



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia



SIGCMA

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

REF.: Medio de Control: Reparación Directa- Apelación Sentencia  
Demandante: ÁLVARO JOSÉ STRAUCH SALAS Y OTROS  
Demandado: Nación- Rama Judicial- Fiscalía General de la Nación  
Radicación: 20-001-33-33-001-2016-00179-01

Magistrado Ponente: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

## I. ASUNTO

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las entidades demandadas, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, de 21 de septiembre de 2017, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

## II. ANTECEDENTES

### 2.1. HECHOS.

El apoderado de los demandantes manifiesta que el señor Álvaro José Strauch Salas, fue privado injustamente de su libertad, el pasado 7 de junio de 2014, fecha en la cual el Juzgado Promiscuo Municipal de El Copey, Cesar con Funciones de Control de Garantías, le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad, consistente en detención preventiva en centro de reclusión, a petición de la Fiscalía, al considerarlo presunto autor material del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, dentro del radicado No. 2000160010742014-00899.

Sostiene que mediante providencia de fecha 29 de enero de 2015, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Valledupar, revocó la medida de aseguramiento.

Que mediante providencia emanada del Juzgado Primero Penal del Circuito de Valledupar, fechada el 22 de abril de 2015, fue precluida la investigación en contra del demandante por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, por el cual venía siendo investigado.

Indica que el señor Álvaro José Strauch Salas, permaneció privado injustamente de la libertad, por espacio de 7 meses y 22 días, esto es, desde el 7 de junio de 2014, hasta el 29 de enero de 2015, en la cárcel judicial de Valledupar, lo cual causó graves perjuicios tanto a él como a su núcleo familiar, quienes padecieron de señalamientos injustos de gran parte de la sociedad.

Refiere que la Fiscalía General de la Nación, en su afán de demostrar resultados ante la sociedad muchas veces vulnera uno de los derechos más importantes del ser humano como lo es el derecho a la libertad.

Aduce que desde el momento mismo en que fue vinculado a la investigación, el señor Strauch Salas, negó rotundamente su participación en los hechos que se investigaban, puesto que bajo ninguna circunstancia podía ser sujeto activo del delito que se le imputaba, en consideración a que nunca planeó ni ejecutó el delito por el cual se le imputaba, y a pesar de no contar la Fiscalía, con el material probatorio suficiente para mantenerlo privado de la libertad, éstos extendieron injustificadamente el tiempo de privación de la libertad como probable autor de un delito cuya acusación fue sustentada con puras y simples conjeturas.

Señala que la falla en el servicio concretada en la privación injusta de la libertad de que fue objeto Álvaro José Strauch Salas, tuvo su causa en el tortuoso y tardío trámite en que se ha convertido el Sistema Penal Acusatorio, que imposibilita una adecuada, pronta y eficaz administración de justicia y en el afán de mostrar resultados positivos en la lucha contra la criminalidad, a costas de libertades y garantías de personas inocentes que no tienen el deber de soportar la ignominia a que son sometidos, muy a pesar de haberse demostrado desde el principio la absoluta ausencia de responsabilidad en los hechos.

## 2.2. PRETENSIONES.

Los demandantes solicitan que se declare a la Nación- Fiscalía General de la Nación- y a la Rama Judicial-, administrativamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios materiales, morales y del daño a la vida de relación, causados a los demandantes, por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor Álvaro José Strauch Salas, durante el tiempo comprendido entre el 7 de junio de 2014 al 29 de enero de 2015.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a las entidades demandadas a reconocer y pagar por perjuicios morales el equivalente a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para la víctima directa, el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para su madre, su padrastro y su hermano, para cada uno. Por perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente los gastos que haya tenido que sufragar el señor Álvaro José Strauch Salas, para obtener su libertad y defenderse dentro del proceso penal, por concepto de lucro cesante, lo dejado de percibir durante el tiempo que estuvo privado de la libertad, más las 35 semanas en que una persona tarda en conseguir trabajo; y por daño a la vida de relación la suma equivalente a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para todos los demandantes.

Que la condena sea actualizada de conformidad al artículo 187 del CPACA y que se reconozcan los intereses de mora desde la ejecutoria de la sentencia.

Que la parte demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA, y que se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.

## III. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado de primera instancia declaró a la Nación- Rama Judicial- y a la Fiscalía General de la Nación, administrativa y patrimonialmente responsables solidariamente de la privación injusta de la libertad del señor ÁLVARO JOSÉ STRAUCH SALAS, durante el periodo comprendido entre el 7 de junio de 2014 al 29 de enero de 2015. En consecuencia, las condenó a pagar por concepto de perjuicios morales para la víctima directa, su madre y hermano el equivalente a 70 S.M.L.M.V. para cada uno, por perjuicios materiales en la modalidad de lucro

cesante la suma de \$14.767.597 a favor de la víctima directa. Negó las demás pretensiones de la demanda.

