

C O P I A



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020)

MÉDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL – RAMA JUDICIAL
RADICADO: 20-001-33-33-004-2014-00012-01
MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la Nación - Rama Judicial, contra la sentencia de fecha veinte (20) de junio de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda así:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones denominadas **“Falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de relación de causalidad y hecho exclusivo de un tercero”**, propuestas por la RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, de manera solidaria, administrativa y patrimonialmente responsables por los perjuicios ocasionados a los demandantes con ocasión de la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN, durante el período comprendido entre el 16 de marzo de 2011 hasta el 13 de 2013.

TERCERO: En consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a cancelar de manera solidaria las siguientes sumas:

1.- Por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante a favor del señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN, la suma DE TREINTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS M/CTE. (\$31.879.273.00).

2.- Por concepto de perjuicios morales:

a. Para la víctima directa, WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN, para su compañera permanente, CINDY YOHANYS MEJIA NEGRETE, su hijo JULIAN JOSÉ ZAGARRA MEJÍA, su madre, señora KETTY CONCEPCIÓN DE LEÓN MELENDEZ y su padre, señor PEDRO ZAGARRA CASTRO, el equivalente a la suma de CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

Para sus hermanos, RONAL DAVID ZAGARRA DE LEÓN (hermano menor de la víctima directa), ANDREA CAROLINA ZAGARRA DE LEÓN (hermana menor de la víctima directa), JOSÉ GREGORIO ZAGARRA DE LEÓN, ERNESTO DE JESÚS ZAGARRA DE LEÓN, GUSTAVO ADOLFO ZAGARRA DE LEÓN, JORGE LUIS ZAGARRA DE LEÓN, INGRIS JOHANA ZAGARRA DE LEÓN y ALEX ERNESTO ZAGARRA DE LEÓN, el equivalente a CINCUENTA (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

CUARTO: Condenar en costas a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Líquidense por Secretaría. Para efectos de Agencias en Derecho, se fija el 10% del total de las pretensiones.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: En firme esta decisión, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.¹ (Sic para lo transcrito)

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.-

Se resumen de la siguiente manera:

Relató el apoderado de los demandantes, que el día 15 de marzo de 2011, la Policía Nacional realizaba patrullaje en la ciudad de Valledupar, específicamente en el Barrio Divino Niño, siendo advertidos por un habitante sobre la presencia de una persona vendiendo marihuana, por lo que al dirigirse al lugar, encontraron al señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN que al ser requisado se le halló unas envolturas de papel con olor y características que se asemejaban a la marihuana y cuyo peso aproximado era de 100 gramos.

Manifestó, que el mencionado señor fue llevado ante el Juez Segundo Penal Municipal de Valledupar con funciones de Control y Garantías, sin que se allanara a los cargos, razón por la cual le fue legalizada la captura por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, imponiéndole medida de aseguramiento en centro de reclusión.

Expresó, que el día 11 de mayo de 2011 se adelantó la audiencia de Formulación de Acusación, habiendo formulado la fiscalía acusación precisando los hechos jurídicamente relevantes y la actuación típica de la conducta endilgada al hoy demandante.

¹ Ver folios 253 y 254.

Relató, que el día 1° de junio de 2011 el Juez de Conocimiento interrogó a su poderdante, quien se declaró inocente respecto a los cargos imputados por la fiscalía, y, luego el día 17 de junio de 2011 en audiencia de Juicio Oral, nuevamente el Juez interrogó al imputado quien se declaró inocente.

Señaló, que luego de múltiples aplazamientos de la audiencia de juicio oral, se llevó a cabo hasta su terminación el día 13 de marzo de 2011, en donde el Juez Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Valledupar no le imputó la circunstancia determinante del comportamiento delictual, ya que dentro de la misma no fue debidamente probada por el ente acusador, existiendo dudas insalvables a favor del hoy demandante, es por ello que fue absuelto de todo cargo, ordenándose su libertad inmediata.

Finalmente afirmó, que la Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional en su afán de mostrar resultados positivos en la lucha contra la criminalidad, a costas de las libertades y garantías de personas inocentes que no tienen el deber de soportar la ignominia a que son sometidos, mantuvo al señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN privado de la libertad durante un (1) año, (11) meses y veintiocho (28) días, causándole a los demandantes todo tipo de perjuicios que no estaban en el deber de soportar.

2.2.- PRETENSIONES.-

Se solicita en la demanda que se declare administrativamente responsable a la Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios sufridos por los demandantes a raíz de la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN.

Como consecuencia de lo anterior solicitan, que se condene a la parte demandada a pagar a cada uno de los demandantes por los perjuicios materiales (lucro cesante) e inmateriales (moral y daño a la vida en relación) causados como consecuencia de la privación injusta de la libertad del señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN.

Así mismo solicitan, condenar a la parte demandada en costas y agencias en derecho, además que la condena sea actualizada conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A y que sean reconocidos los intereses de mora desde la ejecutoria de la sentencia.

III. TRÁMITE PROCESAL.-

3.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

El apoderado de la Nación – Rama Judicial al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma, ya que no existe relación de causalidad entre el hecho y el daño que se quiere imputar al ente público que representa.

Señaló, que el hecho que se le imputa a su poderdante como presuntamente dañoso fue cometido por un funcionario de la Fiscalía General de la Nación, más no por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, quien en cabeza de los juzgados penales que conocieron el caso, sólo se dedicaron a valorar de acuerdo a la sana crítica, las pruebas allegadas legalmente al expediente.

Igualmente manifestó, que fue el Juzgado Penal del Circuito de Valledupar, el que día 13 de marzo de 2013 profirió fallo con sentencia absolutoria por los delitos

imputados por la fiscalía, por lo tanto consideró que quien debía asumir la responsabilidad administrativa y presupuestal por lo alegado por los actores era el ente acusador.

