



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR
Valledupar, primero (1º) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

REF.: Medio de Control: Reparación Directa- Apelación Sentencia
Demandante: ARLEY DEL CARMEN FLÓREZ Y OTROS
Demandado: Nación- Rama Judicial- Fiscalía General de la Nación
Radicación: 20-001-33-33-001-2015-00048-01

Magistrado Ponente: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

I. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el 20 de septiembre de 2017, Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. HECHOS.

El apoderado del demandante relata que el 9 de noviembre de 2012 fue capturada por unidades de la Policía Nacional la señora ARLEY DEL CARMEN FLÓREZ ATENCIO, por el presunto punible de Porte Ilegal de Armas de Fuego.

Sostiene que el día 10 de noviembre de 2012 a solicitud de la Fiscalía General de la Nación, se llevó a cabo ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Valledupar con Funciones de Control de Garantías, audiencia de legalización de captura, Formulación de Imputación y de Imposición de Medida de Aseguramiento en contra de ARLEY DEL CARMEN FLÓREZ ATENCIO, quien es remitida al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Valledupar.

Señala que el día 18 de noviembre de 2012, el Diario EL PILÓN, publicó la noticia de la captura de la demandante y de los hechos delictivos de los cuales se le acusaba.

Indica que el 13 de diciembre de 2012, la Fiscalía General de la Nación, radica ante el Centro de Servicios de los Juzgados Penales de Valledupar, escrito de acusación. No obstante, el 25 de abril de 2013, lo retira y solicita audiencia de preclusión a favor de la señora ARLEY DEL CARMEN FLÓREZ ATENCIO, la cual se lleva a cabo el 26 de agosto de 2013, en la que se ordena su libertad inmediata y el cese de todo procedimiento penal en su contra, quedando dicha decisión debidamente ejecutoriada ese mismo día

Comenta que la señora ARLEY DEL CARMEN FLÓREZ ATENCIO, permaneció detenida entre el 9 de noviembre de 2012 y el 11 de septiembre de 2013, es decir, 10.06 meses, y que al momento de su captura se dedicaba al comercio.

2.2. PRETENSIONES.

Los demandantes solicitan que se declare a la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional- Fiscalía General de la Nación- y a la Rama Judicial-, administrativa y patrimonialmente responsables de los daños y perjuicios causados a la señora ARLEY DEL CARMEN FLÓREZ ATENCIO, a su madre, su padre y a sus hermanas, como consecuencia de los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados por la medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria, impuesta en su contra dentro de la investigación por el delito Fabricación, Tráfico o Porte de Armas de Fuego o Municiones.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a las entidades demandadas a reconocer y pagar por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante la suma de \$15.585.205, y por perjuicios morales el equivalente a 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para la víctima directa y sus padres, y el equivalente a 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada una de sus hermanas.

Que la condena sea actualizada de conformidad a los artículos 193-195 del CPACA mediante la aplicación de los mecanismos, procedimiento y fórmulas adoptadas por Honorable Consejo de Estado, con sus correspondientes intereses legales desde la fecha de la ocurrencia de los hechos dañosos y hasta cuando se dé cumplimiento a la sentencia.

Que se condene en costas a las entidades demandadas, en los términos del artículo 188 del CPACA.

III. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado de primera instancia declaró probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima propuesta por la Rama Judicial y negó las pretensiones de la demanda, señalando que la privación de la libertad de que fue objeto la señora ARLEY DEL CARMEN FLÓREZ ATENCIO, no resultó ser injusta, puesto que sí bien, el señor RAFAEL EUSEBIO DAZA CASTILLA, al momento en que se legalizó su captura aceptó los cargos y manifestó ser el único responsable de la comisión del delito investigado, la actuación de las demandadas al legalizar la captura de la demandante y mantenerla privada de la libertad, fue justificada, ya que la manifestación hecha por el imputado no podía tenerse por cierta con el solo hecho de pronunciarse. De tal forma que al ser capturados todos en situación de flagrancia, los investigadores necesitaron de recaudar el material probatorio suficiente para corroborar lo afirmado por fuentes humanas, quienes manifestaron su preocupación ya que por inmediaciones de la sucursal en la entidad bancaria, Banco Davivienda de Almacenes Éxito Las Flores de esta ciudad, se encontraban dos personas sospechosas, por lo que los 9 meses que estuvo detenida la actora, correspondió al término de duración del proceso para que tanto el ente acusador como el Juez de Conocimiento cumplieran con su propósito de establecer la verdad.