El *a quo*, encontró demostrado la existencia de un daño antijurídico, como quiera que el señor Álvaro José Strauch Salas, no se encontraba en la obligación jurídica de soportar la limitación de los derechos que le fueron afectados, en especial el de la libertad, cuando finalmente en la decisión mediante la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento decretó la preclusión del proceso por cuanto, si bien es cierto el hoy demandante portaba consigo sustancias psicoactivas, más exactamente cocaína, la cantidad que le fue encontrada en su poder fue ligeramente superior a la legalmente permitida por la ley, la cual era destinada para su propio consumo, lo que lleva a la conclusión de que la privación de la libertad de este señor puede calificarse de injusta.

Refiere que según la jurisprudencia constitucional aun cuando el demandante llevaba más de la dosis permitida la misma no era con fines de distribución o venta, por ende la conducta no podía ser catalogada como delito.

Consideró que los argumentos planteados por la Rama Judicial, no son suficientes para exonerar la responsabilidad al ente acusador, por cuanto se observa en las pruebas allegadas al expediente que no existían los presupuestos necesarios para declararlo culpable del punible Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, y aun así, el hoy accionante fue puesto tras las rejas.

No encontró probada la relación afectiva del señor Óscar Fonseca Ardila y en consecuencia de ello la posible afectación que este haya llegado a sufrir con la privación de la libertad del señor Álvaro José Strauch Salas, máxime cuando en audiencia de pruebas celebrada el 11 de mayo al no asistir el apoderado judicial de la parte actora se declaró clausurado el periodo probatorio.

#### IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL señala, que no comparte lo argumentado por el *a quo*, en lo referente a la supuesta responsabilidad que le asiste a la entidad frente a los hechos que aquí se debaten, ya que la actuación del Juez Penal con Funciones de Control de Garantías, se concretó en decretar la medida de aseguramiento solicitada por la Fiscalía General de la Nación, con base en los elementos materiales probatorios, legalmente recaudados, como lo fue el resultado de los actos urgentes realizados por la Fiscalía, los cuales fueron presentados como pruebas ante el juez que legalizó la captura del señor Álvaro José Strauch Salas.

Enfatiza que el demandante fue encontrado en flagrancia con sustancias alucinógenas prohibidas por la ley y en mayor cantidad a la permitida, y que además el demandante se encontraba cobijado por una medida de aseguramiento privativa de la libertad intramural, mostrando ser un peligro para el proceso en sí mismo.

Indica que el actuar del señor Strauch Salas, fue la causa determinante de su vinculación a la investigación penal y precisamente ese actuar llevó a la inferencia razonable del Juez de que la medida solicitada por la Fiscalía, no solamente era procedente sino además necesaria, debido a la reincidencia del actor, en la trasgresión a las disposiciones legales, todo esto como consecuencia a su adicción a los drogas, configurándose entonces la culpa exclusiva de la víctima.

Alega que la Rama Judicial no causó un daño antijurídico al demandante ni a sus familiares, pues solamente actuó conforme a los principios rectores de la Constitución, con base en la valoración de las pruebas allegadas por la Fiscalía, y solo se limitó a decidir en sana crítica si los medios probatorios arrojados concordaban con la solicitud de preclusión en establecimiento penitenciario y de acuerdo a que había sido capturado en flagrancia, estaba plenamente individualizado y por la gravedad del delito se convertía en un peligro para la víctima y la sociedad.

Concluye manifestando que no hay lugar a reconocimiento alguno a favor del señor Óscar Fonseca Ardila, quien no logró probar el vínculo que alegaba tener con el señor Strauch Salas.

Por su parte, la Nación – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que la misma sea revocada y en su lugar se dicte la que en derecho corresponda.

Señala que la actuación de la Fiscalía General de la Nación, se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, por lo que no es ajustado a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ni mucho menos un daño antijurídico por privación injusta de la libertad.

Sostiene que la medida de aseguramiento legalizada por el Juez Promiscuo Municipal de El Copey, Cesar, con función de garantías a Álvaro José Strauch Salas, tuvo como fundamento pruebas que para ese momento procesal daban satisfacción de manera más que suficiente, y que por el hecho de solicitar preclusión por falta de pruebas a favor del hoy demandante, no puede inferirse que fue indebida su vinculación y posterior medida de aseguramiento como lo muestra la investigación radicada por la Fiscalía, donde había pruebas en su contra.