Por otra parte afirmó, que se configuró la excepción de Culpa de un Tercero, puesto que la medida de aseguramiento impuesta al demandante estuvo basada en el señalamiento y en la captura realizada por la Policía Nacional, y luego, fue la fiscalía quien solicitó legalizar su aprehensión, formulándole la imputación por el delito de Porte y Tráfico de Estupefacientes, razón por la cual sostuvo que la actuación fue exclusivamente de la Fiscalía General y de la Policía Nacional.

Expresó, que no existía nexo de causalidad entre las actuaciones y decisiones de los jueces penales que intervinieron en el proceso, así como tampoco el daño antijurídico reclamado por el actor, pues el accionar de los jueces penales fue conforme a la Constitución Política, la Ley 906 de 2004 y en relación a los elementos probatorios aportados, además no se allegaron pruebas que demostraran los perjuicios reclamados.

Finalmente, propuso como excepciones la *"Ausencia de Legitimación en la Causa por pasiva, Ineptitud Sustantiva de la Demanda, de Culpa de un Tercero, de Falta de la Relación de Causalidad y Innominadas y/o Genéricas que el fallador encuentre probadas"*.

Por su parte, la Fiscalía General de la Nación, no contestó la demanda.

IV.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, argumentando que de acuerdo a las pruebas aportadas al proceso y teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial del Consejo de Estado sobre el tema, se podía concluir la responsabilidad de las entidades demandadas por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el demandante, toda vez que las acusaciones endilgadas por parte de la Fiscalía General de la Nación dentro del proceso penal seguido en contra del mismo, no fueron debidamente acreditadas.

Expresó, que la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el demandante se llevó a cabo por medio de una captura en flagrancia, que posteriormente fue legalizada, imponiéndole una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, sin que se hubiese acreditado dentro del proceso penal las circunstancias por las cuales se basó la captura, legalización de la misma y la privación de la libertad del actor.

Así mismo afirmó, que las etapas del proceso penal, se surtieron sin el debido rigor probatorio, pese a que es una exigencia constitucional y legal, verificar y comprobar las sindicaciones que se hacen a un ciudadano, que en el presente caso tuvo como consecuencia daños que no estaban en el deber de soportar los demandantes, en razón a que no se acreditó la autoría y participación del señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN en la comisión del delito de "Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes".

Señaló, que fue la Fiscalía General de la Nación la que sin tener los suficientes elementos probatorios para demostrar que el demandante fue el autor de los delitos, adelantó la investigación penal basándose en las meras circunstancias de flagrancia, por lo que consideró que no hubo un trabajo serio de verificación por

parte del ente acusador, debiendo realizar una investigación eficaz para constatar la información suministrada por parte de la Policía Nacional.

Por otra parte, en cuanto a la responsabilidad de la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, señaló que fueron los juzgados penales del conocimiento del caso, los encargados del direccionamiento de la contienda penal a partir de la legalización de la captura realizada en flagrancia en contra del demandante, así como la decisión final de disponer de la libertad del mismo al momento de resolver su situación jurídica, con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro carcelario.

Por lo anterior determinó, que la privación de la libertad que el demandante soportó, resultó abiertamente injusta y desproporcionada, teniendo en cuenta que el sacrificio del derecho a la libertad no se vio compensado con la satisfacción general del anhelo de justicia y conocimiento de la verdad material frente a los hechos investigados, toda vez que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Funciones de Conocimiento de Valledupar, en la sentencia del 21 de mayo de 2013, decidió absolver de todo cargo al demandante por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.

Basado en lo anterior, se condenó a la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, en los términos señalados al inicio de esta providencia.

V.- RECURSO DE APELACIÓN.-

La apoderada de la Nación – Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial, presentó recurso de apelación persiguiendo que se revoque la sentencia de primera instancia, por presentarse ausencia de nexo causal entre el daño alegado y la actuación de los jueces de la República.

Señala, que las actuaciones y decisiones de los agentes judiciales que intervinieron en el proceso penal al que resultaron vinculados los convocantes, se emitieron en cumplimiento de la Ley, la Constitución Política y de conformidad a los elementos materiales probatorios presentados por la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual no existe nexo de causalidad entre el daño antijurídico y la actuación de la Rama Judicial.

Indica, que la actuación del Juez Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Valledupar, que decretó la medida de aseguramiento solicitada por la Fiscalía General de la Nación, se basó en los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente recaudada y presentada por parte de esta última entidad, cumpliendo con los fines establecidos en el artículo 250 de la Constitución Política.

Añade, que el Juez Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Valledupar declaró la preclusión de la investigación penal seguida en contra del hoy demandante, en virtud que el funcionario de la Fiscalía General de la Nación se había quedado sin material probatorio para seguir con la investigación, por ello ordenó su libertad por no existir mérito para acusar, según lo dispuesto por los artículos 331, 332 y 333 de la Ley 906 de 2004.

Finalmente, afirma que se configuró la excepción de “Culpa de un Tercero”, ya que fue la Fiscalía General de la Nación quien no realizó a cabalidad la investigación de los cargos seguidos en contra del hoy demandante, lo que conllevó a la solicitud de preclusión de la investigación, hecho que configura una causal exonerativa de responsabilidad, pues éste tuvo incidencia en las determinaciones

que tomaron los jueces de la República y que dieron motivos para la medida de aseguramiento.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.-

Únicamente presentó sus alegaciones finales el apoderado de la parte demandante, manifestando que, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, la Nación Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación son responsables de los daños ocasionados al señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN y su grupo familiar, a causa de la privación injusta de la libertad a la que fue sometido por parte de estas entidades.

Así mismo reitera, los hechos expuestos en el libelo demandatorio así como también hace alusión al artículo 7 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto a la privación injusta de la libertad, con el fin de consolidar y demostrar la responsabilidad de las entidades demandadas en el presente proceso.

VII.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Procurador 47 Judicial Para Asuntos Administrativos, no presentó concepto de fondo.

VIII.- CONSIDERACIONES.-

8.1.- COMPETENCIA.-

Procederá la Sala a dictar la sentencia que en derecho corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA.

