

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”**

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil veinte (2020)

REPARACIÓN DIRECTA

Radicado:	25000-23-26-000-2012-01153-00
Actor:	WILLIAM MIGUEL ZAPA MORALES Y OTROS
Demandado:	NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Tema:	PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – FALLA EN EL SERVICIO FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN LA LABOR DE INVESTIGACIÓN Y RECAUDO PROBATORIO QUE CONDUCE A SENTENCIA ABSOLUTORIA POR IN DUBIO PRO REO Y A QUE LA MEDIDA PRIVATIVA SE EXTIENDA SIN EL GRADO DE CONVICCIÓN QUE EXIGE EL PROCESO PENAL.
Sentencia N°:	SC3 – 12 – 20 – 2708
Instancia:	PRIMERA
Sistema:	ESCRITURAL

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso ordinario iniciado por William Miguel Zapa Morales, Danis Luz López Arteaga, Leidy Yurany Zapa Padilla, Pamela Zapa López, Lucenia Rosa Morales Almanza, Ludis María Zapa Morales, Luz Mila del Carmen Zapa Morales, Yadira de Jesús Zapa Morales y José Manuel Zapa Morales, en contra de la Nación – Fiscalía General, en ejercicio del medio de control de reparación directa.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones

En la demanda presentada el 04 de mayo de 2012, los demandantes solicitaron:

- i. Declarar a la Nación - Fiscalía General de la Nación administrativamente responsable por la privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor William Miguel Zapa Morales desde el 10 de julio de 2008 hasta el 12 de abril de 2010.
- ii. En consecuencia, condenar a la Nación - Fiscalía General al pago de los siguientes perjuicios:

a. Morales:

- i. A William Miguel Zapa Morales (víctima directa), la suma de 100 SMLMV.
- ii. A Danis Luz López Arteaga (compañera permanente), la suma de 100 SMLMV.
- iii. A Leidy Yurany Zapa Padilla y Pamela Zapa López (hijas), la suma de 100 SMLMV para cada una.
- iv. A Lucenia Rosa Morales Almanza (madre), la suma de 100 SMLMV.
- v. A Ludis María Zapa Morales, Luz Mila del Carmen Zapa Morales, Yadira de Jesús Zapa Morales y José Manuel Zapa Morales (hermanos), la suma de 50 SMLMV para cada uno.

- b. Materiales, la suma de \$50.000.000 más el 25% correspondiente a las prestaciones sociales, al señor William Miguel Zapa Morales.

iii. El pago de los intereses que genere la sentencia desde la fecha de su ejecutoría hasta cuando se haga efectivo el pago.

2.2. Hechos

Como sustento de las pretensiones, la parte demandante indicó:

- El señor William Miguel Zapa Morales, padre de familia, laboraba como guarda de seguridad para la empresa SINSERCOL LTDA.
- El 10 de julio de 2008, unas menores de edad se dirigieron a un Centro de Atención Inmediata de la Policía Nacional para denunciar el abuso sexual a otra menor de edad, indicaron como dirección del implicado la Cra. 81H No. 47B-15 Sur en Bogotá. Los agentes de Policía se movilizaron hasta el lugar de los hechos donde, luego de entrevistar a la menor, se procedió a la captura del señor William Miguel Zapa Morales.
- El 22 de octubre de 2008, la Fiscalía 322 formuló acusación al demandante, como presunto autor del delito de acto sexual con menor de catorce años con circunstancias de agravación punitiva.
- Mediante sentencia de 12 de abril de 2010, el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bogotá lo absolvió de los cargos.
- El señor William Miguel Zapa Morales permaneció recluido en la Cárcel Modelo desde el 10 de julio de 2008 hasta el 12 de abril de 2010.

2.3. De los argumentos de la parte actora

El apoderado de los demandantes señaló el alcance dado por la Corte Constitucional al término injusto, como aquella actuación desproporcionada y

violatoria de los procedimientos legales que evidencia que la privación de la libertad ha sido arbitraria.

Sostuvo que, si bien la Fiscalía tenía la facultad de asegurar la comparecencia de los presuntos infractores al proceso mediante la imposición de la medida de aseguramiento, esto no era causal de exoneración en los eventos en que se configurara un daño antijurídico. Adicionalmente, citó la jurisprudencia del Consejo de Estado para resaltar la posibilidad de declarar responsable al Estado por los eventos en que se cause un daño antijurídico derivado de la detención preventiva, aún en los casos en que la libertad del acusado es consecuencia de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, siempre que no se esté en el deber jurídico de soportarlo.

Adujo que se debe reconocer como perjuicios materiales al señor William Zapa el lucro cesante dejado de percibir durante el tiempo que estuvo detenido, más 35 semanas, tiempo en el cual una persona privada de su libertad retorna a la vida laboral, tal como lo ha indicado el H. Consejo de Estado en su jurisprudencia.

Concluyó que la sentencia absolutoria penal estuvo fundamentada en la aplicación del principio *in dubio pro reo*, al existir insalvables dudas sobre la responsabilidad del acusado, por lo que el daño era antijurídico, al no desvirtuarse la presunción de inocencia que amparaba al procesado.

2.4. Requisito de conciliación prejudicial

El 14 de febrero de 2012 se radicó la solicitud de conciliación No 2012-021, siendo llevada a cabo la audiencia el 18 de abril de 2012 la cual se declaró “*FRACASADA POR INASISTENCIA DE LA PARTE CONVOCADA*”, como obra en constancia expedida por la Procuraduría 136 Judicial II Administrativa el 23 de abril de 2012¹.

2.5. Admisión y notificación de la demanda

- Mediante acta individual de reparto de 4 de mayo de 2012, le correspondió conocer la controversia al Juzgado 34 Administrativo del Circuito de Bogotá que, en un primer momento, inadmitió la demanda en auto de 29 de mayo de 2012 con el fin de que se aclarara la legitimación en la causa de la señora Danis Luz López y se acreditara el trámite de conciliación judicial².

- Mediante el auto de 10 de julio de 2010, el Juzgado 34 Administrativo remitió por competencia funcional el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, siendo asignado mediante acta individual de reparto de 19 de septiembre de 2012 al Magistrado Ramiro Pazos Guerrero³.

- Mediante auto de 26 de octubre de 2012, previo a decidir sobre la admisión de la demanda, fue requerido el apoderado de la parte actora, con el fin de que aportara el trámite de la solicitud de conciliación prejudicial del señor José Manuel Zapa Morales⁴.

- A través de escrito de 30 de noviembre de 2012, el apoderado de la parte demandada manifestó que se había desistido de la demanda respecto del señor

¹ Folios 19, c. 2 y 27, c. 1.

² Fl. 21, 23 y 24, c. 1

³ Fl. 29, 30 y 32 c. 1.

⁴ Folio 34, C. 1

José Manuel Zapa Morales en oportunidad de subsanar la demanda por orden del Juzgado 34 Administrativo de Bogotá⁵.

- La demanda fue admitida en contra de la Fiscalía General de la Nación a través del auto de 19 de abril de 2013 y notificada el 31 de mayo de 2013⁶.

- El 19 de junio de 2013, la parte demandante presentó adición de la demanda únicamente en lo relativo a las pruebas solicitadas⁷.

- Mediante auto de 13 de septiembre de 2013, fue admitida la adición de la demanda, siendo notificada el 21 de octubre de 2013⁸

2.5. Contestación de la demanda

A través del escrito visible de folios 76 a 84 del expediente, el apoderado de la Fiscalía General de la Nación contestó la demanda oportunamente y se opuso a las pretensiones de los demandantes.

Señaló que no le constaban los hechos de la demanda, por lo que se atenía a lo que resultara probado en el proceso.

Frente a los perjuicios alegados por los demandantes, indicó que los materiales no estaban probados y que los morales estaban sobreestimados de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

Manifestó que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación tenían sustento en el artículo 250 la Constitución Política y la Ley 906 de 2004, de modo que no estaban dados los supuestos de la falla en el servicio. Adujo que la investigación penal en contra del señor Zapa Morales, así como la solicitud de medida de aseguramiento en su contra y la formulación de la acusación, tuvieron respaldo en los elementos probatorios, pero en todo caso la imposición de la medida de aseguramiento fue una decisión del Juez Penal con función de Control de Garantías.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, porque la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación eran entidades autónomas desde el punto de vista presupuestal y administrativo.

Agregó que la actuación de la Fiscalía General de la Nación se limitó al ejercicio la acción penal, investigar las conductas delictivas y solicitar la imposición de medida de aseguramiento, pero fue el Juez con función de Control de Garantías quien, una vez escuchados los argumentos de la Fiscalía, el Ministerio Público y la defensa, analizó los elementos materiales probatorios presentados por la Fiscalía, estableció la viabilidad de decretarla, por inferir razonablemente que el imputado podía ser autor o partícipe y encontrar acreditados los requisitos de ley.

⁵ Folios 35 y 36, c. 1

⁶ Fls. 60 y 62, c. 1.

⁷ Folios 63 y 64, c. 1

⁸ Fls. 86 y 88, c. 1.