Explica que el actuar de la Fiscalía al momento de la captura, fue en cumplimiento a los parámetros legales y a la hora de determinar si continuaba con la investigación fue eficaz y cumplidor de los términos procesales de manera diligente al radicar el escrito de preclusión como le correspondía legalmente.

Dice que el tiempo durante el cual estuvo privado de la libertad el señor Álvaro José Strauch Salas, es atribuible a la Rama Judicial quienes programaron con mucha demora la audiencia de reclusión, tanto así, que cuando se le revocó la medida de aseguramiento y se le ordenó la libertad inmediata, dentro de la audiencia realizada se indicó, que ya la Fiscalía había perdido el interés investigativo del caso al solicitar la preclusión.

Expone que el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Valledupar, dentro del caso en estudio, no tuvo en cuenta el nuevo rol de la Fiscalía General de la Nación en el sistema acusatorio, donde están establecidas sus funciones, y entre ellas no es decretar la medida de aseguramiento si no al contrario solicitarla al Juez de Control de Garantías, quien es el llamado a valorar las pruebas presentadas y adoptar la decisión que corresponda.

Que por lo anterior la entidad llamada a responder por el daño es la Rama Judicial, pues de las pruebas allegadas al plenario se puede determinar que quien profirió la medida de aseguramiento a Álvaro José Strauch Salas, fue el Juzgado Promiscuo Municipal de El Copey, Cesar, es decir, que fue la Rama Judicial, por

intermedio de dicho Despacho Judicial quien decidió privar de la libertad al demandante.

Solicita se excluya la suma equivalente al 25% por concepto de prestaciones sociales, como quiera que no fue solicitado en la demanda y tampoco se acreditó que la parte actora cumpliera con el pago de las prestaciones sociales, así como el periodo de 8,75 meses en el que se considera que una persona tarda en conseguir trabajo, cuando este no fue solicitado en la demanda.

Se opone a la condena en costas impuesta, manifestando que en el presente caso no están acreditados los gastos procesales por la parte vencedora, además que no se evidencian comportamientos procesales de la parte vencida que ameriten una condena en tal sentido.

## V. ALEGATOS

En esta oportunidad procesal el apoderado de la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, insistió en los argumentos de defensa expuestos en la sustentación del recurso, con los que solicita revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar, desestimar las pretensiones de la demanda.

Repite que la privación de la libertad de que fue objeto el señor Álvaro José Strauch Salas, no fue injusta, toda vez que la actuación desplegada por las entidades demandadas al legalizar su captura y mantenerlo privado de la libertad, fue razonada, ya que fue capturado en flagrancia en una situación anormal, al aire libre, donde normalmente transitan vehículos particulares y muchos transeúntes, es claro que la dosis portada por el señor actor era superior a la permitida y siendo consumidor según lo manifestado, es necesario el conocimiento de la cantidad que podía portar, su comportamiento fue descuidado y constitutivo de culpa grave.

Redunda en indicar que la privación de la libertad de que fue objeto el señor Álvaro José Strauch Salas, obedeció a la decisión del Juez de Control de Garantías consistente en decretar en su contra una medida de aseguramiento privativa de la libertad de detención preventiva en establecimiento carcelario, y por tanto se debe declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación.

La parte demandante, sostiene y reafirma que la Nación – Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación-, son responsables de los daños ocasionados a los demandantes por tener que afrontar un proceso penal en contra del señor ÁLVARO JOSÉ STRAUCH SALAS, al estar privado injustamente de su libertad el tiempo comprendido entre el 9 de junio de 2014 al 29 de enero de 2015, en un Establecimiento Penitenciario y Carcelario, y el que se le haya puesto al escarnio público como un delincuente, máxime cuando para el tiempo de los sucesos el mencionado señor se dedicaba a trabajar honradamente, el cual perdió dejando a su familia inerme ante la vida.

## 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 declaró la responsabilidad solidaria de la Nación –Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, por la privación injusta de la libertad de que fue

objeto el señor ÁLVARO JOSÉ STRAUCH SALAS, porque en consideración de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, la medida de aseguramiento de detención preventiva de la que fue objeto el actor, no tiene la categoría de antijurídica porque la víctima se encontraba en el deber jurídico de soportar sus consecuencias, como quiera que existían indicios graves de responsabilidad en su contra.

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

La Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>1</sup> 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 vista<sup>2</sup> 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 tesis<sup>3</sup> 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

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

<sup>2</sup> HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alíer 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.