8.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

Para resolver la segunda instancia de la presente litis, la Sala abordará los siguientes temas: 1) competencia de la Sala; 2) ejercicio oportuno del medio de control; 3) legitimación en la causa; 4) parámetros jurisprudenciales acerca de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, 5) jurisprudencia sobre el análisis del dolo o culpa grave como eximente de responsabilidad y 6) caso concreto.

8.3.- COMPETENCIA.-

La Corporación es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida por el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo².

² "ARTÍCULO 153. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN SEGUNDA INSTANCIA. Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda."

8.4.- CADUCIDAD

El término para formular pretensiones, en procesos de reparación directa, de conformidad con el numeral 2, literal i) del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es de 2 años, que se cuentan a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa.

Ahora, en los eventos de privación injusta de la libertad, la Sección Tercera ha sostenido que el cómputo de la caducidad inicia a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la providencia absolutoria o que declara la preclusión de a investigación, pues sólo a partir de ese momento la víctima tiene conocimiento de la antijuridicidad del daño.

En ese orden de ideas, la demanda se interpuso en tiempo -19 de diciembre de 2013- porque según la constancia visible a folio 57 respaldo, la sentencia absolutoria quedó debidamente ejecutoriada el día 21 de mayo de 2013, venciendo dicho término el 22 de mayo de 2015.

8.5.- LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA.-

WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN y sus familiares, son las personas sobre las que recae el interés jurídico que se debate en este proceso, pues el primero es el sujeto pasivo de la investigación penal y los segundos conforman su núcleo familiar.

Por su parte, la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial fueron las entidades encargadas de la investigación del señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN en el proceso penal que se le siguió, por lo tanto son las entidades que deben comparecer al proceso como parte demandada, no obstante, al estudiar el caso concreto se analizará si les asiste responsabilidad patrimonial en el daño alegado.

8.6.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES.-

En cuanto a los presupuestos para declarar la responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad de los ciudadanos, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha desarrollado una jurisprudencia consolidada, estable y reiterada, a partir de la interpretación y alcance del artículo 90 de la Constitución Política, el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 - Código de Procedimiento Penal- y de la Ley 270 de 1996.

En ese sentido, de manera general, se aplica el régimen objetivo de responsabilidad, y se impone su declaración en todos los eventos en los cuales el implicado que ha sido privado de la libertad finalmente es absuelto, o se precluye la investigación a su favor, cuando en el proceso a que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se determine que i) el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica.

De igual forma, de conformidad con la postura reiterada, asumida y unificada por la Sección Tercera del Consejo de Estado³, se amplió la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente, frente 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 universal *in dubio pro reo*, por manera 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 al 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, cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la medida de detención preventiva⁴.

Se destaca que en el régimen objetivo de privación injusta, el Estado se releva de responsabilidad en aquellos supuestos en que se encuentra demostrado que el sindicado haya determinado su detención con su conducta dolosa o gravemente culposa, en aras de garantizar el derecho a la libertad, obligando al Estado a su cuidadosa protección y defensa; sin embargo, corresponde al juzgador en cada caso realizar un análisis, dado que existen situaciones en las cuales se hace necesario garantizar derechos de mayor magnitud, y no es automática la decisión de condenar a la administración en todas las situaciones en que sea absuelto el procesado.

Se aclara, que este Tribunal acogió en anteriores oportunidades los lineamientos expuestos para resolver casos similares al que hoy nos ocupa, esto es, bajo el anterior carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, la cual se edificaba a favor de quien había sufrido menoscabo en su libertad personal.

Ahora bien, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación de fecha 17 de octubre de 2013, radicado 52001233100019967459 - 01 (23.354), M.P MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, 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*, 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, 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.

³ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Expediente: 23.354.

⁴ Sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp 13.168; sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 15.463, reiteradas por esta Subsección en sentencia de mayo 26 de 2011, exp 20.299, entre muchas otras.

No obstante lo anterior, posteriormente el Consejo de Estado, en sentencia de fecha 15 de agosto de 2018, Consejero Ponente Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, expediente No. 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46.947), 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.

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.

Así señaló el Consejo de Estado en esa oportunidad:

(...) 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". (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

No obstante lo anterior, recientemente la Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, Subsección B, Magistrado Ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, mediante fallo de tutela de fecha 15 de noviembre de 2019, radicado: 11001-03-15-000-2019-00169-01, estableció un nuevo paradigma dejando sin efectos la decisión de unificación proferida el 15 de agosto de 2018, y dispuso a la autoridad proferir un fallo de reemplazo en el que se valore la culpa de la víctima sin violar su presunción de inocencia, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

"(...)

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 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.

28.- La decisión del Juez de la responsabilidad en la que se exonera al demandado por considerar que el daño fue causado por la culpa exclusiva de la víctima, en el simple campo de la causalidad, está indicando que, de las dos circunstancias que precedieron la orden de detención -(i) el comportamiento del sindicado y (u) la decisión de detenerlo en una providencia judicial-, es la primera la que debe considerarse como causa del daño. Y esa determinación, que fue la adoptada en el fallo objeto de tutela, que exoneró al Estado porque el daño fue causado por la culpa exclusiva de la víctima, desconoció la decisión penal con efectos de cosa juzgada en la que se declaró inocente a la demandante por la atipicidad de la conducta.

(...)