Precisa entonces, que la conducta desplegada por la demandante enmarca en el de culpa exclusiva de la víctima, ya que su comportamiento fue determinante para su detención, pues, de no haberse encontrado en el sitio de los hechos, no habría sido vinculada a la investigación penal, toda vez que la actividad delictiva que el señor RAFAEL EUSEBIO DAZA CASTILLA confesó practicar, no podía ser desconocida por la actora.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante, solicita se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda, señalando que lo único que fue probado dentro del proceso, fue la captura de la demandante en momentos en que se movilizaba en su vehículo de servicio público en compañía de dos personas más.

Dice que no se probó que la actora estuviese ubicada en las inmediaciones del centro comercial Éxito, observando una sucursal bancaria, pues para nadie es un secreto, que la Policía Nacional utiliza la expresión "fuentes humanas" para justificar en algunos casos sus procedimientos.

Señala que tampoco, se probó la existencia del supuesto vehículo al cual iban a interceptar y que momentos antes había salido del centro comercial, y menos que la demandante tuviese conocimiento que RAFAEL EUSEBIO tuviese en su poder un arma de fuego.

Resalta que la actora al momento de los hechos no portaba arma de fuego alguna, y que no está probado que se fuese a cometer hurto alguno.

V. ALEGATOS

En esta oportunidad procesal el apoderado de la parte DEMANDANTE, solicita acoger sus peticiones y se proceda a revocar la sentencia de primera instancia, manifestando que la excepción de culpa exclusiva de la víctima no está debidamente probada en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

La FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, considera que la sentencia de primera instancia se debe confirmar, toda vez que la privación de la libertad de la que fue objeto la señora ARLEY DEL CARMEN FLÓREZ ATENCIO, obedeció a la decisión del Juez de Control de Garantías consistente en decretar en su contra una medida de aseguramiento privativa de la libertad, conforme a la captura en flagrancia dadas las circunstancias de la misma, era procedente dicha medida para asegurar que los capturados comparecieran al proceso mientras se resolvía de fondo la situación jurídica de los mismos.

Refiere que en todo caso la entidad llamada a responder es la Rama Judicial, porque fue el Juez Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Valledupar, el que dispuso la captura del demandante y una vez escuchadas las intervenciones de los sujetos procesales decreto la medida de aseguramiento privativa de la libertad en contra de los demandantes.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala determinar si se revoca o no la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, que negó las pretensiones de la demanda, porque en consideración de la parte demandante debe ser declarada la responsabilidad administrativa de las demandadas, por la privación injusta de la libertad de que fue objeto la señora ARLEY DEL CARMEN FLÓREZ ATENCIO.

6.2. Responsabilidad del Estado por detención preventiva y posterior absolución del procesado.

La Sección Tercera del Consejo de Estado¹ ha señalado que el Estado es responsable por los daños derivados de la detención preventiva ordenada con el lleno de los requisitos legales, cuando posteriormente se le exime de responsabilidad penal. El anterior criterio está fundamentado en el derecho a la libertad de las personas protegido por la Constitución y en que la detención preventiva no es una carga pública que deba soportar el administrado.

Hay que tener en cuenta que unos son los requisitos que el orden jurídico establece que deben constatarse para que la autoridad competente pueda disponer, ajustándose a Derecho, la privación de la libertad de las personas, y otras diversas son las exigencias cuya concurrencia se precisa para que resulte jurídicamente procedente condenarlas mediante sentencia penal. Luego, puede ocurrir en ciertos casos, que se reúnan los requisitos para proferir medida de aseguramiento, pero no para condenar al procesado.

Se estaría, en estos casos, ante la necesidad de diferenciar entre una decisión *legal* -la que ordena la detención preventiva- pero que a la postre se revela *equivocada*, pues si bien se trata de una situación en que la ley autoriza, con el propósito de proteger a la colectividad y garantizar el cumplimiento de una sentencia eventualmente condenatoria, la vulneración del derecho fundamental a la libertad aunque no se encuentre demostrada la responsabilidad del sindicado, cuando esta demostración termina por no producirse y la decisión, por el contrario, es absolutoria, el yerro en que se incurre salta a la vista² y debe, entonces, pasar a analizarse si se ha producido un daño antijurídico.