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

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 Estado<sup>4</sup> 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 sindicato 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 Unificación<sup>5</sup> -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 sindicato 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 Estado<sup>6</sup>, 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

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

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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).

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 sindicato 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.

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 Civil<sup>62</sup>, 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. El material probatorio que obra en el proceso.

Dentro del expediente se encuentra demostrado que el 7 de junio de 2014, fue realizada la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación, e imposición de medida de aseguramiento, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de El Copey, Cesar, en la que se impartió legalidad a la captura del señor ÁLVARO JOSÉ STRAUCH SALAS, se le imputó el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, y se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en Establecimiento Carcelario (fls. 22-23).

El Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, en audiencia celebrada el 29 de enero de 2015, accede a lo solicitado por la Fiscalía y revoca la medida de aseguramiento que pesaba contra el señor ÁLVARO JOSÉ STRAUCH SALAS (fl. 25).

La Fiscalía 30 Seccional Unidad Antinarcoóticos, presentó solicitud de preclusión a favor del señor ÁLVARO JOSÉ STRAUCH SALAS, por atipicidad del hecho investigado, como quiera que el Informe de Policía de Captura en Flagrancia, da cuenta que la sustancia incautada era para su propio consumo (fl. 26-30).

En audiencia realizada el 22 de abril de 2015, el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Valledupar, en atención a lo solicitado por la Fiscalía declaró la preclusión de la acción penal adelantada en contra del señor ÁLVARO JOSÉ STRAUCH SALAS (fls. 31-32). La decisión fue notificada en estrados y frente a ella no se interpuso recurso, por lo que adquirió ejecutoria.

Respecto del tiempo que permaneció el demandante privado de su libertad, se encuentra la certificación de fecha 6 de enero de 2016, suscrita por la Directora del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Valledupar, Cesar, en la que hace constar que el señor ÁLVARO JOSÉ STRAUCH SALAS, permaneció recluso en ese Centro Carcelario desde el 7 de junio de 2014 hasta el 29 de enero de 2015, por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes (fl.36).

#### 6.4. Caso concreto.

Está demostrado para la Sala que el señor ÁLVARO JOSÉ STRAUCH SALAS, estuvo privado de la libertad, desde el día 7 de junio de 2014, hasta el 29 de enero de 2015, cuando el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Valledupar, Cesar, accede a lo solicitado por la Fiscalía y revoca la medida de aseguramiento que había impuesto el Juzgado Promiscuo Municipal de El Copey, Cesar, en su contra, por cuanto se determinó la atipicidad de la conducta, toda vez que la sustancia que le fue encontrada era para su propio consumo mas no para distribuirla o comercializarla. En tanto, ésta persona no estaba en la obligación de soportar esta carga, por lo que considera la Sala que se presentó una privación injusta de su libertad, que debe ser indemnizada, tal como lo concluyó el *a quo*.

Ahora bien, tanto la Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, como la Fiscalía General de la Nación, pretenden que sea revocada la decisión de primera instancia al considerar que los jueces y el fiscal que conocieron el asunto actuaron conforme a la normatividad vigente y que la privación de la libertad del susodicho señor, no se tornó en injusta e ilegal; pues se encontraban en el deber de soportar las consecuencias de la actividad judicial, como quiera que dentro de la investigación existían indicios graves de responsabilidad en su contra.

Para efectos de dilucidar lo anterior, con respecto a 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 solicitó la legalización de la captura y la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, contra el sindicado como autor responsable del punible de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, para luego solicitar la revocatoria de la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, y posteriormente la preclusión de la investigación por atipicidad de la conducta, aun cuando para realizar la imputación y solicitar la medida de aseguramiento era su obligación aportar los elementos serios que permitieran vincular la responsabilidad del actor con la comisión del punible.

Lo anterior encuentra respaldo en las consideraciones esbozadas por la Fiscalía General de la Nación, en desarrollo de la audiencia con fines de preclusión llevada a cabo ante el Juez Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Valledupar, el 22 de abril de 2015, las cuales se transcriben así:

*“En este caso se presenta la causal 4 del artículo 332 del C. de P.P., atipicidad de la conducta, pudiéndose hablar de antijuridicidad material...de acuerdo a los elementos materiales probatorios con los que se cuenta, ÁLVARO JOSÉ STRAUCH SALAS, tenía la sustancia estupefaciente para su consumo, de acuerdo a la forma como llevaba la sustancia y el lugar donde se le incautó, de donde se infiere que es una persona adicta a las sustancias alucinógenas, más exactamente a la cocaína. Y si bien la cantidad que fue encontrada en su poder es ligeramente superior a la legalmente permitida por la Ley, esta era destinada para su propio consumo y en este sentido se ha pronunciado la Honorable Corte Suprema de Justicia...”<sup>7</sup>.*

De otro lado, respecto a los argumentos expuestos por la Nación –Rama Judicial, para la Sala tampoco tienen asidero, toda vez que es claro que fue el Juzgado Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de El Copey, Cesar

<sup>7</sup> Ver folio 31.

quien decretó la medida de aseguramiento en contra del 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.

Así las cosas, debe acotarse que estudiado el material probatorio válidamente aportado al proceso como lo manda la nueva tesis jurisprudencial, y de conformidad con lo expuesto en los párrafos anteriores, considera la Sala que no es posible determinar que hubiese sido la conducta del demandante la que dio lugar a la prolongación de la privación de su libertad, pues indiscutiblemente se evidenció que la privación de su libertad obedeció al actuar negligente del ente encargado de adelantar la investigación penal, quien sin contar con los elementos probatorios necesarios le formuló imputación al demandante por la comisión de un delito e impuso medida de aseguramiento de detención privativa de la libertad en Establecimiento Carcelario, manteniéndolo privado de su libertad, por más de siete (7) meses hasta cuando el Juez de Conocimiento accede a decretar la preclusión de la investigación. En este orden de ideas, era reprochable que teniendo el conocimiento el ente investigador de las características y las circunstancias que configuran una conducta como delito, haya iniciado un proceso penal por un comportamiento que no es objeto de sanción penal.

En consecuencia, dicho de esta forma, y aplicando las normas y la jurisprudencia anteriormente anotada, tal y como lo sostuvo el *a quo* 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 del señor **ÁLVARO JOSÉ STRAUCH SALAS**, 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.

### **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"*<sup>8</sup>, 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 igualdad<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de julio de 2010, expediente: 19.312, C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, expediente: 15459, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

Recientemente, la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó sus criterios de indemnización de perjuicios morales en los eventos de privación injusta de la libertad<sup>10</sup>.

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                  | 18% 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 afectación<sup>11</sup>.

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"<sup>12</sup>, para efectos de tasar el perjuicio moral.

La jurisprudencia ha sostenido<sup>13</sup> 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 este caso, se encuentra acreditado en el plenario, el parentesco entre los demandantes a quienes se les reconoció este perjuicio y la víctima directa de los hechos objeto de la presente demanda, con los respectivos registros civiles de nacimiento visibles a folios 33 a 35 del plenario.

No obstante, debe precisarse que el valor que corresponde al señor ÓSCAR ALFONSO FONSECA SALAS, en calidad de hermano de la víctima directa, por concepto de perjuicios morales, es el equivalente a 35 SMLMV, como lo determinó el juez en la parte considerativa de la sentencia, pues de conformidad con el criterio unificado del Consejo de Estado referenciado en el cuadro ilustrado anteriormente, tratándose de privación injusta de la libertad el perjuicio moral debe ser resarcido cuando esta fuere superior a seis (6) meses e inferior a nueve (9) meses, con la cantidad de 70 SMLMV para la víctima directa, su cónyuge, y sus

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, Rad. 36.149.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, Rad. 36.149.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, Rad. 25.022.

<sup>13</sup> 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.

parientes dentro del primer (1<sup>er</sup>) grado de consanguinidad, y de 35 SMLMV a los parientes dentro del segundo (2<sup>do</sup>) grado de consanguinidad.

De igual forma, respecto a los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, la Sala considera que los mismos fueron tasados en debida forma por el *a quo*, toda vez que la liquidación se efectuó con el salario mínimo legal vigente, al no haberse demostrado los ingresos del señor ÁLVARO JOSÉ STRAUCH SALAS, de conformidad con el criterio establecido por el Consejo de Estado<sup>14</sup>, según el cual una persona laboralmente activa no podría devengar menos del salario mínimo.

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

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

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 21 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con los argumentos que anteceden

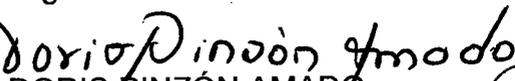
SEGUNDO: ACLARAR que el valor que corresponde al señor ÓSCAR ALFONSO FONSECA SALAS, en calidad de hermano de la víctima directa, por concepto de perjuicios morales, es el equivalente a 35 SMLMV.

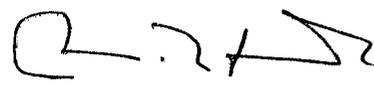
TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

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

<sup>14</sup> Consejo de Estado, en la sentencia del 14 de septiembre de 2011, Expediente No.19031, M.P. Dr. Enrique Botero Gil.