31.- La misma teoría se refiere a la prohibición de regreso, de acuerdo con la cual se interrumpe el nexo de causalidad cuando entre la acción u omisión de una persona y el resultado se interpone el comportamiento de otra que debe considerarse como el autor del daño: « (...) [!] la posibilidad de imputación termina cuando el sujeto pierde el dominio sobre el suceso; cuando ya no cuenta con la oportunidad de intervenir en la dirección del acontecimiento. ()»

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 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.” (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

Tal postura del Consejo de estado, se acompasa con el criterio de la Corte Constitucional según el cual, para declarar la responsabilidad por privación injusta de la libertad, se debe analizar todos los eventos que dieron lugar a la absolución en el proceso penal, ello teniendo en cuenta que la presunción de inocencia no riñe necesariamente con la imposición de medidas de aseguramiento, dado su carácter cautelar. Así indicó la Corte:

“(...) como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia -aplicación del principio in dubio pro reo-, el Estado debe ser condenado de manera automática, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo del juez que determine si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede el precedente constitucional fijado por la Sala Plena -con ocasión del control integral y automático de constitucionalidad de la que sería la Ley 270 de 1996- concretamente en la sentencia C-037 de 1996. Consideró este tribunal que lo señalado no se opone a que otros supuestos o eventos queden comprendidos por un título de imputación de esa naturaleza, tal y como podría ocurrir, en principio, con aquellos casos en los cuales el comportamiento no existió o la conducta es considerada atípica (...)”⁵. (Sic para lo transcrito)

En esas condiciones, según el nuevo precedente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, si el Juez penal ya había declarado inocente a la demandante en aquel asunto, porque el delito que le imputó al detenerla no estaba previsto como tal en la ley, el juez de la responsabilidad no podía afirmar que la demandante, con esa misma conducta, generó su detención, porque se vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En este orden de ideas, este Tribunal con base en el criterio jurisprudencial que se acaba de transcribir, analizará si en el asunto de autos las entidades demandadas son o no responsables de los daños ocasionados a los actores, como

⁵ Corte Constitucional en sentencia SU-072 de 2018. MP. José Fernando Reyes Cuartas.

consecuencia de la privación injusta de la libertad del señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN, para ello, en primer lugar, se hará un recuento de lo probado en el proceso en lo pertinente, así:

- Se demostró, que el señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN fue capturado en flagrancia por parte de la Policía Nacional el día 15 de marzo de 2011, por cuanto fue encontrado con una bolsa plástica y en su interior 28 envolturas que contenían una sustancia que por su olor, color y características fue asemejado a la marihuana. De ello da cuenta el informe No. 200016001086201100145 suscrito por el Comando de Policía Cesar, así como el acta de derechos del capturado. (Folios 71 a 73)

- Se demostró que ese mismo día se realizó el pesaje – PIPH y toma de muestras a las sustancias que le fueron encontradas al actor, prueba que arrojó preliminarmente ser positivo para Cannabis y sus derivados. (Folios 74 y 75)

- Mediante Oficio SCES-GOPE-IDEN-241722-1 del 15 de marzo de 2011, el Departamento Administrativo de Seguridad DAS informó al investigador criminalístico II – CTI que el señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN no tenía antecedentes judiciales. (Folio 105)

- Se acreditó, que el día 16 de marzo de 2011, se llevó a cabo en el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Ambulante – BACRIM, la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, en cuya diligencia el fiscal solicitó que se legalizara la captura en flagrancia al actor al haber sido encontrado al parecer, con una sustancia que dio positivo para marihuana, además de ello, le imputó el delito de Tráfico, fabricación o Porte de Estupefacientes. Frente a lo anterior, la defensa señaló que el defendido no portaba dicha sustancia, razón por la cual no aceptó los cargos. Se atisba que en la diligencia, se impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva domiciliaria. Contra esta decisión se interpuso recurso de apelación (Folios 121 y 122).

- Se evidencia que el 31 de marzo de 2011, la Fiscalía General de la Nación presentó escrito de acusación en contra del señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN, señalando que se podía afirmar con probabilidad de verdad que la conducta existió y que el imputado era su autor. (Folios 111 a 115)

- Seguidamente, se llevó a cabo el día 11 de mayo de 2011, en el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, la audiencia de acusación, siendo admitido el escrito. (Folio 108)

- A su turno, el día 1º de junio de 2011, se adelantó la audiencia preparatoria en el juzgado de marras, en cuya diligencia el acusado volvió a declararse inocente. (Folio 107)

- Se observa, que la audiencia de juicio oral se llevó a cabo en varias oportunidades, como quiera que fue varias veces suspendida, por calamidad del abogado defensor, inasistencia de la fiscal, porque los testigos no se presentaron, por nulidad de la parte probatoria, culminando ésta finalmente, el día 13 de marzo de 2013. (Folios 59 y 60)

- Posteriormente, el día 21 de mayo de 2013, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Valledupar, llevó a cabo la audiencia de lectura de fallo, en donde se absolvió de todo cargo al señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN, por cuanto la Fiscalía General de la Nación no logró acreditar la materialidad del delito por el

cual se le acusó, existiendo dudas sobre su participación en los hechos que se le endilgaron. (Folio 58, 50 a 57). El juzgado concretamente indicó:

"(...) no obstante exististe una captura en flagrancia, la cual fue legalizada en su momento por el juez de control de garantías, ésta no es una prueba plena para endilgar responsabilidad, sólo constituye un indicio de responsabilidad, la cual no se demostró por cuanto tal como lo señala la defensa los testimonios de los agentes que realizaron el procedimiento de captura no son convergentes, en sus dichos...

*...De tal suerte que no se le encontró, en las manos, ni expiendiéndola la sustancia encontrada, pudo ser de otra persona, de las que se encontraban deambulando en el lugar, si bien a éste se le capturó por una presunta flagrancia, y se le imputaron cargos, no es menos cierto que para la imputación el legislador exige unos presupuestos diferentes para inferir responsabilidad distintos a los necesarios para imponer una sentencia de condena, en la primera solo es necesario que se infiera que este pueda estar vinculado en la conducta delictual, siendo que para condenar se requiere la demostración, pues claro que debió traerse el testigo que informó a los policiales que este se encontraba vendiendo o comercializando, ya que este no la portaba, y era necesario una prueba de corroboración circunstancia que no se acreditó, por el contrario si se demostró que en el lugar había una muchedumbre, lo que significa que podía ser de otra persona la poseedora del alcaolide y no del ciudadano **WALTER JADIR ZAGARRA DE LEON** (...) a juicio de la judicatura no está demostrada a plenitud ni la materialidad del hecho, ni la responsabilidad del encartado, ya que existen dudas insalvables a favor del ciudadano **WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN**, por la comisión del delito de **TRAFICO FRABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES...**"⁶ (Sic para todo lo transcrito)*

- Certificación emitida por la Directora del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Valledupar, quien dejó constancia que el señor **WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN**, permaneció privado de la libertad a cargo de ese establecimiento, desde el día 16 de marzo de 2011 hasta el 14 de marzo de 2013, por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes. (Folio 49)

- Oficio No. 5796 de fecha 16 de marzo de 2011, remitido por el Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados Penales de Valledupar al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Valledupar, donde indica que la detención preventiva era domiciliaria. (Folio 120)

8.7.- CASO CONCRETO.-

Corresponde a la Sala determinar si el daño antijurídico invocado por el señor **WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN**, en razón de la privación de su libertad, es imputable a la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación o si por el contrario, en el presente asunto el comportamiento de la víctima lo hizo merecedor de la detención impuesta, pues de encontrarse acreditado ello, se podría exonerar de reparar el daño a las entidades demandadas.