2.6. Etapa probatoria y alegatos de conclusión.

- Mediante auto de 16 de mayo de 2014 se dispuso la apertura de la etapa probatoria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 209 del CCA, con el decreto de pruebas documentales y testimoniales⁹

- Continuó el impulso del recaudo probatorio, a través de autos de 11 de julio de 2014¹⁰.

- A través de auto de 5 de junio de 2015, se dispuso la presentación de los alegatos de conclusión por las partes y del concepto del Ministerio Público. Sin embargo, el 21 de agosto de 2015 fue dictado auto de mejor proveer, con el fin de que los Juzgados Penales allegaran copia de las diligencias adelantadas en el proceso penal rad. No. 110016000019200803071 N.I. 71384¹¹.

- Prosiguió el recaudo de las pruebas faltantes, y mediante auto de 7 de febrero de 2020 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto, por estar vencido el término probatorio¹².

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Parte demandante¹³

El apoderado de los demandantes reiteró los hechos narrados en la demanda, reafirmó que el daño es atribuible a la Fiscalía General de la Nación, y precisó lo siguiente:

- i. Respecto al reconocimiento de los perjuicios morales, indicó que procedía en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 16 de la Ley 446 de 1998 y 178 del CCA, y en aplicación de lo dispuesto por el Consejo de Estado en decisión unificada de 28 de agosto de 2014.
- ii. En cuanto al reconocimiento de los perjuicios materiales, reiteró que debían calcularse desde la fecha de captura hasta la fecha de libertad, más 35 semanas; es decir, que el período a liquidar iba desde el 10 de julio de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2010, tomando como base de liquidación el salario que devengada el señor William Zapa de acuerdo con la certificación laboral aportada, más un 25% correspondiente a prestaciones sociales.

3.2. Parte demandada¹⁴

En oportunidad para presentar alegatos de conclusión, antes de que fuera dictado el auto de mejor proveer, el apoderado de la Fiscalía General de la Nación reiteró los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda y agregó que, conforme a los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, existía la obligación de soportar la acción de la justicia cuando mediaran serios indicios contra el sindicato. Argumentó que la absolución penal por sí misma no era prueba de la indebida retención, por lo cual, aceptar la responsabilidad de

⁹ Fls. 94 a 96, c. 1.

¹⁰ Folio 125, c. 1

¹¹ Folios 207 y 208, c. 1

¹² Folio 236, c. 1.

¹³ Fls. 237 a 243, c. 1.

¹⁴ Fls. 147 a 160, c. 1.

la Fiscalía en estos casos, era afirmar que esta no podía adelantar la investigación penal.

Además, expuso los requisitos necesarios para la configuración de una falla en el servicio, con énfasis en la relación de causalidad entre hecho y el perjuicio, para destacar que no en este caso no estaba probada.

3.3. Concepto del Ministerio Público¹⁵

En oportunidad para presentar concepto, antes de que fuera dictado el auto de mejor proveer, el Procurador Once Judicial Administrativo consideró que debían negarse las pretensiones de la demanda y acoger la de falta de legitimación en la causa por pasiva, debido a que:

- i. La responsabilidad por la prisión preventiva y privación de la libertad tiene origen en el daño antijurídico a quien no tenía el deber de soportarla, por ser absuelto en el proceso penal o ser sobreseído en la investigación; siendo el Juez administrativo quien, conforme al principio *iura novit curia*, determina en cada caso el régimen de responsabilidad aplicable.
- ii. Aunque es evidente que para el Juzgado 10 Penal del Circuito, las razones para desvincular al acusado fueron contundentes, por no existir pruebas necesarias en su contra y no desvirtuarse su presunción de inocencia, el daño antijurídico sufrido no tiene nexo alguno con la actuación de la Fiscalía General de la Nación, pues a la luz de la Ley 906 de 2004, quien adopta la decisión de ordenar la detención preventiva del sindicado es el Juez de Control de Garantías.
- iii. La Rama Judicial no acudió al proceso por omisión de la parte demandante, cuyas consecuencias debe asumir y que no puede suplir el Juez Administrativo.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN

4.1.1. Jurisdicción y competencia

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo consagra el criterio orgánico para establecer que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo debe conocer de los litigios de las entidades públicas, por lo que basta verificar que la naturaleza de una de las partes sea pública, como lo es la Fiscalía General de la Nación, para que se trámite la controversia ante esta jurisdicción.

Por la naturaleza del asunto, esta Sala de Decisión es competente para conocer del proceso, teniendo en cuenta que de acuerdo con lo previsto en el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y lo señalado por el H. Consejo de Estado en auto de 9 de septiembre de 2008, en primera instancia, los Tribunales Administrativos conocen de las acciones de reparación directa relacionadas con el ejercicio de la administración de justicia (por error judicial, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia) y el H. Consejo de

¹⁵ Fls. 179 a 205, c. 1.

Estado conoce en segunda instancia. En razón de lo anterior, no es necesario considerar los factores territorial y de cuantía en el proceso¹⁶.

4.1.2. De la procedencia de la acción

A través de la pretensión de reparación directa se busca que sean reparados todos los daños causados por una entidad estatal, esta acción encuentra su base jurídica en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual establece que el estado deberá responder por el daño antijurídico que cause.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 del C.C.A, cualquier persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otro motivo. En este caso, la demandante solicita la reparación del daño irrogado por las demandadas, a su juicio, por habersele privado injustamente de su libertad, razón por la cual la acción de reparación de directa es procedente.

4.1.3 De la caducidad

La acción se extingue por caducidad cuando vence el término previsto en la ley para demandar ante los jueces.

En el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., está previsto que la acción de reparación directa puede interponerse en un término de dos años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente causante del daño.

Cuando el perjuicio se deriva de la privación injusta de la libertad, el conocimiento del daño se evidencia una vez se tiene la plena certeza acerca de la ilegalidad, la injusticia o la falta de fundamento de la medida restrictiva correspondiente, es decir, desde el momento en que el sindicato recupera su libertad o quede ejecutoriada la providencia judicial que lo declara absuelto o dispone la preclusión de la investigación¹⁷, dependiendo que sea lo último que ocurra.

En el *sub judice*, el conocimiento del daño se evidencia una vez culminó el proceso penal con la sentencia absolutoria del 12 de abril de 2010 a favor del señor William Miguel Zapa Morales, la solicitud de conciliación extrajudicial se presentó el 14 de febrero de 2012 y la constancia de la audiencia fallida para tal efecto se expidió el 23 de abril de 2012, y la demanda se presentó el 4 de mayo de 2012, por lo cual no resulta necesario establecer la fecha de ejecutoria de la sentencia penal absolutoria para concluir que su interposición fue oportuna.

4.1.4. De la legitimación en la causa

En este caso, el daño irrogado es la privación de la libertad del señor William Miguel Zapa Morales y la *causa petendi* es que tal medida se impuso injustamente.

¹⁶ Esta regla de competencia es aplicable, debido a que la demanda se instauró en vigencia del Código Contencioso Administrativo, pues el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 fue derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011.

¹⁷ Para ampliar sobre la caducidad de la acción de reparación directa en casos de privación injusta de la libertad, véase Consejo de Estado sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera - Subsección “A” Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON Bogotá, D.C., sentencia de nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00189-01(38438).

4.1.4.1. Legitimación en la causa por activa

Los demandantes están legitimados en la causa por activa, debido a que el señor William Miguel Zapa Morales es el directo afectado por haber sido privado de la libertad y a Danis Luz López Arteaga, se le tiene como compañera permanente, según declaración extra - proceso de 5 de octubre de 2010, valorada en conjunto con el registro civil de nacimiento que comprueba que tienen una hija en común¹⁸.y el testimonio recibido en este proceso de la señora María Etelvina Mahecha, quien señaló: “...ellos son esposos llevan 12 años juntos, desde un principio yo los conozco a ellos juntos cuando se hicieron novios, cuando se organizaron y ahí están...”¹⁹

Lucenia Rosa Morales Almanza actúa en calidad de madre de la víctima directa, según se constata en el registro civil visible a folio 1 del cuaderno 2.

Leidy Yurany Zapa Padilla y Pamela Zapa López, actúan en calidad de hijas del directo afectado, tal y como se acreditó con los registros civiles de nacimiento que obran a folios 2 y 3 de cuaderno 2.

Ludys María Zapa Morales, Luzmila del Carmen Zapa Morales y Yadira de Jesús Zapa Morales actúan en calidad de hermanas del afectado directo, tal y como se acreditó con los registros civiles de nacimiento que obran de folios 4 a 6 de cuaderno 2.

4.1.4.2. Legitimación por pasiva.

Conforme a lo consagrado en el artículo 250 de la Constitución Política y el marco jurídico previsto en la Ley 906 de 2004, las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación se relacionan con la causación del daño cuya reparación se reclama, pues a ella le está asignada la investigación de las conductas punibles, el recaudo de los elementos probatorios y la evidencia física, presentar la solicitud de imposición de medida de aseguramiento y formular la acusación. En suma, investiga si existe mérito para adelantar el proceso penal y lo impulsa en las distintas etapas.