El Consejo de Estado ha sostenido que a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo, ha corregido esta tesis³ porque considera que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática.

No se entiende entonces con apoyo en qué tipo de argumento no habría de ser catalogado como igualmente antijurídico el daño que sufre quien se ve privado de la libertad por un tiempo determinado y acaba siendo exonerado de responsabilidad. Ciertamente resulta difícil aceptar que, con el fin de satisfacer las necesidades del sistema penal, deba una persona inocente soportar ese tiempo privado de la libertad y que sea posible aducirle, válidamente, que lo ocurrido es una cuestión "normal", inherente al hecho de ser un buen ciudadano y que su padecimiento no va más allá de lo que es habitualmente exigible a todo individuo, como carga pública derivada del hecho de vivir en sociedad.

El Consejo de Estado⁴ considera que exonerar al Estado de responsabilidad por no realizar o culminar las averiguaciones que habría -probablemente- conducido a la estructuración de la causal de detención preventiva injusta consistente en que el

¹ Sentencia de 4 de diciembre de 2006, proceso 13.168, Actor: AUDY HERNANDO FORIGUA PANCHE y Otros.

² HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo, «Responsabilidad extracontractual del Estado colombiano», en *Revista "Derechos y Valores"*, Vol. IV, No. 8, diciembre de 2001, Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, Bogotá, D. C., pp. 39-41.

³ Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, proceso 13.168, Actor: AUDY HERNANDO FORIGUA PANCHE y Otros.

⁴ Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, proceso 13.168, Actor: AUDY HERNANDO FORIGUA PANCHE y Otros.

sindicado no cometió el hecho, habiéndose previamente dispuesto su encarcelamiento, constituiría una manifiesta inequidad. Y esa consideración no se modifica por el hecho de que la absolución se haya derivado de la aplicación del principio "*in dubio pro reo*".

Como la detención preventiva a nada condujo, pues el Estado no pudo desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al individuo y en manera alguna se justificó la notable afectación a dichos derechos fundamentales, la medida no satisfizo las exigencias de la referida "ley de la ponderación" y resultó manifiestamente desproporcionada, de manera que supuso un sacrificio especial para el particular, que supera -con mucha diferencia- las molestias o cargas que cualquier individuo ha de asumir por el hecho de vivir en comunidad. No estaba, por tanto, el detenido, en la obligación de soportar los daños que el Estado le irrogó, mismos que deben ser calificados como antijurídicos y cuya configuración determina, consecuentemente, el reconocimiento de la respectiva indemnización de perjuicios.

En sentencia de Unificación⁵ -respecto al régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos en que se exonera de responsabilidad al investigado en aplicación del principio *in dubio pro reo*-, la Alta Corporación concluyó que si se atribuyen y se respetan los alcances que en el sistema jurídico nacional corresponden tanto a la presunción constitucional de inocencia como al principio-valor-derecho fundamental a la libertad —cuya privación cautelar está gobernada por el postulado de la excepcionalidad, según se ha expuesto—, resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia al proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego absolver de responsabilidad penal al sindicado en aplicación del principio *in dubio pro reo*, haya sido un proceder ajustado o contrario a Derecho, en el cual resulte identificable, o no, una falla en el servicio, un error judicial o el obrar doloso o gravemente culposo del agente judicial, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, devendrá en intrascendente —en todo sentido— que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, se habrá irrogado un daño especial a un individuo.

No obstante lo anterior, recientemente el Consejo de Estado⁶, modificó y unificó su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013). Radicación: 52001233100019967459 – 01 (23.354). Demandante: Luis Carlos Orozco Osorio. Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación.

⁶ Sala Plena de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, sentencia del 15 de agosto de 2018, Consejero Ponente Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, expediente No. 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46.947).

Precisó que, adicionalmente deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, 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. Y que contrario a ello, si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

En palabras concretas, el Consejo de Estado, sostuvo:

(...) En ese sentido, la Sala considera pertinente apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora ha sostenido en torno al tema, máxime que al amparo de ella no sólo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminó con una condena, exceptuando, eso sí, los casos en los que se ha observado que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima.