Así las cosas, del recuento probatorio realizado en precedencia, considera esta Sala de Decisión, aplicando en su integridad el nuevo criterio del Consejo de Estado transcrito en párrafos anteriores, que a pesar de haberse adelantado una investigación penal al hoy demandante, y, a pesar de haberse solicitado mantenerlo en calidad de retenido, por la conducta delictiva de Tráfico,

⁶ Folios 50 a 57.

Fabricación o Porte de Estupefacientes, posteriormente fue absuelto de tal delito, en razón a las dudas que pesaban sobre su culpabilidad en la comisión del delito, dejándose sin efecto cualquier medida o limitación a la libertad que se le hubiere impuesto, lo que traduce en una privación injusta de la libertad, al no haberse desvirtuado su presunción de inocencia.

En efecto, al analizar todo el proceso penal que se le adelantó al actor, evidencia esta Corporación que es absolutamente palmario lo injusto de la detención y privación de la libertad del señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN, quien fue retenido como medida cautelar sin que el Estado lograra desvirtuar la presunción de inocencia que por imperativo constitucional acompaña a todos los ciudadanos.

Bajo estas condiciones, en tanto que el proceso penal terminó con sentencia absolutoria, y, debido a que el Estado - como en efecto lo hizo en este proceso - determinó que contra el señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN, no existían pruebas que demostraran que éste era culpable del delito que se le imputó, como quiera que los testimonios de los agentes de policía que realizaron la presunta captura en flagrancia⁷ fueron contradictorios, además nunca se le imputó el delito bajo ningún verbo rector (comercializador, consumidor o portador etc), aunado a que no se demostró que al momento de la captura el actor tuviera la sustancia en sus manos, con ello se puede entender que la detención preventiva que debió soportar el actor resulta abiertamente injusta, de suerte que el sacrificio del derecho a la libertad no se vio compensado con la satisfacción general del anhelo de justicia, y conocimiento de la verdad material frente a los hechos investigados.

Así las cosas, en aras de atribuir responsabilidades, como quiera que el a quo endilgó responsabilidad en cabeza de la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación, de manera solidaria, y dichas entidades manifestaron oposición a la decisión, considera este Tribunal necesario, establecer, a través de los medios probatorios, que el hecho constitutivo de la falla en el servicio alegada tenga un nexo causal con la parte accionada.

Pues bien, para efectos de dilucidar lo anterior, con respecto a la responsabilidad pretendida en cabeza de la Nación - Fiscalía General de la Nación en el presente asunto, esta Corporación no tiene duda respecto a que fue aquella quien activó el aparato judicial en la jurisdicción penal, por cuanto, de conformidad con la ley vigente, le corresponde adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento, solicitar como medida preventiva la detención del sindicado, si lo cree conveniente.

Aunado a ello, debe señalarse, que en el presente asunto, la Fiscalía General de la Nación fue quien no sólo solicitó la medida preventiva, sino que además formuló acusación contra el hoy demandante con base en la declaración de los agentes que participaron en la captura en flagrancia y un acta de incautación de sustancia, sin embargo no advirtieron que tales testimonios no eran contundentes en probar la materialidad del delito ni mucho menos que la persona capturada era la portadora de la sustancia ilícita, pues si bien, estaba acreditada que la sustancia encontrada era marihuana, no tenían certeza de que el capturado era quien la portaba, pues los dichos de los agentes, además de que eran contradictorios, nunca señalaron que el hoy demandante fue encontrado con la bolsa en sus manos, no obstante, no solicitaron la absolución del procesado por el contrario hasta el final mantuvo la teoría de la responsabilidad del acusado, pese a que las pruebas que tenían en su favor para probar la materialidad del delito y su autor, no eran contundentes para atribuir tal responsabilidad.

⁷ Palabras utilizadas al interior del fallo absolutorio.

En consecuencia, por tales circunstancias, en el caso de marras la Nación - Fiscalía General de la Nación está llamada a responder por los perjuicios causados, toda vez que de conformidad con lo señalado en párrafos precedentes, no sólo dio origen al proceso penal adelantado en contra del señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN, muy a pesar de que no contaba con los medios probatorios suficientes para tal fin, sino que además, acusó al actor de la conducta punible en la audiencia de acusación, y, llegó hasta el final del proceso con su teoría de la culpabilidad del acusado, pudiendo haber solicitado desde antes del juicio oral la preclusión de la investigación, sino contaba con material contundente que apoyara dicha teoría.

Ahora, con respecto a la responsabilidad que se pretende endilgar a la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial considera esta Colegiatura, que evidentemente con su actuar, aquella también ocasionó unos daños y perjuicios a quienes hoy acuden al presente asunto, toda vez, que fue el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Ambulante de esta ciudad, quien ordenó la privación de la libertad del señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN, sin analizar si las pruebas que le aportaba la fiscalía eran determinantes en señalar al hoy demandante como autor del delito que se le imputaba.