Por ende, en el sistema penal acusatorio, la Fiscalía General de la Nación está encargada de la investigación penal y actúa como ente acusador; sin embargo, sus actuaciones son relevantes y determinantes para la decisión de privar o no de la libertad al investigado, pues con fundamento en el material probatorio recaudado solicita ante el Juez de Control de Garantías la imposición de la medida de aseguramiento, para que éste, con base en los argumentos y la evidencia probatoria presentada, decida sobre la procedencia de la medida privativa de la libertad.

En el contexto señalado, las actuaciones y omisiones a las cuales se atribuye la ocurrencia del daño son responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, de manera que está legitimada en la causa por pasiva.

Lo expuesto, sin perjuicio de los deberes y facultades del Juez de Control de Garantías, quien es la autoridad jurisdiccional que decide todo aquello que conlleva facultad dispositiva, imprime legalidad a las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación e impone la medida de aseguramiento, lo cual revela que de haber sido

¹⁸ Fls. 3 y 16, c. 2.

¹⁹ Folio 20, c. 2

demandada, se concluiría su legitimación material en la causa; no obstante, su relación con la *causa petendi* no es exclusiva, no excluye, ni desplaza a la Fiscalía General de la Nación, porque se trata de funciones, atribuciones, competencias y deberes distintos y autónomos de los de la demandada, y es en razón de los mismos que se realiza la imputación fáctica y jurídica del daño. Distinto sería que los deberes legales que se estiman infringidos solo fueran responsabilidad de los Jueces, caso en el cual prosperaría la excepción propuesta de falta de legitimación material en la causa.

De igual manera, no se está ante un litisconsorcio necesario, porque la demanda se dirigió en contra de la Nación, específicamente por las actuaciones de la Fiscalía General, sin realizar imputaciones en contra de las actuaciones de los Jueces Penales.

La Fiscalía General de la Nación cuenta con autonomía administrativa y presupuestal; a su vez, la participación de los Fiscales en el proceso penal es independiente de la de los Jueces, por lo que corresponde examinar la incidencia de cada una en la causación del daño, sin que indefectiblemente sea predicable una decisión uniforme, lo que suprime la existencia de una relación sustancial que dé lugar a un litisconsorcio necesario, sino a un eventual litisconsorcio facultativo.

El artículo 149 del C.C.A. señala que la representación de la Nación estará a cargo del Director Ejecutivo de Administración Judicial en cuanto se relacione con la Rama Judicial; sin embargo, sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado:

“Ahora bien, recuerda el despacho que en aquellos casos en los que puede verse comprometida la responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, como, por ejemplo, en privaciones injustas de la libertad en las que las dos entidades incidieron en el daño ocasionado, por tratarse de una cuestión atinente a la representación y no a la legitimación en la causa por pasiva, la atribución del deber jurídico de reparar puede realizarse independientemente de quien haya concurrido efectivamente al proceso, pues en estos eventos, en virtud del artículo 2344 del Código Civil²⁰, el juzgador puede dar aplicación a la institución jurídica de la solidaridad para efectos de la reparación del daño, circunstancia que naturalmente viene a definirse al final del debate procesal, esto es, al momento en el que el operador jurídico encuentra todos los elementos necesarios para dictar sentencia (...)

“...Así pues, en procesos como el ahora analizado, donde la responsabilidad extracontractual del Estado se puede presentar por hechos atribuibles tanto a la Fiscalía General de la Nación como a la Rama Judicial por la privación de la libertad a la que fue sometido el demandante, la comparecencia conjunta de ambas entidades no es imprescindible para llevar el asunto a fallo, pues la figura de la solidaridad le permite al Tribunal, acreditados los elementos requeridos para el efecto, condenar a la Nación en cabeza de la entidad con patrimonio autónomo que haya intervenido en el trámite procesal. Bajo dicha lógica, resulta dable concluir que la comparecencia de la Rama Judicial o la Fiscalía General de la Nación en procesos contenciosos administrativos con elementos fácticos como los arriba descritos, debe necesariamente ser entendida bajo el supuesto del litisconsorcio facultativo.

²⁰ “Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”.

Ahora bien, no sobra recordar que para efectos de la reparación de perjuicios, la parte actora goza de la prerrogativa exclusiva para elegir, frente a las diversas entidades que participaron en la producción del daño, contra quién dirige las pretensiones que fundamentan la demanda, y en esa medida no es procedente que el juez de forma oficiosa realice la vinculación procesal de aquellos que considere que deben hacer parte del pleito²¹.

4.5. PROBLEMA JURÍDICO

- i. ¿La Fiscalía General de la Nación debe ser declarada administrativa y patrimonialmente responsable y, por ende, ser condenada a la reparación de los presuntos daños que padeció William Miguel Zapa Morales y su familia, a causa de privación de la libertad a la que se le sometió en el proceso penal por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, que culminó con sentencia absolutoria?
- ii. En caso de que se declare la responsabilidad de la demandada, la Sala deberá establecer si hay lugar a reconocer la indemnización de perjuicios pretendida por los demandantes.

4.6. TESIS DE LA SALA

i. Procede declarar la responsabilidad extracontractual de Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad del señor William Zapa Morales, puesto que la sentencia penal absolutoria por *in dubio pro reo*, tuvo como fundamento dudas sobre la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, pero estas dudas eran constatables al tiempo de la formulación de la acusación y, pese a eso, la Fiscalía impulsó el proceso penal sin presentar elementos probatorios adicionales a los que fundamentaron la solicitud de medida de aseguramiento, de manera que el procesado debió soportar una reclusión a la que no se comprobó que estuviese obligado, con fundamento en un material probatorio del que no podía extraerse con probabilidad de verdad la autoría del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

El daño es imputable a la Nación – Fiscalía General a título de falla en el servicio, puesto que quedaron evidenciadas falencias en el ejercicio de sus deberes de investigar y procesar, y también al formular la acusación en la etapa de juicio oral, que incidieron en que el señor William Zapa Morales permaneciera privado de la libertad.

iii. En cuanto a los perjuicios indemnizables, procede su reconocimiento de acuerdo con lo probado y en los términos dispuestos por la jurisprudencia aplicable.

4.7. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

La responsabilidad por privación injusta de la libertad implica la reparación del daño que causa la vulneración del derecho a la libertad, cuando al procesado se le priva de su pleno goce y ejercicio; por tal razón, el fundamento constitucional,

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Danilo Rojas Betancourth, Auto de 13 de abril de 2016, Rad. No. 54.536.

además de la cláusula de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, se encuentra en el artículo 28 ibídem y en los artículos 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por su parte, el fundamento legal de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se encuentra en los artículos 65 y 68 de la Ley 270 de 1996, los cuales preceptúan:

“ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”.

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

La H. Corte Constitucional, a través de la sentencia C-037 de 1996, condicionó la exequibilidad del artículo 68 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, señalando que debe entenderse el término “injustamente” como una actuación desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, en este sentido, para que exista responsabilidad del Estado la privación de la libertad debe ser contraria al derecho, irrazonable y arbitraria, por lo cual, su declaratoria debe obedecer a un análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la imposición de la medida restrictiva de la libertad.

Sin embargo, el H. Consejo de Estado consideró que la previsión del artículo 68 de la Ley 270 y el pronunciamiento de la H. Corte Constitucional, no impiden que, en virtud de lo consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, se impute responsabilidad al Estado por privar de la libertad a quien no incurrió en conducta punible, pese a que la actuación haya sido legal, porque en este caso el sujeto no tiene la obligación de soportar el daño irrogado y la responsabilidad se declara por la ruptura del principio de las cargas públicas²².

Con fundamento en los pronunciamientos jurisprudenciales reseñados, hasta hace poco, la posición predominante en el H. Consejo de Estado era que como regla general, cuando el daño cuya reparación se persigue es la privación injusta de la libertad, el régimen de imputación de responsabilidad del Estado es de carácter objetivo por daño especial²³, en tanto que no se valoraba la actuación subjetiva de la autoridad judicial y únicamente se requería acreditar: (i) la existencia de la medida restrictiva de la libertad; (ii) la existencia de una providencia judicial en la que se declaró la inocencia del sindicado, porque el hecho por el cual se le procesó no existió, él no lo cometió, no constituía una conducta punible o en aplicación del principio in dubio pro reo, y (iii) la ausencia de causal de exoneración de responsabilidad, tal como el hecho exclusivo y determinante de la víctima, fuerza mayor o el hecho exclusivo de un tercero.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2016, Rad. No. 2006-01469-01(38952), C.P. Ramiro de Jesús Pasos Guerrero.

²³ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de unificación de 17 de octubre de 2013, Rad. No. 1996-07459-01(23354), M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Recientemente, en Sentencia de Unificación 072 de 5 de julio de 2018, la H. Corte Constitucional cuestionó la indefectible aplicación de un título de imputación objetivo, cuando quien fue privado de la libertad obtiene la absolución en aplicación del principio de in dubio pro reo, toda vez que tal actuación pretermite lo dispuesto en la sentencia C- 037 de 1996, en cuanto a que debe mediar un análisis del que se concluya que la detención preventiva fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria.

Posteriormente, en Sentencia de Unificación de 15 de agosto de 2018, el H. Consejo de Estado modificó su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales se reclama la reparación de daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca dicha medida²⁴.