En otras palabras, bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es per se antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

En esa medida, comoquiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) “se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño.

...

Así las cosas y como al tenor de los pronunciamientos de esta Sala la privación de la libertad de una persona puede ser imputada al Estado siempre y cuando ella no haya incurrido, bajo la perspectiva de lo civil, en culpa grave o dolo civil, es menester determinar si, a la luz del artículo 63 del Código Civil⁶², la conducta de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal y si, por consiguiente, fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de

aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos”.

Precisado lo anterior, la Sala pasa a estudiar, de acuerdo con el material probatorio válidamente aportado al proceso, si existe responsabilidad por los daños causados a los demandantes, con ocasión de la privación de la libertad de la cual fue objeto el demandante.

6.3. Caso concreto.

Dentro del expediente se encuentra demostrado que el 10 de noviembre de 2012, fue realizada la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación, e imposición de medida de aseguramiento, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Valledupar-Cesar, en la que se impartió legalidad a la captura de la señora ARLEY DEL CARMEN FLÓREZ ATENCIO, se le imputó el delito de Fabricación, Tráfico y Porte de Arma de Fuego o Municiones, y se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad consistente en detención domiciliaria (fls.60-62).

El Fiscal 16 Seccional, el 13 de diciembre de 2012, presentó escrito de acusación por el delito de Fabricación, Tráfico y Porte de Arma de Fuego o Municiones, (fls. 64-69), no obstante el 5 de abril de 2013, la Fiscalía retira el escrito de acusación y a su vez solicita preclusión de la investigación a favor de la acusada ARLEY DEL CARMEN FLÓREZ ATENCIO, audiencia que se llevó a cabo el 26 de agosto de 2013, en la que el Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Valledupar, accede a lo solicitado por la Fiscalía y declara la concurrencia de la causal 6 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 de preclusión de la acción penal ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia. Esta decisión fue notificada en estrados y contra la misma no se interpusieron recursos (fls. 76-78).

Respecto del tiempo que permaneció la demandante privada de su libertad, se encuentra la certificación de fecha 3 de septiembre de 2014, suscrita por la Directora del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Valledupar, Cesar, en la que hace constar que la señora ARLEY DEL CARMEN FLÓREZ ATENCIO, permaneció recluida en ese establecimiento carcelario desde el 10 de noviembre de 2012 hasta el 11 agosto de 2013 (fl. 51).

6.4. Caso concreto.

Está demostrado para la Sala que la señora ARLEY DEL CARMEN FLÓREZ ATENCIO, estuvo privada de la libertad, desde el día 10 de noviembre de 2012, hasta el 11 de agosto de 2013, cuando el Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Valledupar, accede a lo solicitado por la Fiscalía y decreta la preclusión de la investigación seguida en contra de la actora al no contar con elementos probatorios suficientes, ni evidencias físicas que permitieran desvirtuar la presunción de inocencia, dado que al momento de su captura no se encontraba realizando conducta punible y que el arma que fue encontrada por las autoridades era llevada por el señor RAFAEL EUSEBIO DAZA CASTILLA, quien aceptó los cargos, por tanto, esta persona no estaba en la obligación de soportar esta carga, por lo que contrario a lo expresado por el *a quo* considera la Sala que en el presente caso se presentó una privación injusta de su libertad, que debe ser indemnizada.

Ahora bien, para efectos de dilucidar la responsabilidad endilgada en cabeza de la Nación –Fiscalía General de la Nación, se debe anotar que una vez valorados los elementos de juicio obrantes dentro del presente proceso, y la normatividad aplicable al caso bajo estudio, se observa que fue quien impartió la orden de allanamiento, registro y captura, solicitó la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva e inicialmente calificó el mérito del sumario con resolución de acusación, contra la sindicada como autora responsable del punible de Fabricación, Tráfico y Porte de Arma de Fuego o Municiones, para luego solicitar la preclusión de esta. Siendo entonces evidente que la Fiscalía General de la Nación, debe responder en este caso por los daños causados a los demandantes al ser la entidad que realizó la imputación del delito y solicitud de medida de aseguramiento, aun cuando desde el momento mismo de la captura la señora ARLEY DEL CARMEN FLÓREZ ATENCIO, manifestó ser ajena a los hechos referenciados.