Como es bien sabido, mediante Acto Legislativo 03 de 2002 se introdujo un cambio radical en el sistema de enjuiciamiento penal en Colombia, concentrando las decisiones que afecten los derechos fundamentales, en especial el de libertad, en los jueces de control de garantías en la etapa preliminar. En efecto, concierne al juez de garantías, estudiar la solicitud presentada por la Fiscalía General de la Nación, analizar las pruebas presentadas, elementos materiales probatorios y evidencias física, para luego establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que las actuaciones realizadas por las dos entidades demandadas fueron generadoras del hecho dañoso, como extremo procesal pasivo, se encuentran legitimadas sustancialmente en la causa, toda vez que, las decisiones de sus funcionarios fueron fundamento de la materialización del daño alegado por los demandantes.

Circunstancias por las cuales, a juicio de la Sala, la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación, están llamadas a responder por todos los perjuicios causados a los demandantes, máxime cuando posteriormente fue absuelto, ante la imposibilidad del Estado de demostrar la autoría de los hechos imputados, y de destruir la presunción de inocencia que por imperativo constitucional ampara a los sindicados.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos expuestos por el apoderado de la Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en el recurso de alzada, relacionada con que fue la Fiscalía General de la Nación la que no realizó a cabalidad la investigación de los cargos, la Corporación hará claridad en el tema trayendo a colación lo expuesto por el Consejo de Estado⁸ en jurisprudencia reiterada, acerca de la procedencia de las causales eximentes de responsabilidad, así:

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00409-01(19067).

"El hecho de la víctima y/o de un tercero como eximentes de responsabilidad o causal excluyente de imputación."

Las tradicionalmente denominadas causales eximentes de responsabilidad □ fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima □ □ constituyen diversos eventos que dan lugar a que devenga imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: (i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad y (iii) su exterioridad respecto del demandado.

Por otra parte, a efectos de que operen los mencionados eximentes de responsabilidad (hecho de la víctima o de un tercero), es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder □ activo u omisivo □ □ de aquellos tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que dichas causales eximentes de responsabilidad puedan tener plenos efectos liberadores respecto de la responsabilidad estatal, resulta necesario que la conducta desplegada por la víctima o por un tercero sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada o determinante, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, éso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima". (Sic para lo transcrito).

Así las cosas, en el presente asunto tenemos, que el hecho de que el daño tenga su génesis directa, material, y causal, en la conducta de la Fiscalía General de la Nación, pues fue quien dio inicio a la investigación penal, ello no significa, que necesariamente se configure una causa extraña que exonere de responsabilidad a la Rama Judicial, pues, dicho daño antijurídico también es imputable a esta última, dado que su comportamiento fue relevante y determinante en su desencadenamiento.

En efecto, antes de dar credibilidad a los materiales probatorios que traía la fiscalía, se debió indagar e investigar si eran contundentes o no, y no apresurarse a tomar una decisión de tanta trascendencia como es privar a una persona de un derecho fundamental tan valioso, como lo es la libertad.

En consecuencia, dicho de esta forma, y aplicando las normas y la jurisprudencia anteriormente anotada, la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación, son administrativas y patrimonialmente responsables por la privación injusta de la libertad que fue objeto el señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN, ya que con dicha privación se le causó un daño antijurídico, por lo tanto, la Sala de Decisión considera, contrario a lo expuesto en el recurso de alzada, que sí existe un nexo vinculante, por cuanto a la víctima le fue ocasionado un daño que no estaba en la obligación de soportar.

8.8.- PERJUICIOS.-

Establecido lo anterior, procede la Colegiatura a efectuar un análisis de los perjuicios ordenados en el fallo de primera instancia, en atención a la competencia de este Tribunal de realizar un estudio integral de la sentencia.

PERJUICIOS MORALES:

Se observa, que en la demanda se solicitó cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa e indirectas.

Así las cosas, para acreditar en el plenario, el parentesco entre los demandantes que acuden en calidad de compañera permanente, hijo, padres y hermanos de la víctima directa de los hechos objeto de la presente demanda, fueron aportados los respectivos registros civiles de nacimiento, a folios 18 a 47 del plenario.

Ahora, se atisba que el a quo, basado en los parámetros establecidos por el Consejo de Estado en providencia de fecha 28 de agosto de 2013, expediente 25022, tomando en consideración que el señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN permaneció privado de la libertad por el período comprendido entre el 16 de marzo de 2011 hasta el 14 de marzo de 2013⁹, esto es, un lapso superior a 18 meses, le tasó como monto a la víctima directa, su compañera permanente, su hijo y a sus padres, una condena equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos y 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los hermanos.

Lo anterior, teniendo en cuenta lo establecido por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en providencia de fecha 28 de agosto de 2014, expediente 36.149, quienes sostuvieron, que con apoyo en las máximas de la experiencia, en casos de privación injusta de la libertad 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.

En la misma línea de pensamiento esa Corporación ha considerado, que dicho dolor moral también se genera en los seres queridos más cercanos, y, 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, y, para la tasación de dichos perjuicios, fijó los siguientes parámetros:

"REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD"

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 Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo - Rad. No. 25.022, y se complementan los criterios allí adoptados, de acuerdo con la evolución jurisprudencial de La Sección Tercera en los términos del cuadro que se incorpora a continuación:

⁹ De conformidad con la certificación expedida por la Directora del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Valledupar, folio 49

	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

" (sic).

No obstante, en lo atinente a la indemnización de los perjuicios morales cuando se trata de una privación de la libertad domiciliaria, tal y como le ocurrió al demandante, el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento determinó que los montos señalados en la sentencia de unificación debían disminuirse en un 30%, como quiera que, si bien esa clase de detención limita derechos fundamentales, es mayor la afectación cuando se recluye a una persona en un establecimiento carcelario, pues en este último caso se vulneran derechos tales como la intimidad, el trabajo, la educación, entre otros, a lo cual se suman las situaciones de angustia o intranquilidad que puede atravesar al convivir con otros reclusos, nada de lo cual ocurre con la detención domiciliaria ni con la privación jurídica de la libertad, toda vez que no es lo mismo, sin duda, permanecer en la casa que en una cárcel¹⁰.