No obstante, la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 15 de agosto de 2018, proferida dentro del proceso tramitado bajo el número de radicado No. 2011- 00235-01 (46947) fue dejada sin efectos a través de la sentencia de tutela del 15 de noviembre de 2019, dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2019-00169-01 Demandante: Martha Lucía Ríos Cortés y otros Demandado: Consejo de Estado - Sección Tercera, ordenando a la demandada que en el término de 30 días, profiriera un fallo de reemplazo en el que, al resolver el caso concreto y teniendo en cuenta las consideraciones que sustentan la decisión de tutela, se valorara la culpa de la víctima sin violar la presunción de inocencia de la accionante.

Por lo anterior, no se dará aplicación a la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, sin embargo, conforme a los hechos probados en la demanda se realizará el respectivo juicio de imputación que corresponda conforme a los postulados enunciados, y siguiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia SU 072 de 5 de julio de 2018.

4.8. RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y DE LA RAMA JUDICIAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD, EN EL CONTEXTO DE LA LEY 906 DE 2004

El artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo N° 03 de 2002, consagra que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

Con el advenimiento del Acto Legislativo 03 de 2002, aparece la figura del Juez de Control de Garantías y se restringen las funciones judiciales de la Fiscalía General de la Nación, quedando en cabeza de los jueces las decisiones sobre la imposición de medidas privativas de la libertad; sin embargo, el ente acusador mantiene la obligación de realizar la investigación penal²⁵ y conducir la acción en

²⁴ Consejo de Estado, Sentencia de unificación de 15 de agosto de 2018, Exp. No. 46.947.

²⁵ LEY 906 DE 2004. ARTÍCULO 207. PROGRAMA METODOLÓGICO. Recibido el informe de que trata el artículo 205, el fiscal encargado de coordinar la investigación dispondrá, si fuere el caso, la ratificación de los actos de investigación y la realización de reunión de trabajo con los miembros de la policía judicial. Si la complejidad del asunto lo amerita, el fiscal dispondrá, previa autorización del jefe de la unidad a que se encuentre adscrito, la ampliación del equipo investigativo.

contra del sindicado, de acuerdo con los elementos probatorios recaudados, por lo cual, para que se surtan las actuaciones principales en el proceso penal y se definan medidas restrictivas de la libertad, se requiere de las solicitudes del ente acusador, debidamente sustentadas en las pruebas recaudadas en la investigación; así lo establece la Ley 906 de 2004, frente a ciertas actuaciones.

De lo expuesto se concluye que la Fiscalía tiene la carga de definición, recaudo, valoración y persuasión probatoria para desvirtuar ante el juez la presunción de inocencia del procesado, y es con base en las pruebas recaudadas durante la fase de investigación y los argumentos que presenta ante los Jueces de la República, que éstos toman las decisiones concernientes a la libertad del procesado y, en últimas, a su responsabilidad en el delito investigado en el proceso penal, por lo cual, el sentido de dichas decisiones se fundamenta en el trabajo probatorio, analítico y argumentativo que el ente investigador desarrolla en virtud de la competencia legal y constitucional que ostenta.

Es claro, entonces, que la facultad de privar de la libertad al sindicado es del Juez de Control de Garantías²⁶, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 de

Durante la sesión de trabajo, el fiscal, con el apoyo de los integrantes de la policía judicial, se trazará un programa metodológico de la investigación, el cual deberá contener la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos.

En desarrollo del programa metodológico de la investigación, el fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas.

Los actos de investigación de campo y de estudio y análisis de laboratorio serán ejercidos directamente por la policía judicial.

²⁶ Exceptuando el caso contemplados en el artículo 300 de la Ley 906 de 2004, que prevé:

<Artículo modificado por el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:>
<Aparte tachado INEXEQUIBLE. Apartes subrayados CONDICIONALMENTE exequibles> El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente orden de captura escrita y motivada en los eventos en los que proceda la detención preventiva, ~~cuando por motivos serios y de fuerza mayor no se encuentre disponible un juez que pueda ordenarla~~, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, y concurra cualquiera de las siguientes causales:

1. Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación.
2. Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.
3. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible.

La vigencia de esta orden está supeditada a la posibilidad de acceso al juez de control de garantías para obtenerla. Capturada la persona, será puesta a disposición de un juez de control de garantías inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que efectúe la audiencia de control de legalidad a la orden y a la aprehensión.

la Ley 906 de 2004, pero **depende esencialmente del trabajo de investigación que realiza la Fiscalía**, de los argumentos que exponga en las audiencias respectivas, los delitos respecto de los que formule la imputación y, fundamentalmente, de las pruebas que presenta ante el juez para llevarlo al convencimiento de la necesidad de la medida de aseguramiento.

Esto permite afirmar que en vigencia de la Ley 906 de 2004, también puede atribuírsele responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación cuando el daño es la privación de la libertad, aunque la decisión de imposición de la medida de aseguramiento corresponda en últimas al Juez de Control de Garantías, por la incidencia causal de su actuación en el resultado dañoso.

Lo aseverado no implica de ninguna manera que el Juez de Control de Garantías no realice un examen de las pruebas aportadas y del cumplimiento de los requisitos subjetivos y objetivos para la imposición de la medida privativa de la libertad, pues de acuerdo con el ordenamiento jurídico, le corresponde establecer si, de los elementos materiales probatorios y evidencia física recaudada o de la información obtenida legalmente, se puede inferir razonablemente que el imputado es probable autor o partícipe de la conducta delictiva investigada, examinar la naturaleza de la conducta delictiva y constatar la necesidad de la medida, conforme a los supuestos señalados en el artículo 308 de la Ley 906, los fines constitucionales y legales de la restricción y los derechos fundamentales involucrados.

Sin embargo, la decisión está supeditada a la orientación, énfasis y rigor que el Fiscal le da a la investigación penal, la precisión de los argumentos que expone, la presentación del caudal probatorio y los hechos punibles respecto de los cuales se predica una presunta responsabilidad penal, por lo cual, pese a que la autoridad judicial determina el sentido de la decisión, no puede soslayarse que este depende de circunstancias ajenas a sus atribuciones legales y constitucionales, puesto que los aspectos que son objeto de su análisis en una audiencia, han sido examinados por el ente acusador durante toda la etapa de investigación.

Así, mientras que la Fiscalía cuenta con un conjunto de atribuciones, recursos, equipos, talento humano, entre otros, para desarrollar durante un tiempo razonablemente prolongado, un programa de investigación sobre la base de una hipótesis de trabajo, cuyo resultado es un caudal probatorio que se presenta analíticamente con ánimo persuasivo ante el Juez de Control de Garantías, éste solo cuenta con una audiencia concentrada y con su propio criterio para analizar y evaluar el trabajo de la Fiscalía, lo que restringe de manera considerable su ámbito de examen y su margen de valoración.

En tal virtud, debe sustentarse en el trabajo de investigación, análisis y recaudo probatorio de la Fiscalía para adoptar su decisión. De ahí que, para la Sala, resulte claro que la decisión del funcionario judicial de control de garantías está necesariamente condicionada, orientada e influenciada por la Fiscalía como ente acusador, muy a pesar de que se afirme que el Juez es autónomo para adoptar la decisión que corresponda.

Ahora bien, la valoración probatoria que hace el Juez de Control de Garantías no está dirigida a definir con certidumbre la responsabilidad penal del procesado; para decidir sobre la procedencia de la medida restrictiva de la libertad, basta con

acreditar suficientemente que el sindicato pudo cometer la conducta delictiva, inferencia razonable a la que está obligada la Fiscalía General de la Nación al solicitar la detención preventiva, y el Juez de Control de Garantías al acceder a dicha medida.

La medida de aseguramiento privativa de la libertad no puede calificarse como inadecuada cuando el Juez atiende a los requisitos legales, formales y sustanciales para su imposición, es decir, establece que la misma es necesaria y proporcional y, principalmente, a **partir de lo informado por el ente acusador sobre la investigación penal y la evidencia con la cual lo relaciona, infiere razonablemente la probabilidad de autoría o participación del procesado en la conducta delictiva objeto de la acción penal.**

4.9. DE LAS PRUEBAS Y LOS HECHOS PROBADOS

Con fundamento en el material probatorio válidamente recaudado, la Sala destaca las siguientes pruebas y hechos probados relevantes para resolver el problema jurídico:

4.9.1. Contra el señor William Zapa Morales se adelantó proceso penal por la presunta comisión del delito de actos sexuales con menor de catorce años con circunstancias de agravación punitiva, CUI No. 110016000019200803071 N.I. 71384²⁷.

4.9.2. Conforme a lo descrito en la acusación, los hechos con fundamento en los cuales se adelantó la investigación penal se resumen en la forma que sigue:

“Mediante informe de policía de vigilancia el funcionario JAIR CÁRDENAS QUINTERO adscrito a la Policía de vigilancia informa que siendo aproximadamente las 13:40 horas del 10 de julio de 2009, se presentaron al CAI unas niñas manifestando que un señor iba a abusar de una menor en la carrera 81 H No. 47B 15 Sur, los agentes acuden al lugar se entrevistan con el señor JAIRO TUIRÁN ZABALETA quien manifiesta que sus hijas le comentaron que la niña (...) de 12 años salió llorando de la habitación donde vive su tía, manifestó que había sido tocada en sus senos además de haber sido besada en el cuello y en la boca, agrega el funcionario de Policía que los hechos fueron confirmados por la propia menor. Posteriormente, los agentes de Policía capturan a WILLIAM MIGUEL ZAPA MORALES.