Así mismo, respecto a la Nación –Rama Judicial, la Sala observa que fue el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Valledupar, quien legalizó la captura y decretó la medida de aseguramiento en contra de la hoy demandante, cuando no se contaba con todos los medios probatorios suficientes para llevarlo a cabo, muy a pesar de que, haya sido por solicitud de la Fiscalía, por lo tanto, teniendo en cuenta que las actuaciones realizadas por la Rama Judicial fueron generadoras del hecho dañoso, como extremo procesal pasivo, ésta se encuentra legitimada sustancialmente en la causa, toda vez que, las decisiones de sus funcionarios fueron fundamento de la materialización del daño alegado por los demandantes en el presente asunto. Máxime cuando, luego de que la Fiscalía retirara el escrito de acusación y solicitara la preclusión (5 de abril de 2013), el Juzgado Tercero del Circuito de Valledupar, dejara transcurrir aproximadamente 4 meses para realizar la respectiva audiencia de preclusión (26 agosto 2013), lo que sin duda extendió el tiempo de privación de la libertad. Por lo tanto, teniendo en cuenta que las actuaciones realizadas por la Rama Judicial fueron generadoras del hecho dañoso, como extremo procesal pasivo, ésta también se encuentra legitimada sustancialmente en la causa, toda vez que, las decisiones de sus funcionarios fueron fundamento de la materialización del daño alegado por los demandantes en el presente asunto.

En consecuencia, dicho de esta forma, y aplicando las normas y la jurisprudencia anteriormente anotada, se tiene que la Nación –Fiscalía General de la Nación, y la Nación –Rama Judicial, son administrativa y patrimonialmente responsables, en forma solidaria, por la privación injusta de la libertad de la señora ARLEY DEL CARMEN FLÓREZ ATENCIO, ya que con dicha privación se le causó un daño antijurídico, por lo tanto, a diferencia de lo argumentado por éstas, el Tribunal considera que sí existe un nexo vinculante con cada una de ellas, por cuanto a la víctima le fue ocasionado un daño que no estaba en la obligación de soportar.

Además de ello, debe acotarse que estudiado el material probatorio válidamente aportado al proceso como lo manda la nueva tesis jurisprudencial, no es posible determinar que hubiese sido la conducta de la demandante la que dio lugar a la privación de su libertad, por cuanto si bien la demandante se encontraba con la persona que sí cometió el delito, no habían elementos para determinar su participación en los hechos, máxime cuando a la señora ARLEY DEL CARMEN FLÓREZ ATENCIO, no le fue hallada ninguna arma en su poder y cuando el otro capturado RAFAEL EUSEBIO DAZA CASTILLA, a quien se le encontró la tenencia de un arma de fuego tipo revolver aceptó los cargos manifestando ser el

responsable de los hechos referenciados, por lo que no debió extenderse a aquella su reclusión injustificadamente.

Indemnización de perjuicios.

Respecto de los **perjuicios morales** se ha reconocido que el juez administrativo *arbitrio iudicis* puede determinar el monto a reconocer a título de indemnización. Esta discrecionalidad se aplicará: *i)* bajo el entendido de que la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación, pues *“la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia”*⁷, más no de restitución, ni de reparación; *ii)* por la aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; *iii)* por el deber de estar sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso respecto del perjuicio y su intensidad, y por el *iv)* deber de estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad⁸.

Recientemente, la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó sus criterios de indemnización de perjuicios morales en los eventos de privación injusta de la libertad⁹.

En esta providencia se trazaron unos parámetros de guía para la tasación del daño moral de acuerdo a factores como la duración de la privación de la libertad y el grado de parentesco de los demandantes en relación con la víctima directa. Estos derroteros quedaron consignados en el siguiente cuadro:

	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 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	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

Además de este parámetro, la providencia de unificación dejó claro que el juez debe valorar las circunstancias propias del caso concreto, con el objeto de determinar la gravedad de esta afectación¹⁰.