Por tal motivo, como en el presente asunto la privación de la libertad del demandante no fue en establecimiento carcelario, sino que lo fue en su domicilio, la indemnización de los perjuicios morales reconocida por el a quo a cada uno de los demandantes debe ser modificada, disminuyendo dicho tope en un 30%, como lo ha establecido el Honorable Consejo de Estado¹¹.

Así las cosas, tenemos que el actor permaneció con medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria, un lapso superior a 18 meses como ya se anotó, por lo tanto según los montos indemnizatorios sugeridos por la Sección Tercera, cuando la privación de la libertad en establecimiento carcelario tiene una duración superior a 18 meses, debería reconocerse 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes a la víctima directa, su cónyuge, sus hijos y padres, a cada uno, y 50 a cada uno de los hermanos.

Sin embargo, como en este caso se trató de una detención domiciliaria, las cifras señaladas, deberán reducirse en un 30% para obtener el siguiente consolidado:

Para WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN (víctima directa), JULIÁN JOSÉ ZAGARRA MEJÍA (Hijo), CINDY YOHANYS MEJÍA NEGRETE (compañera permanente), PEDRO ZAGARRA CASTRO (padre), KETTY CONCEPCIÓN DE LEÓN MELENDEZ (madre), la suma de setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos.

¹⁰ Pauta jurisprudencial contenida en la sentencia fechada el 1 de agosto de 2016, proferida por la Subsección A, dentro del expediente No. 76001-23-31-000-2005-02506-01 (39.747), Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "A". Sentencia del 14 de septiembre de 2016. C.P. Martha Nubia Velásquez Rico. Expediente: 37.502.

Y, para RONAL DAVID ZAGARRA DE LEÓN, ANDREA CAROLINA ZAGARRA DE LEÓN, JOSÉ GREGORIO ZAGARRA DE LEÓN, ERNESTO DE JESÚS ZAGARRA DE LEÓN, GUSTAVO ADOLFO ZAGARRA DE LEÓN, JORGE LUÍS ZAGARRA DE LEÓN, INGRIS JOHANA ZAGARRA DE LEÓN y ALEX ERNESTO ZAGARRA LUNA, en su condición de hermanos de la víctima directa, la suma de treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos.

PERJUICIOS MATERIALES – LUCRO CESANTE:

Se solicitó en la demanda el reconocimiento de este perjuicio, como quiera que antes de que el señor WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN fuera privado de su libertad, ejercía como comerciante informal, razón por la cual el a quo accedió a ello, teniendo en cuenta la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2014, Exp. 36149 que sostiene que si el actor estaba en una edad productiva al momento de su captura, procede este tipo de reconocimiento con la presunción que devengaba por lo menos un salario mínimo.

Al respecto, es menester traer a colación el reciente criterio de unificación formulado por el Consejo de Estado¹², sobre el reconocimiento de perjuicios materiales (lucro cesante y daño emergente), en casos en los cuales se discuta la privación injusta de la libertad, así:

“La precisión jurisprudencial tiene por objeto eliminar las presunciones que han llevado a considerar que la indemnización del perjuicio es un derecho que se tiene per se y establecer que su existencia y cuantía deben reconocerse solo: i) a partir de la ruptura de una relación laboral anterior o de una que, aun cuando futura, era cierta en tanto que ya estaba perfeccionada al producirse la privación de la libertad o ii) a partir de la existencia de una actividad productiva lícita previa no derivada de una relación laboral, pero de la cual emane la existencia del lucro cesante.

1.1 Presupuestos para acceder al reconocimiento del lucro cesante

1.1.1 *Por concepto de lucro cesante sólo se puede conceder lo que se pida en la demanda, de forma tal que no puede hacerse ningún reconocimiento oficioso por parte del juez de la reparación directa; así, lo que no se pida en la demanda no puede ser objeto de reconocimiento alguno.*

1.1.2 *Todo daño y perjuicio que el demandante pida que se le indemnice por concepto de lucro cesante debe ser objeto de prueba suficiente que lo acredite o, de lo contrario, no puede haber reconocimiento alguno (artículos 177 del C. de P. C. y 167 del C.G.P.¹³).*

*Así, para acceder al reconocimiento de este perjuicio material en los eventos de privación injusta de la libertad debe haber **prueba suficiente que acredite que, con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de***

¹² Sala Plena de la Sección Tercera, de fecha 18 de julio de 2019, radicado: 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572), M.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹³ Para la Corte Constitucional (sentencia T-733 de 2013): “La noción de carga de la prueba ‘onus probandi’ es una herramienta procesal que permite a las partes aportar los elementos de prueba para acreditar los hechos que alega el demandante o las excepciones propuestas por el demandando. Su aplicación trae como consecuencia que aquella parte que no aporte la prueba de lo que alega soporte las consecuencias. Puede afirmarse que la carga de la prueba es la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla cuando no ‘el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no (sic) existencia de un hecho afirmado’, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero”.

aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos. Cuando la persona privada injustamente de su libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, tendrá derecho a que se le indemnice el lucro cesante, conforme a los términos y condiciones consignados en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017, proferida dentro del proceso con radicación 50001-23-31-000-2000-372-01 (33.945).

1.2 Parámetros para liquidar el lucro cesante:

2.2.1 Período indemnizable

El período indemnizable, para la liquidación del lucro cesante, en los eventos de privación injusta de la libertad, será el **tiempo que duró la detención**, es decir, el período que transcurrió desde cuando se materializó la orden de detención con la captura o la aprehensión física del afectado con la medida de aseguramiento y hasta cuando éste recobró materialmente la libertad o quedó ejecutoriada la providencia que puso fin a la actuación penal contra el investigado o sindicado, lo último que ocurra.

La liquidación del lucro cesante comprenderá, si se pide en la demanda y se prueba suficientemente su monto, el valor de los ingresos ciertos que, de no haberse producido la privación de la libertad, hubiera percibido la víctima durante el tiempo que duró la detención y, además, si se solicita en la demanda, el valor de los ingresos que se acredite suficientemente que hubiera percibido la víctima después de recuperar su libertad y que se frustraron con ocasión de pérdida de ésta.

2.2.2 Ingreso base de liquidación

El ingreso base de liquidación deber ser lo que se pruebe fehacientemente que devengaba la víctima al tiempo de su detención, proveniente del ejercicio de la actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos.

Para que la prueba del ingreso sea suficiente, debe tenerse en cuenta que, si se trata de un empleado, se debe acreditar de manera idónea el valor del salario que recibía con ocasión del vínculo laboral vigente al tiempo de la detención; al respecto, debe recordarse que los artículos 232 (inciso segundo) del Código de Procedimiento Civil y 225 del Código General del Proceso señalan que: "Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el **correspondiente pago**, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión" (negrillas de la Sala).

El ingreso de los independientes debe quedar también suficientemente acreditado y para ello es necesario que hayan aportado, por ejemplo, los libros contables que debe llevar y registrar el comerciante y que den cuenta de los ingresos percibidos por su actividad comercial o remitir, por parte de quienes estén obligados a expedirlas¹⁴, las facturas de venta, las cuales tendrán valor

¹⁴ "ARTICULO 615. OBLIGACIÓN DE EXPEDIR FACTURA. Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

probatorio siempre que satisfagan los requisitos previstos en el Estatuto Tributario¹⁵, o que se haya allegado cualquier otra prueba idónea para acreditar tal ingreso.

2.2.3 Aplicación del salario mínimo legal mensual

Cuando se acredite suficientemente que la persona privada injustamente de la libertad desempeñaba al tiempo de su detención una actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos y que no pudo continuar desempeñando por causa de la detención, pero se carezca de la prueba suficiente del monto del ingreso devengado producto del ejercicio de tal actividad lícita o la privada de la libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, **la liquidación del lucro cesante se debe hacer teniendo como ingreso base el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa**, lo cual se aplica teniendo en cuenta que, de conformidad con lo previsto en la ley 100 de 1993, ese es el ingreso mínimo o el salario base de cotización al sistema general de seguridad social (artículos 15 y 204) y, además, que el artículo 53 constitucional ordena tener en cuenta el principio de la "remuneración mínima vital y móvil" y que, según el artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo, "... el salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a las necesidades normales y a las de su familia".

2.2.4 Incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales

Se puede reconocer un incremento del 25% al ingreso base de liquidación, por concepto de prestaciones sociales¹⁶, siempre que: i) así se pida en la demanda y ii) se pruebe suficientemente que el afectado con la medida **trabajaba como empleado al tiempo de la detención**, pues las prestaciones sociales son beneficios que operaran con ocasión de una relación laboral subordinada¹⁷.

Así, se **debe acreditar la existencia de una relación laboral subordinada**, de manera que **no se reconoce el incremento en mención cuando el afectado directo con la medida de aseguramiento sea un trabajador independiente**, por cuanto, se insiste, las prestaciones sociales constituyen una prerrogativa en favor de quienes tienen una relación laboral subordinada, al paso que los no asalariados carecen por completo de ellas." (Sic para lo transcrito)

"Para quienes utilicen máquinas registradoras, el documento equivalente será el tiquete expedido por ésta".

¹⁵ Ver la cita 60 de la página 31.

¹⁶ De las prestaciones trata el Código Sustantivo del Trabajo (capítulos VIII y IX) y están concebidas como beneficios legales que el empleador debe pagar a sus trabajadores, adicionalmente al salario ordinario, para atender necesidades o cubrir riesgos originados durante el desarrollo de la actividad laboral.

¹⁷ La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, precisó que las prestaciones sociales solo se causan en virtud de la existencia de un contrato de trabajo subordinado y que a ellas no tienen derecho quienes desarrollan una actividad como independientes; al respecto, dijo:

"En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente".

De conformidad con el precedente transcrito, la Sala considera que los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante solicitados, no pueden reconocerse, debido a que en el plenario no están demostrados los ingresos percibidos por la víctima antes de encontrarse privado de la libertad, ni tampoco obra prueba alguna donde conste la actividad a que se dedicaba o desempeñaba, toda vez que en la demanda si bien se señaló que el actor se dedicaba a la actividad informal de comerciante, no se aportó alguna prueba que así lo acredite.

Conclúyase de lo expuesto, que el ordinal TERCERO de la sentencia apelada será MODIFICADO en el sentido de reducir el monto de los perjuicios morales decretados por el a quo y revocar la indemnización concedida por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, por las razones anteriormente expuestas. El resto de la providencia será CONFIRMADA.

8.8.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

Como no se observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en el proceso de la referencia, no procede la condena en costas.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal TERCERO de la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, el día 20 de junio de 2017, en el sentido de REVOCAR los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y disminuir el monto de los perjuicios morales decretados, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, el ordinal quedará así:

CONDENAR a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a cancelar de manera solidaria las siguientes sumas:

1.- Por concepto de perjuicios morales:

a. Para la víctima directa, WALTER JADIR ZAGARRA DE LEÓN, para su compañera permanente, CINDY YOHANYS MEJIA NEGRETE, su hijo JULIAN JOSÉ ZAGARRA MEJÍA, su madre, señora KETTY CONCEPCIÓN DE LEÓN MELENDEZ y su padre, señor PEDRO ZAGARRA CASTRO, el equivalente a la suma de SETENTA (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

Para sus hermanos, RONAL DAVID ZAGARRA DE LEÓN (hermano menor de la víctima directa), ANDREA CAROLINA ZAGARRA DE LEÓN (hermana menor de la víctima directa), JOSÉ GREGORIO ZAGARRA DE LEÓN, ERNESTO DE JESÚS ZAGARRA DE LEÓN, GUSTAVO ADOLFO ZAGARRA DE LEÓN, JORGE LUIS ZAGARRA DE LEÓN, INGRIS JOHANA ZAGARRA DE LEÓN y ALEX ERNESTO

ZAGARRA LUNA, el equivalente a TREINTA Y CINCO (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

SEGUNDO: CONFIRMAR, en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el proceso al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de Decisión No. 010, efectuada en la fecha.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
PRESIDENTE



CARLOS GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
MAGISTRADO