Ante la psicóloga adscrita al ICBF, la menor (...) de 12 años refirió que el 10 de julio de 2008 fue a la casa de su tía a almorzar, ella se encontraba con ella, empezaba a llorar. Señala (...) que posteriormente ella bajó llorando al negocio que tiene una señora de nombre LUCILA y allí informó que WILLIAM le estaba cogiendo los senos y dándole besos luego de lo cual llegó la Policía. Agrega la menor que siempre que ella iba a la casa de su tía a almorzar este señor le tocaba sus senos por debajo de la ropa, además la amenazaba con golpearla para que no contara lo sucedido. Indica la niña que ese día WILLIAM ZAPA la golpeó con una correa en el brazo porque ella no se dejaba hacer lo que él quería”²⁸

4.9.3. El 10 de julio de 2008 a la menor le fue practicado informe técnico legal sexológico, en el que se consignaron las siguientes conclusiones:

“1. El relato de la menor es consistente con abuso sexual.

²⁷ Cuaderno 3.

²⁸ Folio 273 y 274, cuaderno 3.

2. *La paciente no permite el examen genital.*
3. *El tipo de maniobras o tocamientos referidos por la menor, no dejan ninguna huella a nivel corporal, por lo cual el examen físico no es el medio que permita confirmarlas o descartarlas.*
4. *Por lo anterior en este caso la investigación se debe basar entre otras en:*
 - a. *El análisis de la versión de la menor por parte de profesional con entrenamiento en el tema.*
 - b. *Información adicional que puede tener otras personas sobre los hechos.*
 - c. *Los datos que pueda aportar la labor investigativa*²⁹

4.9.4. El 11 de julio de 2008, la Fiscalía General de la Nación solicitó la imposición de la medida de aseguramiento³⁰.

4.9.5. En audiencia de 11 de julio de 2008, la Juez 43 de Control de Garantías impuso la medida de aseguramiento³¹

4.9.6. De acuerdo con el Oficio de 13 de junio de 2014, remitido por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, de acuerdo con la base de datos SISIPPEC WEB y Archivo de Antecedentes Carcelarios y Penitenciarios:

*“WILLIAM MIGUEL ZAPATA MORALES C.C. 15051133. Se encontraba recluido en el EC BOGOTA “LA MODELO” desde el día 14/07/2008. Fecha de captura 10/07/2008, por los delitos (sic) de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS a cargo del JUZGADO 43 PENAL MUNICIPAL BOGOTA. Proceso 1100160000019200903071 y le fue otorgada Libertad por Autoridad a cargo del centro de servicios judiciales de Bogotá”*³².

4.9.7. En audiencia preliminar de solicitud de revocatoria de sustitución de medida de aseguramiento, realizada el 24 de octubre de 2008, en el Juzgado 64 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, se negó la solicitud del demandante al considerar que:

*“(…) Los argumentos de la defensa son insuficientes por cuanto, pese a que la menor cambió de domicilio, se sigue configurando los presupuestos del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, ya que existe un peligro para la comunidad por la modalidad y gravedad del delito. Así mismo se indica - que este no es el escenario adecuado para alegar la inocencia del imputado. De otra parte, no se cumplen los presupuestos para la configuración de la condición de padre cabeza de familia de acuerdo con diversas jurisprudencias constitucionales, por lo tanto, este despacho NO ACCEDE A LA PETICIÓN DE LA DEFENSA, y mantiene la medida de aseguramiento en Centro Carcelario, por no acreditarse los presupuestos establecidos en la ley y en la jurisprudencia mencionada.”*³³.

4.9.8. El 22 de octubre de 2008, la Fiscalía formuló acusación en contra del señor Zapa y señaló como pruebas unos testimonios, entre estos el de la menor presuntamente abusada, el padre de las menores que denunciaron los hechos, el funcionario de policía que recibió la denuncia y acudió al lugar, y los profesionales que realizaron el examen sexológico, la entrevista y la valoración sexológica; y como pruebas documentales incluyó el examen médico legal de lesiones no fatales practicado a la menor el 10 de julio de 2008, el examen médico legal sexológico de

²⁹ Folio 54, cuaderno 3

³⁰ Folio 280 y 281, cuaderno 3.

³¹ Folio 279, cuaderno 3.

³² Folio 116, c. 1.

³³ Folios 27, c. 2 y 237 c. 3

10 de julio de 2008, el informe policía de vigilancia de 10 de julio de 2008 y la entrevista practicada la menor el 10 de julio de 2008. El ente acusador precisó que no contaba con testigos o peritos de descargos, tampoco elementos favorables al acusado, ni declaraciones o deposiciones³⁴.

4.9.9. Según audiencia preparatoria de 21 de enero de 2009, por parte de la defensa del procesado se descubrieron otros elementos probatorios, tales como las valoraciones psicológicas a William Miguel Zapa y a la menor, y las entrevistas a habitantes del inmueble donde presuntamente ocurrieron los hechos y a la madre de la menor, de quienes también solicitó testimonio. La Fiscalía enunció los elementos probatorios que sustentaron el escrito de acusación³⁵.

4.9.10. En etapa de juicio oral, la Fiscalía mantuvo su posición, de manera que en sus alegatos finales señaló que *“...probó que la menor fue víctima de actos sexuales desplegados por el señor WILLIAM ZAPA, esto se materializó a través del policía Jair Cárdenas cuando rindió su testimonio, igualmente se constató que la niña salió llorando del lugar donde residía la tía de la misma, al haber sido tocada en sus senos por el señor aquí investigado, se pudo constatar que la menor realizó un relato coherente y detallado de los hechos (...) con el informe médico sexológico se pudo establecer que la menor por medio de la anamnesis hizo el relato de lo vivenciado, se aportaron elementos técnicos científicos donde se puede corroborar que la menor sí fue víctima de tocamientos sexuales”*³⁶

4.9.11. El 13 de enero de 2010, en audiencia de juicio oral, el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Conocimiento emitió sentido absolutorio, al respecto sostuvo:

*“En cuanto a la adecuación normativa hecha por la fiscalía el despacho hace la observación por la cual pide condena, el despacho no ha llegado al pleno convencimiento que el hecho tuvo ocurrencia ya que no se ha quedado suficientemente convencido del mismo, en este orden de ideas se emite sentido de carácter absolutorio a favor del señor WILLIAM MIGUEL ZAPA MORALES C.C. 15.051.133, se levantan las medidas impuestas, se ordena la libertad del implicado el día de mañana se emitirá la boleta de libertad”*³⁷.

4.9.12. El señor William Miguel Zapa Morales fue dejado en libertad el 14 de enero de 2010, según consta en Boleta de Libertad No. 018 expedida por el Centro de Servicios Judiciales de Paloquemao, dirigida al director de la Cárcel Nacional La Modelo³⁸.

4.9.13. A su vez, en el Oficio 114-ECBOG-OJ-No. 13598 de 18 de septiembre de 2014, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC certificó que el señor William Miguel Zapa Morales *“...salió en libertad por sentencia absolutoria a cargo del Juzgado 10 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, el día 14 de enero de 2010, con boleta No. 018”*³⁹.

4.9.14. Mediante Sentencia de 12 de abril de 2010, el Juzgado Décimo (10°) del Circuito de Conocimiento profirió fallo absolutorio a favor del señor William Miguel Zapa Morales por el cargo de autor del delito de actos sexuales con menor de

³⁴ Folios 266 a 268, cuaderno 3

³⁵ Folios 216 a 221, cuaderno 3

³⁶ Folio 9, cuaderno 2.

³⁷ Folio 37 a 43, c. 3

³⁸ Folio 34, c. 3

³⁹ Folio 137 y 138, c. 1.

catorce años con circunstancias de agravación punitiva, son relevantes para este caso las siguientes consideraciones:

“Se debe tener de presente de acuerdo a la constitución y la ley específicamente lo contenido en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, es que para emitir sentencia de carácter condenatorio se requiere el conocimiento más allá de toda duda de dos presupuestos, primeramente en cuanto al delito y la responsabilidad del acusado, fundados en las pruebas debatidas en juicio.

En cuanto al primer presupuesto es decir el hecho, tenemos como manifestación directa la información suministrada por la menor en cuanto a la ocurrencia de los hechos, en la audiencia de juicio oral, (...), dejándonos ver que es una menor con algún conocimiento de tipo sexual o educación sexual, adquirida en su entorno social, evidenciándose que es una niña que puede prever circunstancias que le afecten su integridad.

Igualmente hace saber que no tuvo problema alguno con el señor WILLIAM ZAPA, antes de el día 10 de julio de 2008 fecha de la ocurrencia del hecho investigado, circunstancia esta que genera gran extrañeza al despacho, pues también ha indicado que los tocamientos habían ocurrido en varias ocasiones, cosa esta que obliga a mirar todo el acervo probatorio en conjunto que se debatió en juicio.

*Pero si nos vamos adentrando en el día de la ocurrencia de los hechos, la menor hace saber que el señor le tocó los senos por encima de la ropa, siendo aproximadamente entre las diez (10) u once (11) a.m, que esos tocamiento ocurrieron en el cuarto donde duerme el señor ZAPA MORALES y que para ese momento solo estaban los dueños de la casa, cosa esta que genera gran incertidumbre frente a la certeza y veracidad ofrecida por la menor pues se pudo determinar que habían muchas más personas, **esto con los diferentes testimoniales que se escucharon** (...), con lo cual se evidencia que el hecho en sí no pudo haber ocurrido en dicha habitación sin que persona alguna se hubiese podido percatar del mismo, (...).*

*Ahora bien en cuanto a la manifestación realizada en juicio por parte de la menor en cuanto a que le contó a la dueña de la casa de lo sucedido, **no es corroborado con el testimonio de la dueña de la casa**, pues esta indicó que la menor no le contó nada referente a un posible abuso sexual, que solamente le solicitó un pañal para cambiar a un bebe, manifestación esta que se acompasa con lo indicado por el acusado, evidenciándose aquí que si la menor hubiese sido víctima de algún tipo de agresión sexual o tocamiento lo hubiese hecho saber a un adulto para que la ayudara (...).*

En cuanto a la manifestación realizada por la fiscalía donde indica que se le debe creer a los menores lo cual no es dable, lo que si se debe realizarse es un análisis profundo de las manifestaciones, pues si los fallos se basaran solamente en lo dicho por los menores todos los fallos serían condenatorios y no habría necesidad de realizar juicio para un debate probatorio y analizar las circunstancias para tomar una decisión definitiva.

(...)

*Se debe indicar que la menor miente como todos los niños cuando oculta un hecho, pero igualmente la personalidad de la menor nos deja ver **que esta tiene un entorno social muy agreste**, lo cual la pone latente a circunstancias y hechos que afectan su equilibrio emocional, pudiendo ser esto indicativo para que la menor decida irse de Bogotá a Barranquilla y luego de estar en esa ciudad viviendo con el padre irse a vivir con unos vecinos los cuales no conocía,*

evidenciándose un latente desequilibrio emocional, al igual que siempre ha hecho lo que más le parezca sin importarle la autoridad de los adultos.

(...)

En cuanto a un elemento que corrobore lo manifestado por la menor, se cuenta con la lesión que presenta en el brazo lo cual pudiese ratificar lo manifestado por la menor, pero no se concibe como para agredirla sexualmente, no es dable que un individuo obligue a su víctima a subirse a la cama a chancleta para realizar el acto no se considera la menor una persona pasiva, pues es muy ágil en sus actividades, cosa esta que se corrobora al ser una persona que se traslada de una ciudad a otra y toma sus propias decisiones sin esperar que se le retenga u ordene que hacer, es decir que no se aportó un hecho de ratificación del dicho de la menor, y no se encuentran otros hechos que puedan aseverarlo, no queriéndose decir que en todos los casos debe existir un hecho de corroboración, pues cuando el mismo se presenta creíble, serio, coherente y consistente con los demás elementos se estaría frente a un juicio de responsabilidad.

(...)

En cuanto a la madre de la menor, esta nos da a conocer que duda de la credibilidad de lo relatado por la menor al comienzo de la ocurrencia de los hechos, ante la madre la menor hizo una retractación de lo manifestado inicialmente, pero también le decía que era verdad de lo cual la madre ha dado a conocer en juicio, pero si bien es cierto no es dable que una madre dude de un hijo, para este caso es de gran relevancia toda vez que se evidencia un conocimiento sobre el comportamiento de la menor, por lo cual no le da credibilidad a los hechos relatados.

*Igualmente con el informe técnico médico sexológico número 2008C – 01010109926 realizado a la menor solo deja evidencia que la presunta víctima dentro de este caso, **presente un edema leve, en tercio lateral del brazo derecho, dejando ver que pudo ser causado por cualquier elemento sin ser este un indicativo de la ocurrencia de los tocamiento**; ahora bien en cuanto a los tocamientos o maniobras referidas por la menor, no dejan huella alguna a nivel corporal, por lo cual el examen físico no es el medio que permita confirmarlas o descartarlas, motivo por el cual **la menor debía ser valorada por un profesional que pudiese determinar las mismas o las secuelas que se presentan en este tipo de delitos, dejándose ver que no hay prueba técnica fehaciente que pueda corroborar el relato de la menor**, circunstancias por las cuales este despacho no encuentra veraz lo dicho en juicio por la menor, atendiendo igualmente el comportamiento de la misma en su entorno familiar y social.*

(...)

*En cuanto a la adecuación normativa hecha por la fiscalía el despacho hace la observación que la menor a la fecha de ocurrencia de los hechos tenía 12 años, no siendo este aspecto relevante para la emisión del fallo, y teniendo presente el acervo probatorio recaudado y haciendo un análisis exhaustivo del mismo, y apreciándose que no se acreditó plenamente la real ocurrencia del delito y mucho menos la responsabilidad del procesado, **pues surgen insalvables dudas, no frente a responsabilidad, sino frente al primer presupuesto exigido por el artículo 361 del Código de Procedimiento penal, esto es, sobre la real existencia del hecho**, consistente en los tocamientos, el despacho emite fallo absolutorio por el delito de **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS** consagrado en el artículo 209 del C.P. modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 con **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA** numeral 4º del artículo 211 del C.P., modificados*

por la Ley 1126 de 2008, a favor del señor **WILLIAM MIGUEL ZAPA MORALES** identificado con la cédula de ciudadanía N°. 15.051.133 expedida en Sahagún (Córdoba)” (Negrilla fuera de texto)⁴⁰.

4.10. CASO CONCRETO

4.10.1. El daño.

Está probada la existencia del daño causado a los demandantes, consistente en la privación de la libertad del señor William Zapa Morales, entre el 11 de julio de 2008 y el 14 de enero de 2010, como consecuencia de la investigación penal por la presunta comisión del delito de acto sexual con menor de 14 años, en la que le fue impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad.

4.10.2. La imputación del daño.

En contexto de las Sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 de la Corte Constitucional, corresponde analizar cuál es el título de imputación aplicable conforme a las especificidades del caso, partiendo del examen de una eventual falla en el servicio por la imposición de una medida privativa de la libertad irrazonable, desproporcional o arbitraria. En este sentido, el Consejo de Estado ha expuesto lo siguiente:

“Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 201834 estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Aparte de lo anterior, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios”⁴¹

Está probado que el señor William Zapa fue privado de la libertad y se le imputó el delito de actos sexuales con menor de 14 años, en aplicación del Sistema Penal Acusatorio de la Ley 906 de 2004.

La medida de aseguramiento privativa de la libertad no puede calificarse como inadecuada cuando el Juez atiende a los requisitos legales, formales y sustanciales para su imposición, es decir, establece que la misma es necesaria y proporcional y, principalmente, a **partir de lo informado por el ente acusador sobre la investigación penal y la evidencia con la cual lo relaciona, infiere razonablemente la probabilidad de autoría o participación del procesado en la conducta delictiva objeto de la acción penal.**

⁴⁰ Folio 5 a 12, c. 3

⁴¹ Consejo de Estado, Sentencia de 4 de junio de 2020, Radicación número: 50.278, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, entre los requisitos subjetivos para la imposición de la medida de aseguramiento está el de que pueda inferirse razonablemente la responsabilidad penal del procesado. En este caso, de los elementos probatorios tal y como fueron presentados ante Juez de Control de Garantías, podía concluirse la responsabilidad del imputado, porque existía declaración de la menor en la que narraba que había sido víctima del abuso y agredida físicamente en su brazo, lo cual además coincidía con el edema que le fue encontrado en el examen por lesiones y las conclusiones del informe técnico médico legal sexológico, en cuanto a que el relato de la menor era consistente con abuso sexual y que el tipo de maniobras o tocamientos referidos no dejaban ninguna huella a nivel corporal.

Al respecto, conviene destacar que la prueba indiciaria adquiere relevancia cuando se trata de delitos sexuales contra menores, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional:

“Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo “normal” el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de “derecho” sobre el cuerpo del menor”⁴².

Dada la complejidad de la situación expuesta y el compromiso de los derechos de la menor, así como las conclusiones de los profesionales de la salud presentadas al Juez de Control de Garantías, podía inferirse razonablemente la autoría del delito por parte del señor Zapa Morales.

Aunado a lo expuesto, estaban dadas las condiciones objetivas para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, porque para delito imputado de actos sexuales con menor de 14 años, el artículo 209 del Código Penal establecía una pena de prisión de nueve (9) a trece (13) años⁴³; además, el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), estableció la detención en establecimiento de reclusión como única medida de aseguramiento procedente cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia T – 554 DE 2003.

⁴³ Ley 906 de 2004, artículo 313. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

(...)

2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.

En cuanto a los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento, las características de caso colocaban de manifiesto la gravedad de la conducta punible investigada y el interés de proteger los derechos de los menores de edad, teniendo en cuenta que para el momento de la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, el artículo 310 de la Ley 906 de 2004 establecía que para estimar si la libertad del imputado resultaba peligrosa para la seguridad de la comunidad, era suficiente reparar en la gravedad y modalidad de la punible y, adicionalmente, la continuación de la actividad delictiva⁴⁴.

La imposición de la medida de aseguramiento de detención en establecimiento carcelario estuvo sustentada en los elementos probatorios obtenidos hasta ese momento de la investigación, de los cuales se infería razonablemente la responsabilidad del imputado, y a las disposiciones legales aplicables que exigían valorar la naturaleza y gravedad de la conducta delictiva y los derechos de la menor de edad que se presentaba como víctima.

Hasta este punto ningún reproche a título de falla en el servicio puede hacerse a la Fiscalía General de la Nación, ni tampoco a la Rama Judicial por haber impuesto la medida de aseguramiento que mantuvo privado de la libertad al demandante hasta la fecha en que fue dictada sentencia absolutoria a su favor.

Al proseguir con el análisis, en principio se descarta que la privación de la libertad resulte imputable en aplicación del régimen objetivo, puesto que la absolución por *in dubio pro reo*, no es un supuesto que *prima facie* conduzca a tener la restricción de la libertad como un daño antijurídico, como ocurre por ejemplo cuando la sentencia absolutoria está fundada en que el comportamiento no existió o la conducta es considerada atípica.

Sin embargo, en este caso, aunque los elementos probatorios presentados fueron suficientes para imponer la medida de aseguramiento, la Sala advierte que no resultaban suficientes para seguir con la acusación y dotar al Juez Penal de medios de convicción en el juicio oral, lo cual era una función exclusiva de la Fiscalía como ente acusador, de ahí que al no conducir adecuadamente la investigación dio lugar a que el imputado permaneciera privado de la libertad para finalmente ser absuelto no solo por dudas frente a su culpabilidad, sino por dudar frente a la existencia de los hechos que configuraban la conducta delictiva.

El análisis de los hechos probados revela que la Fiscalía mantuvo las imputaciones en contra del señor William Zapa con los mismos elementos probatorios presentados desde la imputación, sin que revele un esfuerzo adicional por recaudar medios probatorios que reforzaran su tesis y permitieran reconstruir probatoriamente los hechos.

Incluso, el examen técnico médico legal practicado el 10 de julio de 2008, al inicio de la investigación penal sugirió que la investigación penal debía basarse en el

⁴⁴ Con la reforma de la Ley 1453 de 2011, el artículo 310 de la Ley 906 de 2004 preveía que para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez debía valorar, entre otras, la circunstancia de que el punible fuera abuso sexual con menor de 14 años.

análisis de la versión de la menor por parte de profesional con entrenamiento en el tema, información adicional que pudieran tener otras personas sobre los hechos y los datos que pudiera aportar la labor investigaba. Sin embargo, la Fiscalía siguió adelante con la acusación sin reparar en los aspectos señalados.

Si bien la sentencia penal absolutoria estuvo fundada en el principio de *in dubio pro reo*, las dudas insalvables que hicieron imposible tener por probados los hechos delictivos y la culpabilidad del procesado se originaron en elementos probatorios no considerados por la Fiscalía General de la Nación durante la investigación penal, tales como los relatos de personas cercanas de la menor, habitantes de la vivienda donde presuntamente habían ocurrido los hechos y la valoración psicológica practicada a la menor.

De este modo, es incuestionable que no era posible sostener una acusación y pretender que saliera avante la tesis de responsabilidad penal del procesado sin una adecuada investigación, mucho más cuando la Ley 906 exige una gradualidad en cuanto a los elementos de convicción en las distintas etapas del proceso penal, que en etapa de la acusación obligaba a la Fiscalía a presentar elementos probatorios a partir de los cuales pudiera deducirse la autoría de la procesada con probabilidad de verdad⁴⁵.

A su vez, la Corte Constitucional ha sostenido que los elementos de conocimiento de los que trata el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 no tienen la finalidad de establecer la responsabilidad del imputado, sino la procedencia de una medida de aseguramiento que incide en los derechos del imputado⁴⁶.

La Fiscalía tenía la carga de definición, recaudo, valoración y persuasión probatoria para desvirtuar ante el juez la presunción de inocencia del procesado, pero no realizó indagaciones ni investigaciones distintas y lo mantuvo ligado a un proceso penal sosteniendo la acusación en su contra, sin que tuviera la opción de por lo menos mantenerse en libertad mientras continuaba su curso, dada la naturaleza de la conducta delictiva que le fue imputada.

Ahora bien, en contexto del Sistema Penal Acusatorio establecido en la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación tenía la función de investigar y acusar, de modo que las omisiones evidenciadas al momento de presentar los argumentos y satisfacer el grado de probabilidad de verdad requerido para la formulación de la acusación y la continuación del juicio oral en virtud del cual el señor William Zapa permaneció privado de la libertad, conduce a que deba imputársele el daño a título de falla en el servicio, porque no ejerce facultad jurisdiccional con arreglo a la cual pueda aducirse el título de imputación de privación injusta de la libertad.

Es claro, entonces, que la facultad de privar de la libertad al sindicado es del Juez de Control de Garantías, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 de la Ley 906 de 2004, pero mantener la medida de aseguramiento depende esencialmente del trabajo de investigación que realiza la Fiscalía, de los

⁴⁵ Al respecto, la Ley 906 de 2004 establece que el fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio **cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad**, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1154 de 2005.

argumentos que exponga en las audiencias respectivas y, fundamentalmente, de las pruebas que presenta ante el juez.

En estos términos, la Sala concluye que procede declarar la responsabilidad extracontractual de la Nación – Fiscalía General de la Nación por la privación de la libertad del señor William Zapa Morales, debido a que si bien la imposición de la medida de aseguramiento no fue irrazonable, arbitraria o desproporcional, teniendo en cuenta los elementos probatorios que le fueron presentados al Juez de Control de Garantías y las previsiones legales cuando se trata de delitos sexuales en contra de menores de edad; en etapa de acusación y juzgamiento, las pruebas no alcanzaban el grado de probabilidad y certeza sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del procesado, de modo que en la sentencia absolutoria quedó evidenciado que no estaba en la obligación de soportar la privación de la libertad a la que fue sometido, pues tenía el derecho a que la investigación penal se hiciera con el rigor que la ley impone.

4.10.3. De la indemnización de perjuicios

En la demanda, se solicitó el reconocimiento de **perjuicios morales y materiales en la modalidad de lucro cesante**.

4.10.3.1. Perjuicios morales

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado, ha considerado que se presume que la privación injusta de la libertad genera una aflicción moral al detenido, presunción que se extiende a las personas más cercanas con las cuales mantiene un vínculo de afecto y convivencia, que se afecta por su ausencia y la falta de apoyo⁴⁷.

Sobre el quantum de los perjuicios morales en los casos de privación injusta de la libertad, en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013, el H. Consejo de Estado consideró que el criterio para su estimación es el *arbitrio iuris*; sin embargo, señaló algunos criterios o referentes objetivos que deben tenerse en cuenta:

“Con todo y, de nuevo, sin perjuicio de las particularidades de cada caso concreto, la Sala, para efectos de determinar el monto de los perjuicios morales en los eventos de privación injusta de la libertad, estima necesario tener en cuenta, tal como lo ha hecho de manera reiterada e invariable, algunos de los presupuestos o criterios que sirven de referente objetivo a la determinación de su arbitrio, con el fin de eliminar al máximo apreciaciones eminentemente subjetivos y garantizar así, de manera efectiva, el Principio Constitucional y a la vez Derecho Fundamental a la igualdad (artículos 13 y 209 C.P.), propósito para cuya consecución se han utilizado, entre otros: i) el tiempo durante el cual se extendió la privación de la libertad; ii) 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; iii) la gravedad del delito por el cual fue investigado y/o acusado el sindicado; iv) la posición y prestigio social de quien fue privado de la libertad.

Ahora bien, sin que de manera alguna implique un parámetro inmodificable que deba aplicarse en todos los casos, puesto que se insiste en la necesidad de que en cada proceso se valoren las circunstancias particulares que emergen del respectivo expediente, a manera de sugerencia y como parámetro que pueda orientar la decisión del juez en estos eventos, la Sala formula las siguientes reglas que sirven como guía en la tasación del perjuicio moral de la

⁴⁷ Véase Consejo de Estado, sentencia de 14 de marzo de 2002, exp. No. 12.076, M.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia de 24 de enero de 2011, exp. No. 18.190, M.P. Olga Mélida Valle de la Hoz; sentencia de 13 de febrero de 2013, exp. No. 24.296, M.P. Mauricio Fajardo Gómez-, sentencia 24 de julio de 2013, exp. No. 27289, M.P. Enrique Gil Botero y sentencia de 3 de mayo de 2013, exp. No. 29.876, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

víctima directa en escenarios de privación injusta de la libertad: i) en los casos en que la privación sea superior a 18 meses, se reconozca la suma de 100 SMMLV; ii) cuando supere los 12 meses y sea inferior a 18 meses, el monto de 90 SMMLV; iii) si excedió los 9 meses y fue inferior a 12 meses, se sugiere el reconocimiento de 80 SMMLV, iv) si fue mayor a 6 meses, pero no rebasó 9 meses hay lugar a fijar como indemnización la suma equivalente a 70 SMMLV, v) de igual forma, en tanto la privación sea superior a 3 meses pero no sea mayor a 6 meses, el valor por concepto de este perjuicio correspondería a 50 SMMLV, vi) si la medida supera 1 mes pero es inferior a 3 meses, se insinúa el reconocimiento de 35 SMMLV, y vii) finalmente, si la detención no supera un mes, la reparación se podrá tasar en el equivalente a 15 SMMLV, todo ello para la víctima directa –se insiste– y para cada uno de sus más cercanos o íntimos allegados⁴⁸

Posteriormente, en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014⁴⁹, el H. Consejo de Estado reiteró lo señalado en la sentencia precitada y estableció parámetros de indemnización para la tasación del perjuicio moral en los casos de privación injusta de la libertad en establecimiento carcelario, tal y como se resume en el cuadro que sigue:

	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

De acuerdo con lo expuesto, en atención a que el señor William Zapa Morales permaneció privado de la libertad desde 11 de julio de 2008 hasta el 14 de enero de 2010, esto es, por un término superior a 18 meses (1 año, 6 meses, y 3 días), debe reconocérsele cincuenta (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De igual manera, se dispondrá el reconocimiento de 100 SMLMV, para cada una de las demandantes que acudieron en calidad de madre, compañera permanente e hijas, y de 50 SMLMV para sus hermanas, así:

William Miguel Zapa Morales (afectado directo)	100	SMLMV
Danis Luz López Arteaga (Compañera permanente)	100	SMLMV
Lucenia Rosa Morales Almanza (Madre)	100	SMLMV
Leidy Yurany Zapa Padilla (Hija)	100	SMLMV
Pamela Zapa López (Hija)	100	SMLMV
Ludys María Zapa Morales (Hermana)	50	SMLMV
Luzmila del Carmen Zapa Morales (Hermana)	50	SMLMV
Yadira de Jesús Zapa Morales (Hermana)	50	SMLMV

⁴⁸ Consejo de Estado, sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25022, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁹ Consejo de Estado, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 36.149, : Hernán Andrade Rincón (E).

El anterior reconocimiento procede por no desvirtuarse la presunción de aflicción que cobija a estas personas, por demás reforzada en el testimonio rendido por la señora María Etelvina Mahecha, visible a folio 20 del cuaderno 2.

4.10.3.2. Perjuicios materiales

La Sala aplicará lo dispuesto en la Sentencia de 18 de julio de 2019 del Consejo de Estado, a través de la cual se unificaron los criterios en materia de reconocimiento y liquidación de perjuicios materiales por daño emergente y lucro cesante en los casos de privación injusta de la libertad⁵⁰.

Respecto del reconocimiento de perjuicios por lucro cesante, el Consejo de Estado sostiene en su jurisprudencia de unificación actual lo siguiente:

“Se reconoce el lucro cesante en favor de la persona privada injustamente de la libertad, siempre que se solicite de manera expresa por la parte demandante, de modo que no procederá ningún reconocimiento oficioso al respecto.

*Para hacer tal reconocimiento debe haber **prueba suficiente que acredite que, con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos.** Cuando quien se haya visto privado 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).*

i) La liquidación del lucro cesante, que –se insiste- deberá solicitarse en la demanda-, comprenderá 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, podrá comprender, si –se insiste también- 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 la pérdida de ésta.

*ii) **El ingreso base para la liquidación será el que se pruebe de manera fehaciente que percibía el afectado directo con la medida de aseguramiento.***

*iii) **De no probarse el ingreso, pero sí el desempeño de una actividad productiva lícita, la liquidación se hará con sustento en el salario mínimo legal vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa.** Igual se hará en el caso del ama de casa o de la persona encargada del cuidado del hogar, 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).*

*iv) **El ingreso base para la liquidación del lucro cesante se incrementará en un 25% por concepto de prestaciones sociales, sólo si: a) se pide como pretensión de la demanda y b) se acredita suficientemente la existencia de una relación laboral subordinada al tiempo de la detención”.***

En cuanto al reconocimiento de los perjuicios materiales por lucro cesante, el

⁵⁰ Sección Tercera, , M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Exp. 44572.

demandante solicitó el reconocimiento de salarios dejados de recibir mientras estuvo privado de la libertad, más el periodo de 35 semanas que emplearía para recobrar empleo, con base en el salario que recibía incrementado en un 25% por prestaciones sociales.

Según oficio de 16 de septiembre de 2014, remitido por la empresa SERVICIOS INTEGRADOS DE SEGURIDAD COLOMBIANA LTDA – SINSERCOL, el señor William Miguel Zapa Morales estuvo vinculado con la empresa a través de un “contrato laboral bajo la modalidad de *“Trabajo por la Duración de una Obra o Labor determinada”*, devengando un salario de CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MIL QUINIENTOS PESOS M.L. (461.500) mensuales, el contrato fue suscrito el 31 de marzo de 2008 y finalizó el 09 de julio de 2008, por voluntad del señor ZAPA MORALES”, el cual se adjuntó⁵¹.

La Sala estima que procede reconocer como perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, los salarios que dejó de recibir el señor William Miguel Zapa Morales, mientras estuvo privado de la libertad (entre el 11 de julio de 2008 y el 14 de enero de 2010), teniendo en cuenta la certificación laboral, en la que consta que laboró como guardia de seguridad, con una remuneración de \$461.500 para el año 2008.

Procede actualizar el monto de la remuneración, aplicando la siguiente fórmula matemática empleada para ello por esta corporación:

$$Ra = Rh \text{ índice final} / \text{Índice inicial}$$

Donde (Rh) es igual a la renta histórica, esto es, la remuneración que recibía el demandante para el año 2008 (\$461.500) multiplicada por la cifra que resulte de dividir el índice de precios al consumidor del mes anterior al de esta sentencia por el índice de precios al consumidor vigente en el mes en que fue privada de la libertad.

$$Ra = \$461.500 \frac{\text{Índice final – octubre/2020 (105.23)}}{\text{Índice inicial – julio/2008 (69.06)}}$$

Ra: \$703.209

Al monto anterior debe agregársele el 25% correspondiente a prestaciones sociales, para un total de **\$879.011**

Sobre el tiempo que se tomará como base para el reconocimiento del perjuicio material, por concepto de lucro cesante, se tendrá en cuenta el de reclusión, 552 días (18.14 meses), y el correspondiente al lapso que, según las estadísticas, una persona requiere en Colombia para conseguir trabajo luego de haber obtenido su libertad, o acondicionarse en una actividad laboral, (8.75 meses), obteniéndose un periodo indemnizable de 26.89 meses⁵².

⁵¹ Folio 21 a 26, c. 2.

⁵² De acuerdo con lo señalado por el H. Consejo de Estado, en sentencia del 28 de agosto de 2013, M.P. Enrique Gil Botero, Rad. No. 25.022 “*En cuanto al tiempo que, en promedio, suele tardar una persona en edad económicamente activa en encontrar un nuevo puesto de trabajo en Colombia, la Sala se valdrá de la información ofrecida por el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), de acuerdo con la cual dicho período equivale a 35 semanas (8.75 meses)*”.

Se hace necesario aplicar la fórmula para el cálculo del lucro cesante consolidado.

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Ingreso base de liquidación sobre el cual se liquidará el lucro cesante consolidado: **\$879.011**

i= Interés puro o técnico: 0,004867.

n= Número de meses que comprende el período de la indemnización: 26.89 meses.

Reemplazando tenemos:

$$S = \$ \frac{879.011 (1 + 0,004867)^{26.89} - 1}{0,004867}$$

$$S = \$ 25.187.711$$

El total de la indemnización por concepto de perjuicios materiales atribuible a la Fiscalía General de la Nación, en la modalidad de **lucro cesante** es de \$25.187.711.

4.11. COSTAS

No habrá lugar a condenar en costas, por cuanto de conformidad con el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, no se observa que las partes hayan actuado con temeridad o mala fe en las actuaciones procesales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “C”**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad de William Zapa Morales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** al pago de los siguientes perjuicios, derivados de la privación injusta de la libertad de William Zapa Morales:

- Materiales a título de lucro cesante para la víctima directa, William Zapa Morales, por valor de VEINTICINCO MILLONES CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS ONCE PESOS (\$25.187.711).

- Morales a cada uno de los demandantes, como se relaciona a continuación:

William Miguel Zapa Morales (afectado directo)	100	SMLMV
Danis Luz López Arteaga (Compañera permanente)	100	SMLMV
Lucenia Rosa Morales Almanza (Madre)	100	SMLMV
Leidy Yurany Zapa Padilla (Hija)	100	SMLMV

Pamela Zapa López (Hija)	100	SMLMV
Ludys María Zapa Morales (Hermana)	50	SMLMV
Luzmila del Carmen Zapa Morales (Hermana)	50	SMLMV
Yadira de Jesús Zapa Morales (Hermana)	50	SMLMV

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: DAR CUMPLIMIENTO a lo dispuesto en la sentencia, dentro de los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO: Por Secretaría, expídanse las copias de que trata el artículo 114 del Código General del Proceso.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente providencia, **ARCHIVAR** el expediente, previas anotaciones secretariales de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
(Aprobado en sesión de la fecha. Sala No.142)



FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado



JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado



MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada

J.B.