De igual forma la Sala Plena de la Sección Tercera en otra providencia de unificación sobre la materia, también determinó que deben tenerse en cuenta, entre otros aspectos, *“las condiciones en las cuales se hizo efectiva la privación de la libertad, esto es, si se cumplió a través de reclusión en centro carcelario o detención domiciliaria”*¹¹, para efectos de tasar el perjuicio moral.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de julio de 2010, expediente: 19.312, C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, expediente: 15459, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, Rad. 36.149.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, Rad. 36.149.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, Rad. 25.022.

La Sala reitera¹² que la afectación al derecho a la libertad en los casos de detención domiciliaria es menor en comparación con los eventos en los que la restricción a ese derecho se impone en un centro penitenciario, porque las condiciones de esa restricción no entrañan para el sindicado el alejamiento de sus seres queridos, ni la separación del hogar del cual hace parte, circunstancia que reduce la intensidad de dolor moral.

La jurisprudencia ha sostenido¹³ que en los eventos en los cuales se demuestra que el demandante es padre, hermano, hijo o cónyuge de la víctima el perjuicio moral se infiere del vínculo parental o marital existente entre los demandantes y la persona víctima del hecho.

En el presente caso, teniendo en cuenta que la privación de la libertad se extendió durante nueve (9) meses y un (1) día, es decir que excedió los 9 meses pero inferior a 12 meses, al tratarse de una detención domiciliaria y como no obran pruebas de un sufrimiento moral distinto al derivado de esa restricción de la libertad, la Sala reducirá a la mitad el monto que se reconoce por estos perjuicios en los casos de detención por un tiempo igual en centro carcelario, en tanto el reconocimiento de los perjuicios morales se establece en el equivalente a 40 SMMLV para la víctima directa y sus padres MARÍA TERESA ATENCIO EPINAYU y EDUARDO ENRIQUE FLÓREZ MENDOZA, quienes acreditaron su condición con el registro civil de nacimiento visto a folio 42 del expediente.

Por su parte, el reconocimiento para KAREN MARGARITA y ANDREINA PAOLA FLÓREZ ATENCIO, será de 20 SMMLV para cada una, en su calidad de hermanas de la víctima directa, según registros civiles de nacimiento obrantes en el expediente a folios 44-45.

Respecto a los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante solicitados, la Sala considera que no pueden reconocerse, debido a que en el plenario no están demostrados los ingresos percibidos por la víctima antes de encontrarse privada de la libertad, ni tampoco obra prueba alguna donde conste la actividad a que se dedicaba o desempeñaba, toda vez que en el expediente solo se encuentra la manifestación de qué se dedicaba al comercio pero no especifica a qué sector del comercio ni mucho menos aporta alguna prueba que lo demuestre.

No habrá condena en costas en esta instancia, por no haberse probado su causación.

En vista de lo anterior, y no habiendo otro reparo en contra de la sentencia de primer instancia, el Tribunal revocará la sentencia apelada, de conformidad con los argumentos que anteceden.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA

REVOCAR la sentencia apelada, proferida el 20 de septiembre de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, por las

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de julio de 2016, Rad. 41.875.

¹³ Consejo de Estado Sección Tercera las sentencias del 17 de julio de 1992, Rad. 6.750; del 16 de julio de 1998, Rad. 10.916 y del 27 de julio de 2000, Rad. 12.788 y Rad. 12.641.

razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar, se dispone:

PRIMERO: Decláranse administrativa y patrimonialmente responsables a la NACIÓN -FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la RAMA JUDICIAL, de los perjuicios causados a los demandantes por la privación injusta de la libertad de la señora ARLEY DEL CARMEN FLÓREZ ATENCIO.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, condénanse a la NACIÓN -FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la RAMA JUDICIAL a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MORALES:

Para ARLEY DEL CARMEN FLÓREZ ATENCIO (Víctima), el equivalente en pesos de cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Para EDUARDO ENRIQUE FLÓREZ MENDOZA (padre de la víctima), y MARÍA TERESA ATENCIO EPINAYU (madre de la víctima), el equivalente en pesos de cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, para cada uno.

Para KAREN MARGARITA FLÓREZ ATENCIO y ANDREINA PAOLA FLÓREZ ATENCIO (hermanas de la víctima), el equivalente en pesos a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, para cada una.

TERCERO: Niéganse las demás súplicas de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Dése cumplimiento a los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 071.


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado