácter procesal que implica seguir todas las ritualidades preestablecidas dentro de un procedimiento so pena de verse viciado de nulidad el trámite adelantado, “[d]e esta forma, el derecho al debido proceso se erige como una garantía a todas las personas según la cual su intervención en una actuación administrativa o judicial está regida por reglas previamente establecidas por el legislador, que a su vez le permiten defenderse y solicitar las pruebas tendientes a demostrar lo que afirma, sin que la voluntad del funcionario público pueda tener alguna ingerencia (sic) en las distintas etapas del proceso.”<sup>21</sup>.

Por otro lado, el principio y derecho del **(ii)** juez natural presupone la estructuración de un juez o tribunal especializado antes de la realización del hecho para ser juzgado por este de conformidad con norma ya preestablecidas, es entonces como la H. Corte Constitucional determinó las características que reviste el mismo al indicar “(...) (i) la preexistencia del juez, (ii) la determinación legal y previa de su competencia en abstracto, incluso si es una competencia especial o por fuero, y (iii) la garantía de que no será excluido del conocimiento del asunto (...)”<sup>22</sup>; razón por la cual este principio delimita el campo de acción de cada juez desde los conceptos de jurisdicción y competencia en aras de evitar la atribución de facultades que no corresponden.

A lo que refiere **(iii)** la *presunción* de inocencia, implica categóricamente la prohibición de realizar prejuicios tendientes a tildar de penalmente responsable a quien no ha sido condenado mediante sentencia debidamente ejecutoriada, pues bien, según el inciso cuarto del artículo 29 de la Carta Política: “*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable*” y, por tanto, las autoridades judiciales competentes tienen el deber de obtener las pruebas que acrediten la responsabilidad del implicado<sup>23</sup>, en consecuencia, siguiendo la misma línea de aplicación del Consejo de Estado sobre la sentencia de tutela arriba expuesta “(...) 40.- *La regla de presunción de inocencia exige un esfuerzo de imparcialidad del Juez de la responsabilidad y, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional, le impone la prohibición de dudar de la inocencia de la víctima de la privación de la libertad que ha sido exonerada en una sentencia proferida por el Juez Penal.* (...)”, pudiendo concluir que tal garantía implica una doble naturaleza en la cual, por un lado es reconocida como un derecho que implica no ser señalado culpable, y por el otro, una obligación de todas las personas y las entidades públicas de evitar hacer juicios de valor sin mediar prueba de la responsabilidad de una persona.

En otro sentido, al hablar de la **(iv)** cosa juzgada hay que resaltar la prohibición de reclamar o ser impuesta una condena sobre un asunto que ya se ha debatido y que reúna una misma identidad de partes, identidad de pretensiones e identidad en la causa (hechos), generando así una inmutabilidad una vez ejecutoriada la decisión, en este orden de ideas, constituye una imposibilidad para el juez que conoce del asunto dado que no puede pronunciarse sobre algo que ya ha resuelto su semejante, por esta razón “2.4. *De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación y, en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio.*”<sup>24</sup>

Finalmente, el derecho a la **(v)** igualdad determina dos situaciones que deben tenerse en cuenta como se infiere de la interpretación del artículo 13 de la

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, 21 de agosto de 2014. Radicación: 68001-23-33-000-2014-00413-01 (AC).

<sup>22</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, Magistrado Ponente: Jorge Luis Pabón Apicella. 5 de octubre de 2016, Sentencia C 537 de 2016.

<sup>23</sup> Al efecto puede consultarse la sentencia C-774 de 25 de julio de 2.001 de la Corte Constitucional.

<sup>24</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, M.P.: Alberto Rojas Ríos. 6 de marzo de 2019, Sentencia C 100 de 2019.

Constitución Política, el primero de ellos hace referencia a la igualdad en un aspecto formal, según el cual todas las personas poseen los mismos derechos y obligaciones, en consecuencia no puede haber discriminación hacia ninguno de ellos visto desde la ley; en sentido contrario, cuando se habla de igualdad material se toma en cuenta un aspecto discriminativo en forma positiva, el cual permite resaltar a aquellas personas que gozan de menores facultades o beneficios que los ponen en desventaja con relación a los demás, en tales casos, se constituye para el estado y a la sociedad en general la obligación brindarles un trato especial y preferente con mirar a poder equiparar a tales personas en condiciones inferiores para que puedan gozar plenamente de sus derechos, así lo definió la H. Corte Constitucional dado que:

*“4.6. Además de lo anterior, desde sus primeros pronunciamientos, la Corte ha precisado que el derecho y principio a la igualdad, es un concepto “relacional” porque siempre se analiza frente a dos situaciones o personas que pueden ser comparadas a partir de un criterio determinado y jurídicamente relevante.[19] Igualmente, se ha explicado que no constituye un mecanismo “aritmético” de repartición de cargas y beneficios, en tanto toda sociedad debe adoptar decisiones políticas que implican, en cierto momento histórico, mayores beneficios para ciertos sectores, en detrimento de otros. Esas decisiones, adoptadas por mecanismos democráticos, no pueden ser juzgadas a priori, como incompatibles con el principio de igualdad, sino que constituyen complejos problemas de justicia (distributiva), en los que la razonabilidad de las distinciones involucra principios que definen la visión y los fines que una comunidad política defiende para sí.”<sup>25</sup>*

Bajo estas consideraciones la Sala encuentra que debe acogerse tal postura que garantiza de manera directa los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y los postulados que conforman el bloque de constitucionalidad, máxime cuando en este caso en particular que ocupa hoy la atención de la Sala también la absolución se dio por **atipicidad de la conducta**, es decir que la conducta presuntamente desplegada y que originó la privación de la libertad, no encajó dentro de las que el legislador a previsto como delito, pues se enfatiza que **“Si el Juez penal declaró inocente a la demandante porque el delito que le imputó al detenerla no estaba previsto como tal en la ley y el Juez de la responsabilidad afirmó que la demandante, con esa misma conducta, generó su detención, no cabe duda de que este último violó el derecho fundamental a la presunción de inocencia.”**

## 6. Caso Concreto.

### 6.1. De lo probado en el proceso.

Al expediente fue allegado el siguiente material probatorio relevante:

- Registro civil de nacimiento de José Ismael Tique Ortiz, Lina María Tique Colo, Sara Valentina Tique Tique, Ismael Tique Poloche, Gloria Ortiz Cupitra, Flor Angela Tique Ortiz, María Soleida Tique Ortiz, Wilmar Tique Ortiz, Iván Tique Ortiz, Julián Steban Tique Yate, María Oliveria Tique Poloche, Mery Tique Carrillo, Martha Luz Tique Carrillo, Ciro Ortiz Cupitra, Diva Ortiz Cupitra, Argelia Ortiz Cupitra y Ximena Garrillo Ortiz.<sup>26</sup>
- Constancia expedida por el Director del Complejo Carcelario y Penitenciario del Guamo (Tol) en la que consta que el señor José Ismael Tique Ortiz permaneció privado de la libertad en detención intramural entre el 7 de marzo de 2017 al 23 de agosto de 2017.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, M.P.: José Antonio Cepeda Amaris. 19/04/2017. Sentencia C 220 de 2017.

<sup>26</sup> Ver fols 10-30

<sup>27</sup> Ver fol. 33 del expediente

- Acta de la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, que se llevó a cabo el día 7 de marzo de 2017, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Coyaima – Tolima.<sup>28</sup>
- Acta de la Audiencia de Formulación de Acusación, de fecha el día 16 de mayo de 2017 adelantada ante el Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento del Guamo – Tolima, en la cual el señor Fiscal 47 Seccional del Guamo – Tolima, acusó al señor JOSÉ ISMAEL TIQUE ORTIZ, en los mismos términos que formuló la imputación, realizando a su vez el descubrimiento probatorio.<sup>29</sup>
- Acta de la Audiencia Preparatoria de fecha 12 de julio del año 2017, adelantada ante el Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento del Guamo – Tolima.<sup>30</sup>
- Sentencia proferida el día 28 de noviembre de 2017 por el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del Guamo - Tolima, en la cual resolvió absolver al señor JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ, dentro del proceso penal que se adelantó en su contra, por el punible de Acceso Carnal Abusivo con menor de Catorce años Agravado.<sup>31</sup>
- Declaración de de los señores BERNARDO AROCA, CELIAR CARRILLO BARRIOS y JORGE DE LA CRUZ VIUCHE OYOLA, recepcionados en la audiencia de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, llevada a cabo el día 20 de abril de 2021.

### BERNARDO AROCA

Manifestó que él regresó a la vereda en el año 2005, y desde esa época conoció a Ismael, pues vivía cerca a su finca. Indicó que conoce a la madre y padre de Ismael, a dos hermanos, Wilmar e Iván, y algunos de sus tíos. Aclaró que Ismael vivía con la mamá y el papá, quienes dependían de él, pues eran personas mayores, y él era quien hacía todo en la finca. Señaló que, conoció de la privación de la libertad de Ismael, porque un amigo le comentó lo que le había pasado a Ismael, sin embargo, no frecuentaba su casa.

Agregó que los padres de Ismael dependían en buena parte de él, entonces al ser detenido quedaron cercenados, la cerca de la finca se cayó, no había quien alimentara los marranos y ordeñara las vacas.

Comentó que Lina estaba embarazada cuando Ismael fue detenido, y cuando lo liberaron a Lina le faltaba como 8 días para dar a luz. Indicó que no supo de que murió el señor José Ismael, solo sabe que murió de muerte natural unos meses después de haber salido de la cárcel.

Explicó que el señor Ismael vivía con Lina en la casa de los suegros, antes de que fuera privado de la libertad, y como los papas de Ismael vivían cerca, él mantenía en las dos casas.

### CELIAR CARRILLO BARRIOS

Manifestó que conoció a Ismael y su familia, porque son vecinos de la vereda, además era agricultor. Indicó que conoció a Ismael desde su niñez por que fue criado en la vereda, y toda la vida vivió con los papás y después con la muchacha " Lina" que estuvo conviviendo con él ya luego pasó lo de su detención, y le tocó apartarse de ella. Agregó que duró viviendo con ella como dos años, desde antes y después que salió de la cárcel, ya luego estuvo muy enfermo y estuvo

---

<sup>28</sup> Ver pg 64,65 pdf

<sup>29</sup> Ver pg 76,77 pdf

<sup>30</sup> Ver pg 95,96 pdf

<sup>31</sup> Ver pg. 154-173 pdf

hospitalizado y finalmente falleció. Aclaró que antes de ser privado de la libertad el señor Ismael ya vivía con Lina en la casa de José Ismael.

Indicó que el señor Ismael, tenía dos hermanas y dos hermanos, que viven en Bogotá, como desde hace 10 años.

Señaló que la privación de la libertad de Ismael, causó un impacto a su familia pues era quien respondía en la casa de los papas, además había dejado a la mamá de la niña en la casa.

Agregó que, el señor José Ismael salió de la cárcel enfermo, y falleció unos meses después, pero desconoce de que enfermedad.

### JORGE DE LA CRUZ VIUCHE OYOLA

Manifestó que conoció a Ismael, y era un joven muy trabajador y ayudaba a sus papas en la finca. Indicó que vivía con sus padres y después una muchacha lo conquistó y se fueron a vivir juntos a la casa de los padres de Ismael.

Señaló que no recordaba el tiempo que el señor JOSÉ ISMAEL TIQUE ORTIZ estuvo privado de la libertad, ya que para esa época presentaba una enfermedad, que le imposibilitaba caminar.

Añadió que Ismael tenía hermanos, pero solo tenía presente el nombre de dos, porque ellos vivían en Bogotá.

Aclaró que cuando privaron de la libertad a Ismael, no se dio cuenta, pero cuando salió de la cárcel, él fue a su casa, y le comentó que nadie le daba trabajo y que lo señalaban de violador, y eso lo llenaba de pesadillas.

## **6.2. Análisis sustancial**

### **6.2.1 El daño antijurídico**

De acuerdo con lo que se ha establecido por el legislador y por la misma jurisprudencia, al estudiar los procesos de reparación directa, es indispensable abordar primeramente, lo relativo a la existencia o no del daño y si el mismo puede o no considerarse como antijurídico, pues solo bajo la premisa de la existencia del daño antijurídico se ha de “realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado” .

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala encuentra acreditado dentro del proceso que el señor JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ fue privado de su libertad por disposición del Juzgado Promiscuo Municipal de Coyaima – Tolima, mediante providencia proferida al interior de la audiencia preliminar realizada el 7 de marzo de 2017<sup>32</sup>, en la que se legalizó la captura del hoy accionante, se le formuló la correspondiente imputación por el delito de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años, y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario a hacerse efectiva en el Complejo Penitenciario y Carcelario del Guamo -Tolima.

De otra parte, obra certificación suscrita por el director del Complejo Penitenciario y Carcelario del Guamo– Tolima en la cual indica que el señor JOSE ISMAEL estuvo en prisión intramural desde el 7 de marzo de 2017 hasta el 23 de agosto del 2017<sup>33</sup>, razón por la cual se concluye, que evidentemente estuvo sometido a dicha medida de aseguramiento de privación física de su libertad.

---

<sup>32</sup> Ver pg. 64, 65 pdf

<sup>33</sup> Ver pg. 55 pdf

Con sustento en lo anterior se deja por definido el daño, en tanto existe prueba del periodo durante el cual el perjudicado estuvo privado de la libertad, tal como lo dispuso el Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento del Guamo – Tolima, previa solicitud del Fiscal.

En este orden de ideas, esta Corporación considera que, en efecto, el daño causado es antijurídico, ya que si bien, el procedimiento penal adelantado no adolece de irregularidad alguna y las decisiones tomadas corresponden a lo estatuido en la Ley y el ordenamiento jurídico en general, debe entenderse que la privación cautelar de la libertad es vista como excepcional, en tal sentido, si la investigación penal no se concretó en sentencia condenatoria sino que se absolvió o precluyó la investigación como es el caso, en donde se dio aplicación del principio de *in dubio pro reo* se torna injusta tal restricción del derecho.

En este punto es preciso indicar que: *“(...) siempre que la administración de justicia absuelva a una persona que ha estado vinculada a un proceso penal, se configura un daño que puede ser catalogado de antijurídico puesto que no está en la obligación de soportarlo, es decir, el ordenamiento jurídico no le impone la obligación de tolerar los perjuicios”*.

### **6.2.2. La imputación y el nexo de causalidad.**

Corresponde ahora a la Sala determinar si la privación de la libertad de la que fue objeto el señor JOSE ISMAEL TIQUE le es imputable o no a las entidades demandadas.

De conformidad con los medios probatorio aportados al proceso se encuentra acreditado que el señor JOSE ISMAEL TIQUE fue capturado el 6 de marzo de 2017, aprensión que fue legalizada el 7 de marzo de 2017, por reunir todos los requisitos establecidos en la norma seguidamente en dicha diligencia se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión por encontrar acreditados los elementos materiales probatorios y evidencias físicas para dictar dicha medida por inferir razonablemente que el imputado puede ser autor de la conducta delictiva.

Cabe señalar que el delito que se le imputó al señor JOSE ISMAEL fue el tipificado en el art. 208 del código penal que reza *“el que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años” con la circunstancia de agravación prevista en el capítulo tercero art 211 del C.P numeral 6 “se produjera el embarazo”*.

El señor José Ismael no aceptó los cargos formulados, por lo tanto, la fiscal solicitó la imposición de la medida de aseguramiento. Lo anterior, de acuerdo con lo prescrito en la normativa penal vigente que indica que entre las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación se encuentra la de "investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito" y "solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

Ante tal solicitud el Juez Promiscuo Municipal de Coyaima- Tolima en la audiencia concentrada realizada el 7 de marzo de 2017, por considerar que se reunían los presupuestos para la imposición de dicha medida le impuso la privativa de la libertad en establecimiento carcelario al señor JOSE ISMAEL TIQUE.<sup>34</sup>

No obstante, lo anterior, el día 28 de noviembre de 2017, el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del Guamo - Tolima, procedió a dictar sentencia de carácter absolutorio dentro del proceso penal que se adelantó en

---

<sup>34</sup> Ver pg. 64,64 pdf

contra del señor JOSÉ ISMAEL TIQUE ORTIZ por el punible de Acceso Carnal Abusivo con menor de Catorce años Agravado, al considerar que había una atipicidad subjetiva de la conducta.

*“...Con base en lo anterior, es evidente que el acusado desconocía por completo la ilicitud de su comportamiento, sumado a ello, es notorio que se está frente a una persona iletrada, que vive en zona rural como él y los demás testigos lo refieren, motivo por el cual es predicable que en estos hechos se ha configurado el error de tipo, porque José Ismael Tique Ortiz, creyó estar obrando bien, y del mismo modo la situación era vista pues su entorno familiar y social, nótese que en este caso de la vida ordinaria y por consiguiente no desarrollaba ningún tipo de reproche, de manera que no concurre uno de los elementos necesarios para que la acción pueda considerarse punible.*

*El llamado error sobre el tipo, que comprende el que recae sobre su propia existencia y el que apunta a uno cualquiera de sus elementos integradores (sujetos, objetos o conductas); en esta última modalidad, el error de la gente puede provenir de una equivocada percepción de la realidad fáctica que el legislador ha incrustado en el tipo (se confunde la cosa propia con la ajena), o de una igualmente equivocada interpretación del alcance y contenido de expresiones que en veces el legislador plasma en ciertos tipos penales (ingredientes normativos) y cuyo entendimiento exige especial juicio valorativo.*

*De esto se desprende que el error de tipo contemplado en el artículo 32 numeral 10 del código penal, encuentra configuración cuando la gente tiene una representación equivocada de la realidad, esto significa que recae sobre un hecho constitutivo de la conducta general y abstracta descrita por el legislador.*

**Es que el sujeto agente tenía una representación equivocada de la realidad, la cual por tanto excluye el dolo de su comportamiento por ausencia del conocimiento efectivo de estar llevando a cabo la prohibición comportamental contenida en el tipo cuya realización fue atribuida, por lo que se conduce a declararse la atipicidad subjetiva, porque en esta clase de delitos la ausencia de dolo no admite ningún calificativo de culpa, pues el dolo demanda el conocimiento absoluto, socialmente insuperable o invencible del hecho que se ejecuta.**

*Teniendo en cuenta las anteriores premisas, el actuar de José Ismael Tique Ortiz, no amerita imponer pena, prosperando así los argumentos de todos los intervinientes en sus alegatos conclusivos...”<sup>35</sup>*

La H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal con ponencia del Magistrado Eugenio Fernández Carlier, en providencia del 01 de marzo de 2017, proferida dentro del proceso con Radicación N° AP 1332-2017 (49.492), precisó el concepto de la atipicidad de la conducta penal señalando que:

***“3.2 La atipicidad del hecho investigado se ha entendido como la falta de adecuación del comportamiento a la descripción de un tipo previsto en la Ley penal, pues en el proceder cuestionado no concurren los elementos que configuran la conducta punible.”***

Conforme a lo dicho, es claro que se da una de las circunstancias en que, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>36</sup>, quien ha sido privado injustamente de la libertad tiene derecho a ser indemnizado, pues la misma Rama Judicial consideró que hubo “ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA” del sindicado frente al delito que se le imputó y que originó la imposición de la medida de detención.

Por lo anterior y teniendo en cuenta las circunstancias fácticas descritas, se impone concluir que los demandantes no están en la obligación de soportar el daño que el Estado les irrogó y que éste debe calificarse como antijurídico, ello determina la consecuente obligación para la Administración de indemnizar o resarcir los perjuicios causados a los demandantes.

<sup>35</sup> Ver pg 154-173 pdf

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 4 de diciembre de 2006, (expediente 13.168) y del 2 de mayo de 2007, (expediente 15.463).

Al respecto, la Sala insiste que en casos como éste, no corresponde a la parte actora acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la responsabilidad: actuación del Estado, daño antijurídico e imputación, extremos que en sentir de esta Sala de decisión se encuentran suficientemente probados en el expediente, pues fue a raíz de una solicitud de la Fiscalía y una decisión de la administración de justicia, en cabeza de la Rama Judicial, la que determinó que el señor JOSE ISMAEL TIQUE estuviera privado de su libertad, hasta cuando se revocó dicha medida al ser absuelto, al considerarse que la conducta que se le imputó era atípica; en cambio, es a la parte accionada a quien le corresponde demostrar, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, si se ha dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiere entenderse configurada una causal de exoneración, a saber: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o culpa exclusiva y determinante de la víctima<sup>37</sup>.

En este caso, ninguna de estas eximentes fue acreditada en el plenario, máxime si se tiene en cuenta la sentencia proferida el pasado **15 de noviembre de 2019** por el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección B, dictada dentro del proceso con radicación número 11001-03-15-000-2019-00169-01, que relevó de eficacia la sentencia de unificación bajo la cual se cimentaba la postura actual de la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad que permitía examinar la conducta preprocesal del sindicado que fue absuelto por **atipicidad de la conducta** para determinar la culpa exclusiva de la víctima, precisando que de hacerlo se incurre en violación directa al derecho fundamental al debido proceso, derivada del desconocimiento de la cosa juzgada, el juez natural y la presunción de inocencia Constitucional.

En la referida providencia, como se indicó en acápite anterior, el H. Consejo de Estado fue enfático en indicar que:

**“(…) 25.- La valoración de la conducta preprocesal es competencia exclusiva del juez penal. Si el juez de la responsabilidad estatal concluye que la detención de la demandante fue generada por su propia conducta, no sólo invade competencias de otras jurisdicciones, sino que desconoce la decisión penal absolutoria porque implica considerar, de acuerdo con una de las líneas jurisprudenciales antes expuestas, que al desplegar su conducta obró como sospechosa de estar cometiendo un delito<sup>6</sup> y determinó que la Fiscalía abriera la investigación y ordenara su detención. A tal conclusión sólo puede llegarse desconociendo la decisión penal que la declaró inocente, porque, conforme con ella, los hechos no constituían delito de acuerdo con la ley vigente en el momento en que ocurrieron.”**, ya que **“27.- Si por un hecho que no está calificado por la ley como delito se detiene a una persona y la propia justicia penal lo reconoce en un fallo declarando su inocencia por tal razón, es evidente que al declarar judicialmente que la detención no fue generada por la apreciación equivocada de la Fiscalía, sino porque sus conductas preprocesales la generaron, se está desconociendo tal decisión y se está violando la presunción de inocencia derivada de la misma porque se está tratando como culpable a quien la justicia ya había declarado inocente. Cuando la Sala determinó que la conducta preprocesal de la demandante la hizo culpable de su detención, desconoció la presunción de inocencia y trasladó a un particular inocente la responsabilidad por el ejercicio indebido del ius puniendi del Estado.”** (Negrilla y subrayado de la Sala).

Por tal motivo, preciso que la teoría la prohibición de regreso, teoría bajo la cual le está vedado al Juez Administrativo valorar o estudiar situaciones que se den por fuera del proceso administrativo, es decir, que al momento de estudiar una eventual exoneración de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima dentro del proceso de privación injusta de la libertad, los argumentos por los cuales debe proceder deben estar encaminados a que sucedieron dentro del marco del proceso administrativo y no del proceso penal para garantizar la independencia de la jurisdicciones al momento de administrar justicia, pues:

<sup>37</sup> Al respecto ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009 (exp. 17.517), reiterada en sentencia de abril 15 de 2011 (exp. 18.284) y en sentencia de 26 de mayo de 2011 (exp. 20.299).

*“(...) 32.- Esta prohibición de regreso también aplica en los casos de privación injusta de la libertad. En este tipo de asuntos, la decisión que pudo generar el daño se produjo en el marco de un proceso, y, en consecuencia, tal la prohibición implica considerar que las únicas conductas de la víctima aptas para romper el nexo entre esa decisión y el daño, suceden en el marco del mismo proceso y no antes de él. La Sala, en consecuencia, debió valorar si la imposición de la medida de aseguramiento fue causada por la actuación procesal de la señora Ríos, pues ninguno de los juicios necesarios para examinar los elementos de la responsabilidad la autorizaba, como juez administrativo, a reemplazar al funcionario judicial penal. La Sala no podía, tampoco, **desconocer el derecho a la presunción de inocencia de la señora Ríos, que en este caso se traducía en el derecho a no ser tratada como si ella fuera culpable, por sus conductas preprocesales, de la detención que se le impuso.**”*

**33.- Si el Juez penal declaró inocente a la demandante porque el delito que le imputó al detenerla no estaba previsto como tal en la ley y el Juez de la responsabilidad afirmó que la demandante, con esa misma conducta, generó su detención, no cabe duda de que este último violó el derecho fundamental a la presunción de inocencia.**

*34.- La regla de la presunción de inocencia que aparece expresamente prevista en la Constitución Política como una garantía del derecho fundamental al debido proceso<sup>38</sup> impone a todos -sobre todo a las autoridades públicas (dentro de las cuales principalmente están los Jueces)- la obligación de tratar como inocente a quien no haya sido condenado penalmente por un delito, punto en el cual la Ley 600 de 2000 establece en su artículo 7º que <<toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal>> y que el artículo 7º de la Ley 906 de 2004 consagra en los siguientes términos <<toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal>>.(...)”*

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad de la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL y RAMA JUDICIAL, vale la pena precisar que la decisión de imponer restricción a la libertad en el sistema penal acusatorio establecido mediante la Ley 906 de 2004, no corresponde exclusivamente a la voluntad de los jueces penales, ya que esta es una determinación que se encuentra conformada por varios actos procesales como son la previa solicitud por parte de la Fiscalía y la providencia emitida por el juzgador.

En otros términos, en la lógica del actual procedimiento penal, para poder limitar el derecho a la libertad de un individuo se requiere un acto jurisdiccional complejo, el cual cuenta con la intervención de varios operadores jurídicos, lo que constituye una marcada diferencia con el antiguo compendio adjetivo penal, ya que este ponía en cabeza del ente investigador toda la responsabilidad respecto a este tipo de situaciones. Frente a la responsabilidad de estas dos entidades, el H. Consejo de Estado en un caso con fundamentos fácticos similares al asunto examinado concluyó, que ante una privación injusta de la libertad materializada en el marco del sistema procesal penal actual, el fenómeno que se presenta frente a la determinación de limitar la libertad es el de la concausalidad o la confluencia de causas determinantes en la producción del daño. Al respecto esa Corporación comentó<sup>39</sup>

<sup>38</sup> ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

**Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.** Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 29 de febrero de 2016, exp. 38420, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Sin embargo, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN no está plenamente desprovista de autoridad jurisdiccional, pues por mandato constitucional (**artículo 116 de la C. Pol. modificado por el A.L. 03/02**), dentro de los entes del Estado que administran justicia, además de los jueces y magistrados, se encuentra enlistado dicho ente investigador, como un órgano que hace parte de la RAMA JUDICIAL del poder público, determinación que según lo precisado por la H. Corte Constitucional<sup>40</sup>, apareja importantes consecuencias como la calidad de funcionarios judiciales de los fiscales y la sujeción a los principios de autonomía e independencia en el ejercicio de las funciones judiciales, que les han sido asignadas por la propia Carta de 1991.

Por su parte, la Ley **906 de 2004** que adoptó el sistema acusatorio, oral y público, reiteró dentro de los órganos que administran justicia en lo penal, a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en determinadas y excepcionales funciones judiciales (artículo 31 Ley 906/04), tales como ordenar registros, allanamientos, incautaciones, interceptaciones de comunicaciones y **capturas** en los casos allí previstos.

Y si bien, las funciones jurisdiccionales de la Fiscalía son excepcionales<sup>41</sup> porque es el juez penal quien mediante providencia judicial decide definitivamente sobre la libertad del procesado, en cabeza de aquella continúa el ejercicio del poder punitivo del Estado, conserva la potestad de investigación y acusación y, se le atribuyó el poder de señalamiento o de disposición del proceso, mediante el cual puede determinar que es y no es delito digno de llevarse a juicio – *principio de oportunidad*-. En este sentido, señala el artículo 200 de la Ley 906 de 2004:

*“Artículo 200. **Órganos de indagación e investigación.** Corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querrela, petición especial o por cualquier otro medio idóneo.*

*En desarrollo de la función prevista en el inciso anterior a la Fiscalía General de la Nación, por conducto del fiscal director de la investigación, le corresponde la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial, en los términos previstos en este código. Por policía judicial se entiende la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal y, en ejercicio de las mismas, dependen funcionalmente del Fiscal General de la Nación y sus delegado”.*

Dentro de sus principales actuaciones en el proceso penal se encuentra la formulación de la imputación al procesado, la petición de imposición de la medida de aseguramiento y la presentación de la acusación contra los presuntos infractores al ordenamiento penal, aunado a que en ella recae siempre la carga de la prueba.

Cabe resaltar que la formulación de la imputación, que se realiza con fundamento en las evidencias o elementos materiales de prueba recaudados por el ente investigador con la colaboración de la Policía Judicial, **es un acto privativo de la Fiscalía General de la Nación** que no admite objeción del juez, como privativo también lo es la petición de imposición de la medida de aseguramiento ante el Juez de control de garantías, lo que significa que, aun siendo el juez el que decide sobre la imposición de la medida de aseguramiento, **sin petición previa del ente investigador, no puede el juez *motu proprio* decretar la privación de la libertad de un individuo, ni tampoco practicar prueba alguna sin la intervención del Fiscal.**

<sup>40</sup> Sentencia C-1092 de 2003, MP. Álvaro Tafur Galvis

<sup>41</sup> Con la reforma de la ley estatutaria de la Administración de Justicia contenida en la ley 1285 de 2009 la Fiscalía General de la Nación ejerce EXCEPCIONALMENTE función jurisdiccional.

Lo anterior para significar que no es apropiado concluir, que con la puesta en marcha del sistema de enjuiciamiento penal adversarial, la Fiscalía es ajena a una imputación de responsabilidad bajo el título de privación injusta de la libertad, o que no tenga vocación de representar al Estado cuando se reclama la producción de un daño antijurídico en los términos del artículo 90 constitucional, pues en su cabeza radica el ejercicio del poder punitivo del Estado, llevando a juicio a los presuntos infractores de la ley penal, solicitado la imposición de las medidas de aseguramiento restrictivas de la libertad y acusando a dichos infractores ante el juez de conocimiento, razón por la que la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva* propuesta por esta entidad, no tiene vocación de prosperidad.

Por consiguiente, debe concluirse inequívocamente que el daño irrogado al demandante es imputable fáctica y jurídicamente, la primera como una conclusión lógica de causalidad, pues la privación de su libertad obedeció exclusivamente a la solicitud de la Fiscalía encargada del asunto, y a la decisión de adoptarla por parte del juez de control de garantías de turno, por cuanto de no haberse impuesto la medida de aseguramiento al señor JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ este nunca hubiera sido sustraído de su derecho a la libertad y por consiguiente no se encontraría en este escenario, lo que anuda el nexo causal de la responsabilidad Estatal para el caso *sub examine*; la segunda razón obedece a la atribución jurídica de este daño tanto a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN como a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL en el sentido de que a pesar de que el procedimiento adelantado por los mismos *a priori* no presenta ningún tipo de irregularidad, no se justifica que se retenga a una persona para que posteriormente se deba otorgarle la libertad gracias a que **la conducta resulta atípica**.

En consideración de lo anterior, y en claro respeto por el precedente judicial vertical esta Corporación acogerá la posición jurisprudencial antes expuesta y en ese orden REVOCARÁ la sentencia del *a-quo* que negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar se declarará la responsabilidad administrativa y patrimonial de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL, por los perjuicios causados al señor JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ, con ocasión a la privación injusta de la libertad de la que fue víctima, al demostrarse por el juez natural de la causa la configuración de la **atipicidad de la conducta**.

## **7.- Los perjuicios solicitados por los demandantes.**

En el escrito de demanda se solicitó el reconocimiento y pago de perjuicios morales, en favor de JOSÉ ISMAEL TIQUE ORTIZ, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hija SARA VALENTINA TIQUE TIQUE; así como YOLANDA COLO YARA, quien actúa en nombre propio y en representación de LINA MARIA TIQUE COLO, al igual que el señor WILMAR TIQUE ORTIZ, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hijo JULIAN ESTEBAN TIQUE CARRILLO; y los señores(as) GLORIA ORTIZ DE TIQUE, ISMAEL TIQUE POLOCHE, FLOR ANGELA TIQUE ORTIZ, MARIA SOLEIDA TIQUE ORTIZ, IVÁN TIQUE ORTIZ, MARIA OLIVERA TIQUE POLOCHE, MERY TIQUE CARRILLO, MARTA LUZ TIQUE CARRILLO, CIRO ORTIZ CUPITRA, DIVA ORTIZ DE CARILLO, ARGELIA ORTIZ CUPITRA y XIMENA CARRILLO ORTIZ.

### **7.1.- Reconocimiento y tasación de los perjuicios morales.**

En casos como el sub judice, donde el daño tiene origen en la privación injusta de la libertad, se hace preciso traer a colación los criterios jurisprudenciales fijados de manera unificada por el Pleno de la Sala de Sección Tercera, en la sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 36149, en los siguientes términos:

*“Según lo ha reiterado la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos de privación injusta de la libertad y con apoyo en las máximas de la experiencia, hay lugar a inferir que esa situación genera dolor moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto afectada o limitada su*

*libertad<sup>42</sup>; en la misma línea de pensamiento se ha considerado que dicho dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades<sup>43</sup>, al tiempo que se ha precisado que según las aludidas reglas de la experiencia, el dolor de los padres es, cuando menos, tan grande como el del hijo que fue privado injustamente de su libertad, cuestión que cabe predicar por igual en relación con el cónyuge, compañera o compañero permanente o estable o los hijos de quien debió soportar directamente la afectación injusta de su Derecho Fundamental a la libertad<sup>44</sup>.*

*Asimismo, en relación con la acreditación del perjuicio en referencia, se ha dicho que con la prueba del parentesco o del registro civil de matrimonio se infiere la afectación moral de la víctima, del cónyuge y de los parientes cercanos<sup>45</sup>, según corresponda.*

*Ahora bien, en los casos de privación injusta de la libertad se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de 28 de agosto de 2013, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo –radicación No. 25.022– y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera en los términos del cuadro que se incorpora a continuación:*

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1º de consanguinidad	Parientes en el 2º de consanguinidad	Parientes en el 3º de consanguinidad	Parientes en el 4º de consanguinidad y afines hasta el 2º	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

*Así pues, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de establecer los parámetros para cuantificar la indemnización por perjuicios morales derivados de la privación injusta de la libertad de un ciudadano, teniendo en cuenta para el efecto el período de privación de tal Derecho Fundamental y el nivel de afectación, esto es de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño y aquellos que acuden a la Justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, según el gráfico antes descrito.”*

Por su parte, si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que se presume el perjuicio moral sufrido por los parientes cercanos, esto es padres, hijos, hermanos, abuelos y nieto; y con que se pruebe la condición de compañero y/o conyugue, no ocurre lo mismo para los tíos y sobrinos frente a quienes no opera la presunción, y por tal se encuentran obligados a acreditar la causación de dicho daño.

Así las cosas, como en el *sub judice* las demandadas no desvirtuaron la presunción de aflicción que se desprende de la acreditación del parentesco de los registros civiles que obran en el expediente (padres, hermanos e hija) habrá que decretarse el reconocimiento del perjuicio solicitado, para lo cual es imprescindible tener en

<sup>42</sup> Entre otras, Sentencia de 14 de marzo de 2002, exp. 12.076. M.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>43</sup> Sentencia de 20 de febrero de 2.008, exp. 15.980. M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>44</sup> Sentencia del 11 de julio de 2012, exp. 23.688. M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, reiterada recientemente en sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23.998 y del 13 de febrero de 2013, exp. 24.296.

<sup>45</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1º de marzo de 2006. Expediente 15440. MP: María Elena Giraldo Gómez.

cuenta la naturaleza, la intensidad, extensión y la gravedad de la afectación o lesión al derecho o interés legítimo respectivo, tal como se manifestó con la jurisprudencia precitada.

Ahora bien, en cuanto a la compañera permanente del señor JOSE ISMAEL TIQUE, la señora LINA MARIA TIQUE COLO, el testimonio del señor BERNARDO AROCA, CELIAR CARRILLO BARRIOS y JORGE DE LA CRUZ VIUCHE OYOLA, dan fe que para la época de los hechos el señor José Ismael y “Lina” vivían con la hija de los dos, Sara, en la casa de los papas de Lina.

En este orden, respecto a la señora MARIA OLIVERIA TIQUE POLOCHE, MERY TIQUE CARRILLO, MARTA LUZ TIQUE CARRILLO, CIRO ORTIZ CUPITRA, DIVA ORTIZ CUPITRA, ARGELIA ORTIZ CUPITRA, (Tíos paternos y maternos), JULIAN ESTEBAN TIQUE YATE (Sobrino), XIMENA CARRILLO ORTIZ (Prima) de quienes se acreditó con el registro civil de nacimiento, la calidad de tía, sobrino y prima, encuentra la Sala que no obra en el expediente medio probatorio que acredite la causación de un perjuicio moral, pues en las declaraciones rendidas no se logra evidenciar el daño padecido por los mismos con lugar a la privación injusta de la libertad del señor JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ.

Así, el señor JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ duró privado de la libertad desde el 7 de marzo de 2017 hasta el día 23 de agosto de 2017, es decir, 5 meses y 16 días, por lo que según la tabla que acaba de exponerse le corresponden por perjuicios morales 50 SMLMV por el tiempo que duró privado de la libertad.

Igualmente, en consideración a los criterios fijados por el H. Consejo de Estado, a sus familiares dentro del primer grado de consanguinidad les corresponde una suma igual a la de la víctima directa de la privación, y el 50% de ésta a quienes demuestren ser familiares en segundo grado de consanguinidad.

Así las cosas, se reconocerá, por concepto de perjuicios morales,

<b>DEMANDANTE</b>	<b>VALOR</b>
JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ (Privado de la libertad)	50 SMLMV
LINA MARIA TIQUE COLO (compañera permanente)	50 SMLMV
SARA VALENTINA TIQUE TIQUE (hija)	50 SMLMV
ISMAEL TIQUE POLOCHE (padre)	50 SMLMV
GLORIA ORTIZ CUPITRA (madre)	50 SMLMV
FLOR ANGELA TIQUE ORTIZ (hermana)	25 SMLMV
IVAN TIQUE ORTIZ (hermano)	25 SMLMV
WILMAR TIQUE ORTIZ (hermano)	25 SMLMV
MARIA SOLEIDA TIQUE ORTIZ (hermana)	25 SMLMV

### 7.1.2 Daño a la salud

En el escrito introductorio se petitionó el reconocimiento de lo que denominó el demandante “*perjuicios en la vida de relación*”; en este sentido indicó que la detención del señor JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ afectó profundamente de manera negativa sus relaciones con su entorno social, laboral, etc., siendo objeto de todo tipo de discriminación y etiquetamiento, toda vez, que fue tildado de delincuente, se le cerraron todas las puertas sociales y laborales.

Recuérdese que mediante providencias exaltadas por el H. Consejo de Estado, se estableció el nombre que llevaría a partir de la fecha el mencionado perjuicio y fue así como en posterior sentencia se mencionó que:

*“En las sentencias gemelas de unificación, proferidas el 14 de septiembre de 2011, la Sección Tercera puso fin a la confusión conceptual que existía en torno a los perjuicios inmateriales, equívocamente enmarcados bajo las denominaciones de “daño a la vida de relación”, “alteración a las condiciones de existencia” o “perjuicios fisiológicos”. En los pronunciamientos citados, no sólo se distinguió con claridad el daño a la salud del*

*moral, sino que comenzó a edificarse el concepto de perjuicios inmateriales, en los que se incluían aquellos que excedían la esfera de los morales y el daño a la salud, para dar paso al reconocimiento de otros derechos que constituían un daño autónomo y por lo tanto, debían ser indemnizados.”*

(...)

*“Los anteriores razonamientos expuestos por la Corte Suprema de Justicia despejan en esa jurisdicción las dudas que pudiere haber en torno al carácter autónomo del daño a bienes constitucionales. No obstante, es pertinente realizar algunas precisiones. En sus planteamientos, la Corte distingue tres clases de daños extra patrimoniales: i) el daño moral; ii) el daño a la vida de relación y iii) el daño a derechos fundamentales o constitucionales. Sin embargo, deja de lado que la noción de daño a la vida de relación ya ha sido ampliamente superada, como se explicó en párrafos precedentes de este proveído, por tratarse de una categoría abierta y que le abría paso a la indemnización indiscriminada de toda clase de perjuicios. Por lo tanto, se reitera que los daños inmateriales o extra patrimoniales se reducen a tres: i) aquellos que afectan directamente la esfera interna y espiritual del individuo, es decir, los morales; ii) los derivados de la afectación psicofísica de la salud, o sea, el daño a la salud; iii) y los relacionados con la afectación directa de bienes convencional y constitucionalmente protegidos. Incluso, es menester precisar que dogmática y ontológicamente el daño a la salud, por recaer sobre un derecho fundamental, está incluido en los daños a bienes constitucionales, sin embargo, debido a su magnitud, las repercusiones que trae para el ser humano y sus características especiales, se le ha asignado una categorización propia y autónoma.”*

Razón por la cual, debe precisarse que la pretensión del demandante hace referencia al concepto de DAÑO A LA SALUD cuando se refiere al DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN.

Considerado lo anterior, se tiene que, del escaso material probatorio recaudado obrante en el expediente, no se desprende que con ocasión de la privación de la libertad a la que fue sometido el demandante José Ismael Tique se hayan modificado en grado sumo las condiciones de existencia o a su estado físico o mental de salud, al igual no se desprende la configuración de lesiones antijurídicas de stirpe constitucional a derechos como la honra, el buen nombre y demás, que deban ser indemnizadas, situación que se deriva también de las condiciones en las que se produjo su restricción de la libertad personal.

En este orden de ideas, en tanto ya se reconoció la suma correspondiente a la reparación por perjuicio moral al demandante, no hay lugar al reconocimiento económico pretendido, de ahí que no resulte procedente acceder a la pretensión formulada por esta tipología de perjuicio, por no existir prueba alguna del mismo.

## **7.2. Perjuicios patrimoniales.**

### **7.2.1 Lucro cesante.**

Pretende la parte se le reconozca por concepto de perjuicio material en la modalidad de lucro cesante consolidado, las sumas dinerarias dejadas de percibir por el tiempo en que estuvo detenido, esto es, desde el 7 de marzo de 2.017 hasta el día 23 de agosto de 2.017, como quiera que para la época de los hechos el señor José Ismael Tique, trabajaba como agricultor, devengado un mensual de \$737.716.

En relación con la anterior pretensión la Sala considera que, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de nuestro Órgano de Cierre, es procedente el reconocimiento de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, siempre y cuando se demuestre que la persona desarrollaba una actividad económicamente productiva.

Ahora bien, respecto al salario percibido por el señor JOSE ISMAEL TIQUE, no se encuentra en el expediente prueba que acredite dicho ingreso, por lo anterior, se

debe aplicar la presunción del Salario Mínimo Legal Mensual Vigente<sup>46</sup>, por la cual se supone que el actor devengaba dicha suma para la época en la que desarrollaba su actividad productiva.

En consecuencia, se reconocerá el perjuicio material en modalidad de lucro cesante a favor del señor José Ismael Tique, de la siguiente manera:

Periodo de privación de la libertad	5 meses y 16 días
Periodo a indemnizar	5,53

No obstante lo anterior, el demandante solicitó le sea indemnizado un periodo de 10 meses adicionales debido a que ha sido reconocido como el término en el cual permanece desempleada la persona que le ha sido devuelta su libertad, sobre este tema debe tenerse en cuenta la sentencia del H. Consejo de Estado, en virtud de la cual reconoció esta situación, pues puso en conocimiento el estudio realizado por el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) dentro del cual se determinó que el promedio que tarda una persona de edad económicamente activa para volver a ubicarse en un puesto de trabajo es de 35 semanas o 8.75 meses.

Al respecto, cabe tener en cuenta que la Sección Tercera del H. Consejo de Estado,<sup>47</sup> estableció que en los casos de privación injusta de quien desempeñaba actividad lucrativa independiente, el período indemnizable comprende únicamente el tiempo que duró la detención (desde la captura o aprehensión física con la medida de aseguramiento hasta que se recobró la libertad o quedó ejecutoriada la providencia que puso fin a la actuación penal, lo último que ocurra), es decir, sin que se adicione a este los 8.75 meses, en virtud de la presunción del tiempo que se tarda un colombiano en obtener un empleo, en razón a lo anterior, ha de negarse todo reconocimiento por dicho concepto.

Por otro lado, respecto al 25% adicional por concepto del estimativo de las prestaciones sociales, al respecto la Subsección "A" de 19 Sección Tercera del Consejo, de Estado en sentencia proferida el 30 de agosto de 2017 en el proceso con radicación número 68001-23-31-000-2009-00044-01(42884) y ponencia de la Consejera Marta Nubia Velázquez Rico (E), explicó:

*"Ahora bien, se tomará como ingreso base de liquidación el salario mínimo legal mensual actualmente vigente (\$737.717), en tanto que resulta más favorable que el que regía en la época de los hechos, sin que en este caso a dicha cifra se le incremente un 25%, por concepto de prestaciones sociales, .por cuanto, se itera, la actividad económica que ejercía el aquí demandante era la de una persona independiente que se dedicaba al comercio de hidrocarburos en la estación de servicio llamada "El Cucharo".*

*Bajo ese entendido, se precisa que toda vez que las prestaciones sociales son un beneficio al Cual tienen derecho, únicamente; las personas que se encuentran bajo una relación laboral, mas no así los contratistas o quienes se dediquen a actividades productivas independientes, para la Sala, cuando la víctima no acredita que al momento de la restricción de su libertad era un trabajador dependiente, dicho reconocimiento resulta improcedente.*

*Al respecto, la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia fechada el 4 de octubre de 2007, por medio de la cual fijó su postura acerca del reconocimiento de este concepto, dijo lo siguiente:*

<sup>46</sup> Providencias: Sentencia, fecha 13 de noviembre de 2008, exp. 76001-23-31-000-1995-01932 (17004). Sentencia de fecha 12 de mayo de 2011, exp. 20665. Sentencia de fecha 28 de enero de 2015, exp. 68001-23-31-000-2002-01343-01 (35929). Sentencia de fecha 14 de mayo de 2014, exp- 25000-23-26-000-2005-02604-01 (39267)

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –en pleno-, sentencia del 18 de julio de 2019, Número interno: 44572

*"(...) la Sala fija su posición, en el sentido de aumentar el salario base de liquidación en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, en atención a que las mismas son un imperativo de ley y por tal razón deben ser reconocidas, en atención a que se encontró debidamente acreditado que las víctimas eran trabajadores dependientes" (se destaca).*

*En el mismo sentido, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:*

*"Estos documentos dan cuenta de que el demandante se dedicaba a labores relacionadas con la construcción de obra, pero no arrojan certeza sobre los ingresos que le reportaban.*

*Como sólo quedó demostrado que Pedro Israel Leitón Farján ejercía una actividad laboral productiva, sin que pudiera establecerse el monto devengado<sup>32</sup>, se tomará el salario mínimo mensual vigente como el ingreso base de liquidación"*

*"No hay lugar a adicionar, como lo hizo el Tribunal, el 25% porque el demandante no era empleado, sino que laboraba como constructor independiente y porque su adición supondría el estudio de cuestiones desfavorables para la entidad" (se destaca). En conclusión, la siguiente será la liquidación que, por concepto de lucro cesante consolidado, efectuará la Sala sin el reconocimiento del 25% por prestaciones sociales: (...)" -Subrayas del original y negrilla fuera del texto*

*Criterio que fue reiterado recientemente por la misma subsección en sentencia proferida el 19 de febrero de 2018 en el proceso con radicación número 05001-23-31-000-2006-02041-01(49033) y ponencia de la Consejera Doctora María Adriana Marín; sobre el particular expuso:*

*"Al respecto, si bien en el plenario se tiene por probado la actividad económica que desplegaba el hoy actor, dado que en las providencias penales que se expidieron en su investigación y en los testimonios de los señores Juan Camilo Higueta Higueta, Luis Alberto Zapata Bernal, Ángela María Osorio Cañas, practicados en este proceso (fls. 218 a 220 c. 1), siempre se aludió a que se desempeñaba como "ayudante de construcción", lo cierto es que se echa de menos material probatorio tendiente a probar sus ingresos; no obstante, para la Sala es pertinente acudir a la presunción respecto de que toda persona en edad productiva devenga por lo menos el salario mínimo legal mensual vigente, sin que en este caso a dicha cifra se le incremente un 25%, por concepto de prestaciones sociales, por cuanto la actividad económica que ejercía el aquí demandante era la de una persona independiente.*

*Lo anterior es así por cuanto las prestaciones sociales son un beneficio al cual tienen derecho, únicamente, las personas que se encuentran; bajo una relación laboral, mas no así los contratistas o quienes se dediquen a actividades productivas independientes, para la Sala, cuando la víctima no acredita que al momento de la restricción de su libertad era un trabajador dependiente, dicho reconocimiento resulta improcedente<sup>35</sup>. " -Resaltado. fuera de texto-*

En ese orden de ideas, en el plenario no se acreditó que el señor José Ismael Tique era trabajador dependiente y por ello, conforme a la jurisprudencia citada, no tiene derecho al reconocimiento del 25% por concepto de prestaciones sociales.

Así las cosas, los datos a aplicar en la fórmula financiera para liquidar el lucro cesante consolidado, son los siguientes

Lucro cesante consolidado:

$$S = Ra (1 + i)^n - 1$$

Donde:

Ra= Renta actualizada  
n= Periodo (meses)  
i= interés técnico

Se tomará como el ingreso base de liquidación el salario mínimo vigente actualmente (\$908.526) en tanto resulta más favorable que actualizar el que regía en la época de los hechos.

Ra: \$1.000.000  
n: 05,53 meses  
i: 0.004867

$$S = \frac{1.000.000 (1+0.004867)^{05,53} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 5.591.311,56$$

La suma a reconocer por lucro cesante consolidado a favor del señor José Ismael Tique es de **\$5.591.311,56**

### 7.2.2 Daño emergente

A título de daño emergente, la parte demandante solicitó el pago de los honorarios en que incurrió para llevar a cabo todo el proceso penal como defensor de confianza en la que se llevó la defensa técnica.

Tratándose del reconocimiento del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales del abogado que intervino en defensa de quien fue privado injustamente de la libertad, el Consejo de Estado ha admitido como prueba de ese perjuicio la documental consistente en los recibos de pago que dan cuenta de la cancelación de los honorarios profesionales y, en su defecto, las certificaciones emitidas por los profesionales del derecho, acerca del pago de sus honorarios.

No obstante, lo anterior, en un nuevo pronunciamiento del 18 de julio de 2019 mediante sentencia de unificación el Consejo de Estado-Sección Tercera precisó:

*“(...) En virtud de lo anterior, debe entenderse que, como el derecho es una profesión liberal, quienes lo ejercen están obligadas a expedir la respectiva factura o su documento equivalente (el cual debe satisfacer los requisitos previstos en el artículo 617 del mismo estatuto); por tanto, si los abogados están obligados a expedir una factura por el valor de sus honorarios profesionales, es dable concluir que ésta es la prueba idónea del pago.*

*Así, en armonía con las referidas normas tributarias, en los eventos de privación injusta de la libertad, cuando el demandante pretenda obtener la indemnización del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales cancelados al abogado que asumió la defensa del afectado directo con la medida dentro del proceso penal, quien haya realizado el pago deberá aportar: i) la prueba de la real prestación de los servicios del abogado y ii) la respectiva factura o documento equivalente expedido por éste, en la cual se registre el valor de los honorarios correspondientes a su gestión y la prueba de su pago, de suerte que, si solo se aporta la factura o solo se allega la prueba del pago de la misma y no ambas cosas, no habrá lugar a reconocer la suma pretendida por concepto de este perjuicio (...).”*(Resalta la Sala).

Con fundamento en la anterior jurisprudencia y teniendo en cuenta que al proceso no se arribó documento alguno que demostrará la realización efectiva del pago de

honorarios a un abogado, la Sala negará el reconcomiendo de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente.

#### **8. Condena en costas.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

Ahora bien, el Código General del Proceso, en su artículo 365, en cuanto a la condena en costas establece en su numeral 4º que *“Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias”*.

Por consiguiente, siempre y cuando se hayan causado y en la medida de su comprobación, la Sala condenará en costas de ambas instancias a la parte demandada, en tanto se revocó en todas sus partes el fallo objeto de censura, evento en el cual se ordena incluir el equivalente a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente por concepto de agencias en derecho, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo N°. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Se ordenará que la Secretaría del Juzgado de origen efectúe la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, Sala Oral de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **F A L L A:**

**REVOCAR** la sentencia de primera instancia, proferida el 28 de junio de 2021 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué (Tolima), que negó las pretensiones incoadas en el libelo introductorio. En su lugar, se dispone:

**PRIMERO: DECLARAR** administrativa y patrimonialmente responsable a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por los perjuicios sufridos por los demandantes, con ocasión de la privación injusta de la libertad de que fue víctima el señor JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

**SEGUNDO:** CONDÉNASE solidariamente a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar a favor de los demandantes las siguientes sumas:

#### **A) Por Daño moral:**

<b>DEMANDANTE</b>	<b>VALOR</b>
JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ (Privado de la libertad)	50 SMLMV
LINA MARIA TIQUE COLO (compañera permanente)	50 SMLMV
SARA VALENTINA TIQUE TIQUE (hija)	50 SMLMV
ISMAEL TIQUE POLOCHE (padre)	50 SMLMV
GLORIA ORTIZ CUPITRA (madre)	50 SMLMV
FLOR ANGELA TIQUE ORTIZ (hermana)	25 SMLMV
IVAN TIQUE ORTIZ (hermano)	25 SMLMV
WILMAR TIQUE ORTIZ (hermano)	25 SMLMV
MARIA SOLEIDA TIQUE ORTIZ (hermana)	25 SMLMV

**B) Por Lucro Cesante Consolidado:** Para el señor JOSE ISMAEL TIQUE ORTIZ la suma de CINCO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y UN MIL TRESCIENTOS ONCE MIL PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS. (\$5.591.311,56).

**TERCERO: NIEGUESE** las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO:** CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada en los términos considerados en la parte motiva de esta decisión. Por Secretaría del Juzgado de instancia liquídense.

**QUINTO:** Las entidades demandadas darán cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro de los términos indicados en los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A.

**SEXTO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de decisión el día de hoy.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

  
ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA

  
BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS

  
JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO

Se suscribe esta providencia con firmas electrónica y escaneada, ante las medidas de aislamiento preventivo obligatorio decretada por el Gobierno Nacional con el fin de evitar la propagación de la pandemia del COVID-19 –coronavirus-en Colombia. No obstante, se deja expresa constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada por cada uno de los magistrados que integran la Sala de Decisión a través de la plataforma tecnológica Teams y correos electrónicos institucionales.

Firmado Por:

Jose Aleth Ruiz Castro

Magistrado

Oral 006

**Tribunal Administrativo De Ibaguè - Tolima**

Este documento fue generado con firma electr3nica y cuenta con plena validez jur3dica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

C3digo de verificaci3n: **4c3bc70fdf2e288e2b56cfa2613578c4d97ffe26436acaf8571e41f1c76c86c4**

Documento generado en 25/02/2022 10:52:28 AM

**Descargue el archivo y valide 3ste documento electr3nico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**