



JUZGADO DECIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA

Tunja, veintiocho (28) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 150013333010-2015-00064-00
Demandantes: MARTHA CECILIA DIAGAMA y otros
Demandados: NACIÓN –RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA y NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA

Se procede a emitir sentencia de primer grado en el asunto de la referencia de la siguiente manera:

I. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones (folio 7) Mediante apoderado judicial, la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA, actuando en nombre propio y en representación de los menores YURIANA CECILIA y EDERSON YOFRED PRIETO DIAGAMA, como también los señores CARLOS JULIO CAMARGO, YUDI JOHANA PRIETO DIAGAMA y KEMBERLY YOLIMA PRIETO DIAGAMA solicitaron a la jurisdicción que se declare administrativa, extracontractual y patrimonialmente responsables a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL, por los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes, con ocasión de la privación injusta de la libertad de la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA y la tramitación irregular de la investigación penal en su contra.

Como consecuencia de lo anterior deprecian como indemnización por daños morales la suma equivalente a cien (100) SMMLV para cada uno de los actores y de igual manera los daños materiales que resulten acreditados en el proceso. También que las sumas a reconocer sean indexadas y que se condene en costas a las demandadas.

1.2. Hechos (fs. 5 y 6). Se señala que la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA es madre de YURIANA CECILIA, EDERSON YOFRED, KEMBERLY YOLIMA y YUDY JOHANNA PRIETO DIAGAMA. Asimismo, que desde hace 13 años hace vida marital con el señor CARLOS JULIO CAMARGO.

Que MARTHA DIAGAMA, fue vinculada al proceso penal 15001600032201003403 que se tramitó en el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja, por el delito de concierto para delinquir, tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, como consecuencia de la investigación adelantada por la Fiscalía Tercera Especializada de Tunja, siendo privada de su libertad el 14 de septiembre de 2011.

El día 14 de abril de 2014 se realizó audiencia de juicio oral, en la cual se indicó el sentido de fallo absolutorio a favor de la señora DIAGAMA, ordenándose su libertad inmediata y

fijando el día 02 de julio de 2014 para lectura de la sentencia correspondiente, en la cual se le exoneró de toda responsabilidad penal.

Indica que la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA estuvo privada de su libertad desde el 14 de septiembre de 2011 hasta el 13 de junio de 2014 y que la medida de aseguramiento afectó a los demandantes; la señora MARTHA no pudo desempeñar ninguna actividad laboral durante el tiempo en que estuvo detenida, persona que además sufrió afectaciones morales, perjuicio inmaterial que también padeció el compañero permanente de la accionante y sus hijos.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fs. 47 a 50). En relación con los hechos de la demanda, señaló que se atiene a lo probado en el proceso siempre y cuando se comprometa la responsabilidad de la entidad. Como excepciones plantea:

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA. Aduce en líneas generales que los hechos giran en torno a una presunta privación de la libertad, lo cual se hizo por un juzgado de control de garantías y no por la Fiscalía. Con este mismo argumento se plantea la excepción de "CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO", añadiendo que bajo el esquema de la Ley 906 de 2004, a quien corresponde la imposición de medidas de aseguramiento es al juez.

CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, al considerar que no hay prueba de que la demandante haya interpuesto recursos contra la medida de aseguramiento.

Finalmente, aduce INEXISTENCIA DE ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO, sosteniendo que el presente caso no puede definirse conforme al régimen de responsabilidad objetiva, sino por el régimen subjetivo, teniendo en cuenta que la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA fue absuelta del proceso penal de conformidad con el principio de "*indubio pro reo*", es decir, porque no se tuvo certeza respecto de su inocencia, sino por el contrario la duda sobre su responsabilidad, siendo una causal diferente a las puntuales hipótesis consagradas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991.

2.2. RAMA JUDICIAL (fs. 58 a 62). Tal y como se indicó en la audiencia inicial (folio 100), la entidad dio contestación a la demanda por fuera del término establecido para ello (f. 86)

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término para presentar alegaciones según audiencia de 11 de noviembre de 2016 (folio 146), las partes procedieron de la siguiente manera:

3.1. PARTE DEMANDANTE. No presentó alegatos.

3.2. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fs. 172-174)

La apoderada de la entidad se limitó a exponer en sus alegaciones finales que carece de legitimación en la causa por pasiva para responder ante una posible condena, toda vez que de conformidad con el Código de Procedimiento Penal, a la Fiscalía no le concierne imponer medida de aseguramiento sino adelantar la investigación, para que de acuerdo con las pruebas obrantes en ese momento procesal, solicite como medida preventiva la detención del sindicado, correspondiéndole al Juez de Control de Garantías el estudio de dicha solicitud, quien establece la viabilidad o no de la misma.

Considera por lo anterior que ante cualquier sentencia desfavorable la responsabilidad no se endilgue a la Fiscalía General de la Nación, pues no existe relación de causalidad entre el perjuicio reclamado y la actuación de la entidad.

3.3. NACIÓN – RAMA JUDICIAL. No presentó escrito de alegatos.

3.4. MINISTERIO PÚBLICO. Guardó silencio.

Se decide el presente asunto, previas las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Asunto a tratar

Se contrae a determinar si la NACIÓN – RAMA JUDICIAL y/o NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, son administrativa y patrimonialmente responsables por los perjuicios causados a la parte actora, por la privación de la libertad de la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA.

4.2. Imputación fáctica y jurídica

Se contrae la acusación a que la Nación – Rama Judicial y/o Nación - Fiscalía General de la Nación deben ser declarados responsables de los perjuicios que causó la privación de la libertad de la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA al conjunto de la parte actora y consecuentemente obligados al pago de las indemnizaciones respectivas.

Desde el punto de vista **fáctico** se imputó la realización de una “detención” en la persona de MARTHA CECILIA DIAGAMA por espacio de 2 años y casi 9 meses (entre el 14 de septiembre de 2011 y el 13 de junio de 2014) dispuesta por un Juzgado Penal y desde la **imputación jurídica**, que la medida **fue injusta**, porque el proceso concluyó con la absolución de la demandante, toda vez que no se logró demostrar su responsabilidad en la conducta punible.

4.3. Régimen de responsabilidad – Título de imputación

El artículo 90 de la Constitución Nacional prevé:

“**Artículo 90.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

La responsabilidad del Estado en materia extracontractual está basada en tres pilares fundamentales: *Un hecho dañoso o perjuicio antijurídico, una acción imputada a la persona o entidad convocada a responder y una relación de causalidad entre las dos anteriores.*

Tratándose de la responsabilidad del Estado por el Funcionamiento de la administración de Justicia, los artículos 65, 67 y 68 de la Ley 270 de 1996, consagran lo siguiente:

“**Artículo 65. De la Responsabilidad del Estado.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u 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 67. Presupuestos del error jurisdiccional.** El error jurisdiccional se sujetara a los siguientes presupuestos:

1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de la ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.
2. La providencia contentiva del error deberá estar en firme

“**Artículo 68. Privación injusta de la libertad.** Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado en reparación de perjuicios.

La jurisprudencia del Consejo de Estado en el tema de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad ha evolucionado paulatinamente y actualmente el criterio imperante se sustenta en la consagración de los tipos de responsabilidad en torno a la actividad jurisdiccional (Ley 270 de 1996), la previsión de eventos concretos de responsabilidad por privación injusta en el derogado Código de Procedimiento Penal (Decreto- ley 2700 de 1991, artículo 414) y de manera fundamental en la interpretación del artículo 90 de la Constitución en aplicación de la teoría del daño antijurídico como fuente de la responsabilidad Estatal a la luz del método de la ponderación de intereses.

En sentencia de **2 de mayo de 2007** el Consejo de Estado dentro del expediente No. **15463** y ponencia del Dr. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ¹, señaló:

“...La Sala, en relación con la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas, no ha sostenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretar y aplicar el artículo 414 de Código de Procedimiento Penal —Decreto ley 2700 de 1991, ya derogado pero aún aplicable a casos ocurridos durante su vigencia—, de manera que su jurisprudencia se ha desarrollado en cuatro distintas direcciones, como se sintetiza a continuación. En una primera etapa, la Sala sostuvo que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamentaba en el error judicial, que se produciría como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso. Más tarde, en una segunda

¹ Como antecedente inmediato de esta sentencia, el Consejo de Estado con ponencia del Doctor Mauricio Fajardo Gómez en pronunciamiento de **4 de diciembre de 2006**, expediente **13168** ya había hecho alusión al recuento histórico de la evolución de la responsabilidad por privación injusta de la libertad relevando en esta oportunidad tres etapas y dentro de la última de estas ubicó la responsabilidad derivada de la antijuridicidad de la medida y la aplicación del in dubio pro reo. Adicionalmente realizó una vasta argumentación relativa al conflicto de intereses públicos y privados en función del juicio de ponderación.

dirección, la carga procesal para el actor de demostrar el carácter injusto de la detención para obtener indemnización de perjuicios, consistente en probar la existencia de un error de la autoridad jurisdiccional al ordenar la medida privativa de la libertad, fue reducida tan sólo a los casos de detención diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, porque en relación con los tres eventos allí señalados se estimó que la ley había calificado que se estaba en presencia de una detención injusta y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios con ella causados. En tercer término, se ha reiterado el carácter injusto de los tres casos de detención que preveía el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal y, por consiguiente, se sostuvo que frente a la reclamación de perjuicios fundada en alguno de los tres supuestos consignados en dicho precepto, resultaba indiferente establecer si en la providencia que ordenó la privación de la libertad se incurrió o no en error judicial, por cuanto lo que compromete la responsabilidad del Estado —se dijo— no es la antijuridicidad de la conducta del agente del Estado, sino la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima, en tanto que ésta no tiene la obligación jurídica de soportarlo...

Finalmente y en un cuarto momento, la Sala 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, a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico, aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio in dubio pro reo —de manera tal que no obstante haberse producido la privación de la libertad como resultado de la investigación e incluso habiendo sido proferida la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, el imputado no llega a ser condenado—, circunstancia que hace procedente el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos... —negrilla y subrayas del Juzgado

En pronunciamiento de la misma fecha y ponente, dentro del expediente **15.989**, esa Corporación expresó:

“...El juicio que sí se encuentra en la obligación de llevar a cabo el juez de lo contencioso administrativo a efectos de dilucidar si la medida de aseguramiento, una vez revocada mediante pronunciamiento definitivo —cualquiera que éste sea—, puede comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado, es un juicio que debe trascender esa legalidad meramente formal y ocuparse de establecer si, desde una perspectiva teleológica, la decisión de privar de la libertad a un ciudadano constituyó un elemento idóneo, necesario y ponderado, de cara a la satisfacción de las finalidades que su expedición tenía el deber jurídico de procurar. El análisis sobre la legalidad teleológica o finalística de la medida conduce, en últimas, a ocuparse de la manera en que debe resolverse, en el caso concreto, la tensión entre el interés general representado en la pronta, cumplida y efectiva Administración de Justicia de un lado y, de otro, el derecho fundamental a la libertad —junto con los demás derechos conectados con ella que se ven afectados por la detención preventiva—, cuya salvaguarda también se integra dentro del interés general. En otros términos, el juez de lo contencioso administrativo debe determinar si la medida de aseguramiento, una vez concluido el proceso penal con la exención de responsabilidad de la persona a quien la cautela afectó, reunió los requisitos para ser considerada como una medida proporcionada, pues, de no ser así —vale decir, en el evento de hacerse manifiesta la infracción al principio de proporcionalidad—, se haría evidente la causación de un daño, en contra del particular que no se encontraría en el deber jurídico de soportar...

“...La realización de ese juicio de proporcionalidad encaminado a establecer si la medida de aseguramiento causa, o no, un daño antijurídico en casos como el del sub lite, solamente resulta posible al culminar el averiguatorio penal, como quiera que sólo en ese momento se hace viable determinar si una decisión que pudo ser —desde la perspectiva formal a la que se ha hecho alusión— legalmente expedida —lo cual implica que la providencia respectiva puede estar desprovista de error judicial— resulta, al propio tiempo y ya fruto de un análisis finalístico o teleológico, desproporcionada. Lo anterior cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que de por medio se encuentra la presunción constitucional de inocencia, como garantía consustancial a la condición humana y de la cual, en eventos como el del sub júdice, el sindicado goza al momento de ser detenido, la mantiene durante todo el tiempo por el cual se prolonga su privación de la libertad y, en la medida en que nunca puede ser desvirtuada por el Estado, cuando se pone término, definitivamente, al procedimiento penal, la conserva incólume, de manera tal que, sin solución de continuidad, una persona a la que la Carta Política le atribuye, sin ambages, la condición de inocente, tuvo que soportar —injusta y antijurídicamente— quizás la más aflictiva de las restricciones a su derecho fundamental a la libertad...”— Negrilla y subrayas del Juzgado

Esta tesis, fue reiterada en sentencia de febrero de 2008², en la que se expresó sintéticamente:

“...En estos eventos, la Sección Tercera ha explicado en varias ocasiones, al interpretar el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 (C. de P. P.), **que la responsabilidad del Estado es de carácter objetivo** y que, por lo tanto, no hay lugar a valorar la conducta de la autoridad que ordenó la detención. En otras providencias, se concluyó además, que la responsabilidad del Estado se configura cuando se demuestra que la absolución del sindicado se debió a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible.

La posición actual de la Sala, plasmada en providencia del 18 de septiembre de 1997 y reiterada recientemente, **amplió la responsabilidad objetiva en los casos de privación injusta de la libertad, por cuanto ahora el daño se configura no solo ante la ocurrencia de los 3 supuestos previstos en el artículo 414 del C. de P. P., sino también cuando la absolución del sindicado se produce por la aplicación del principio del “in dubio pro reo”, pues en los casos de duda sobre la responsabilidad penal de un sindicado, que conlleven a su absolución, debe entenderse que la privación de la libertad fue injusta, en aplicación de los principios de buena fe y de presunción de inocencia** y que, esa situación - que la privación sea injusta - constituye uno de los elementos de la responsabilidad como es el daño, que resulta, por tanto, imputable al Estado. (...) –negilla y subraya del Juzgado”³

Luego el Consejo de Estado, en sentencia de 10 de junio de 2009⁴, con ponencia del Consejero Doctor Ramiro Saavedra Becerra, **consideró que existe privación injusta de la libertad, cuando el proceso no termina con sentencia condenatoria**⁵. Señaló:

“...En los eventos en que se demuestra que la privación de la libertad fue injusta, - que **lo será siempre que el proceso no termine con una sentencia condenatoria**-, se está ante un daño imputable al Estado, que debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, así las razones de absolución o de preclusión de la investigación no obedezcan a ninguna de las causales previstas en el artículo 414 del antiguo C. de P. P. como causales de responsabilidad objetiva, o al indubio pro reo. Lo anterior cobra mayor sustento si se tiene en cuenta que **los sindicados y los acusados, a quienes se les priva de su libertad, no tienen la condición de condenados, y en muchos eventos la detención encuentra sustento en meras sospechas, circunstancia que trastorna no solamente a los detenidos, sino a su núcleo familiar.**

Por lo tanto, es dable concluir que la reparación del daño – privación injusta de la libertad – es un derecho que tienen las personas que son detenidas y que finalmente son absueltas, por cualquier causa, siendo los casos en que opera el principio del indubio pro reo, aquellos en que se evidencia la inoperancia de los entes a cargo de llevar a cabo la respectiva investigación. No obstante todo lo anterior, cabe precisar que las pretensiones pueden no prosperar cuando se encuentre que la causa exclusiva del daño lo fue el hecho de la víctima...” (destacado fuera de texto)

Ahora bien en el año 2013⁶, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia del Dr. MAURICIO FAJARDO GOMEZ **unificó la jurisprudencia** en tratándose del régimen de responsabilidad por privación injusta de la libertad, específicamente por aplicación del principio *in dubio pro reo*. De manera relevante indicó:

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Doctor RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, **sentencia de 20 de febrero de 2008**, expediente: 25000-23-26-000-1996-01746-01(15980), Actor: José René Higueta y Otros, Demandado: Nación- Fisealía General de la Nación. En cuanto a la extensión de la responsabilidad a los casos en los cuales el beneficio de la libertad se da por duda, se pueden consultar la sentencias de la Sección Tercera con ponencia del Consejero Ponente Doctor Enrique Gil Botero de **26 de marzo y junio de 2008**, en los expedientes: 52001-23-31-000-1997-00036-01(16902)y 73001-23-31-000-1998-01248-01(16819), respectivamente.

³ Cabe reseñar que iguales lineamientos jurisprudenciales fueron reiterados en la sentencia proferida el **25 de febrero de 2009** con ponencia del Consejero Doctor Mauricio Fajardo Gómez en el expediente con radicación No. 25000-23-26-000-1998-15851-01 (25508) no obstante con salvamento de voto de la Consejera Doctora Ruth Stella Corra al considerar que la responsabilidad no surge sólo con la inexistencia de la sentencia condenatoria sino que, como lo precisa la sentencia C-037 de 1996 proferida por la Corte Constitucional, es necesario que se acredite que la detención fue ilegal, irrazonable o innecesaria.

⁴ Magistrado Ponente: Doctor RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, expediente: 73001-23-31-000-1998-06680-01 (16692). Fuente: Boletín 46 del Consejo de Estado en www.consejodeestado.gov.co

⁵ En similar sentido, se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de **25 de marzo de 2010**, con ponencia de la Consejera Doctora MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, expediente: 66001-23-31-000-1997-03813-01(17741), Actor: Nelson Alzate Orozco y Otros y en sentencia de **15 de abril de 2010** la Sección Tercera con ponencia del Consejo Doctor MAURICIO FAJARDO GOMEZ, expediente: 25000-23-26-000-1997-03569-01(18284), Actor: Jorge Armando Rubiano Poveda, reiteró la tesis sostenida desde 2006.

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

Y se habrá causado un **daño especial** a la persona preventivamente privada de su libertad y posteriormente absuelta, en la medida en que mientras la causación de ese daño redundará en beneficio de la colectividad —interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias—, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad, a aquella persona en quien, infortunadamente, se concretó el carácter excepcional de la detención preventiva y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el tantas veces aludido artículo 90 constitucional.

(...)

Todos los argumentos hasta aquí expuestos, los cuales apuntan a sustentar que el título jurídico de imputación a aplicar, por regla general, en supuestos como el *sub judice* en los cuales el sindicado cautelarmente privado de la libertad finalmente resulta exonerado de responsabilidad penal en aplicación del principio *in dubio pro reo*, es uno objetivo basado en el daño especial —como antes se anotó—, no constituye óbice para que se afirme, que en determinados supuestos concretos, además del aludido título objetivo de imputación consistente en el daño especial que se le causa a la persona injustamente privada de la libertad —y, bueno es reiterarlo, la injusticia de la medida derivará de la intangibilidad de la presunción constitucional de inocencia que ampara al afectado, de la excepcionalidad de la privación de la libertad que se concreta en su caso específico y a nada conduce, toda vez que posteriormente se produce la absolución, con base en el beneficio que impone el postulado *in dubio pro reo*, pero con evidente ruptura del principio de igualdad—, también puedan concurrir los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, por error jurisdiccional o por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia. En tales eventos, como insistentemente lo ha señalado esta Sala cuando el caso puede ser resuelto ora a través de la aplicación de un régimen objetivo, ora al amparo de uno subjetivo de responsabilidad, el contenido admonitorio y de reproche que para la entidad pública reviste la condena con base en este último título de imputación —además de la ilicitud del proceder de la misma entidad en el caso concreto— determina y aconseja que el fallo se sustente en la falla en el servicio y no el régimen objetivo que hubiere resultado aplicable

(...)

Como corolario de lo anterior, es decir, de la operatividad de un régimen objetivo de responsabilidad basado en el daño especial, como punto de partida respecto de los eventos de privación injusta de la libertad —especialmente de aquellos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal tiene lugar en aplicación del principio *in dubio pro reo*—, debe asimismo admitirse que las eximentes de responsabilidad aplicables en todo régimen objetivo de responsabilidad pueden —y deben— ser examinadas por el Juez Administrativo en el caso concreto, de suerte que si la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, determinan que el daño no pueda ser imputado o sólo pueda serlo parcialmente, a la entidad demandada, deberá proferirse entonces el correspondiente fallo absolutorio en punto a la determinación de la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado o la reducción proporcional de la condena en detrimento, por ejemplo, de la víctima que se haya expuesto, de manera dolosa o culposa, al riesgo de ser objeto de la medida de aseguramiento que posteriormente sea revocada cuando sobrevenga la exoneración de responsabilidad penal...

(...)

Dicho de otra manera, si el juez de lo contencioso administrativo encuentra, en el análisis que debe realizar en cada caso en el cual se demanda la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, que efectivamente hay lugar a estimar las pretensiones de la demanda, ello necesariamente debe tener como antecedente la convicción cierta de que se reúnen todos los elementos que

⁶ Sentencia de 17 de octubre de 2013, Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

estructuran dicha responsabilidad, lo cual excluye de plano la existencia de alguna causal eximente, puesto que si al adelantar ese análisis el juez encuentra debidamente acreditada la configuración de alguna o varias de tales causales -independientemente de que así lo hubiere alegado, o no, la defensa de la entidad demandada-, obligatoriamente deberá concluir que la alegada responsabilidad no se encuentra configurada y, consiguientemente, deberá entonces denegar la pretensiones ...

De acuerdo con lo anterior el régimen de responsabilidad es **objetivo** y el título de imputación es el **daño especial**, no obstante, ello no impedirá que si el caso lo permite, se analice desde un esquema subjetivo con fines admonitorios; destacándose igualmente la necesidad de examinar que no hayan tenido ocurrencia, causales de rompimiento del nexo causal.

Por lo demás el régimen objetivo de responsabilidad continúa enarbolándose en pronunciamientos de 2015⁷, 2016⁸ y 2017⁹ y en tal virtud bajo dicho esquema se analizará la cuestión sub judice, ello claro está, salvo que el Despacho encontrase méritos para hacer un pronunciamiento desde la perspectiva de la falla del servicio ante un defecto relevante.

4.4. Caso concreto

Al proceso sub judice se allegó (cuadernos anexos) por solicitud de la parte actora, copia del proceso penal 1500160001322010034-03 adelantado en contra de la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA Y OTROS. Actuación de la cual se destaca por su relevancia lo siguiente:

- a) El día 13 de septiembre de 2011 se realizó Audiencia Reservada No. 180, donde se solicitó por la Fiscalía Tercera Especializada de Tunja **que se libran órdenes de captura** en contra de 22 indiciados por el delito de concierto para delinquir, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; la Juez Primero Penal Municipal de Tunja con Funciones de Control de Garantías **dispuso emitir las ordenes solicitadas**, entre las que se encontraba la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA (Orden No. 0685712). (folios 216 y 217, C. anexo 8).
- b) **Las capturas** se hicieron efectivas el **14 de septiembre de 2011** (folio 197, C. anexo 7). Mediante providencia de 15 de septiembre de 2011, el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control y Garantías, **legalizó la captura** de

⁷ SUBSECCION B, Consejero Ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, expediente: 63001-23-31-000-2005-00323-01(38769), sentencia de 26 de junio: En suma, el caso bajo estudio –el de la privación injusta de la libertad- implica una responsabilidad de carácter objetivo, en la que no es necesaria la demostración de un error cometido por la autoridad judicial; al perjudicado le basta con demostrar que se impuso en su contra una medida privativa de la libertad en el trámite de un proceso judicial, que dicho proceso culminó con decisión favorable a su inocencia, así como el daño surgido de la situación de la detención, para que con esa demostración surja a cargo de la administración la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el ciudadano"- se destaca-

⁸ Sección Tercera – Subsección A. C.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA en sentencia de 21 de septiembre de 2016: En ese orden de ideas, es menester señalar que en aquellos eventos en los que una persona es privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego es puesta en libertad en consideración a que se dan los supuestos legales que determinan su desvinculación de una investigación penal, bien porque el hecho imputado no existió o porque el sindicado no lo cometió o porque el hecho no es punible o -en la opinión de la mayoría de la Sala- porque se le favoreció con la aplicación del indubio pro reo y si, además, prueba la existencia de un daño causado por esa privación de la libertad, no hay duda que tal daño se torna antijurídico y debe serle reparado por el Estado.

⁹ Subsección A. CP. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, sentencia de 13 de marzo de 2017, expediente 73001-23-31-000-2011-00749-01(44182)

MARTHA CECILIA DIAGAMA, declarando ajustado a la ley el procedimiento de captura y disponiendo la detención preventiva intramural (C. anexo 2 /anexo 8, f. 236). El mismo día se surte la **formulación de imputación** a la señora DIAGAMA por el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO y TRÁFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES en las modalidades de almacenamiento, venta y adquisición e igualmente se dispone la **medida de aseguramiento** consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, la cual es decretada por el Juez de Control de Garantías. Se dejó atestado que el defensor de confianza de la procesada no interpuso recurso, no obstante se reservó el derecho a solicitar de forma posterior sustitución o revocatoria de las mismas (f. 237 anexo 8)

- c) El 04 de noviembre de 2011 la Juez Primero Penal Municipal de Tunja con Funciones de Control de Garantías, realizó audiencia preliminar de sustitución de la medida de aseguramiento intramural por el domicilio de la señora DIAGAMA, la cual **no fue concedida** (folio 181, C. anexo 6). El abogado defensor interpuso recurso de **apelación**, siendo decidido en forma **desfavorable** mediante providencia de 7 de febrero de 2012 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Tunja (C. anexo 6).
- d) Aparece escrito de acusación de fecha **13 de enero de 2012** elaborado por funcionario de la Fiscalía de Boyacá, en el que se relaciona a MARTHA CECILIA DIAGAMA como la persona encargada de comercializar estupefacientes en colaboración de sus hijos, además de prestar su inmueble para la preparación y almacenamiento de los alucinógenos en calidad de coautora (folios 52 y 61, C. anexo 4).
- e) La audiencia de formulación de acusación contra la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA, tuvo realización el día 17 de febrero de 2012 (fs. 178 y ss anexo 5). En esa ocasión se le atribuye la comisión de los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO EN CONCURSO CON TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES (f. 251 anexo 10)
- f) En audiencia de 10 de enero de 2013 el abogado defensor de la señora DIAGAMA solicitó la libertad de la acusada, toda vez que desde la formulación de acusación hasta la fecha de su petición habían transcurrido más de 240 días de privación de la libertad sin que se hubiese dado inicio el juicio oral. La petición fue negada por el Juez de garantías, siendo recurrida y concediéndose la apelación ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de conocimiento de Tunja, quien confirmó la decisión de primera instancia, decisión sustentada básicamente en la unidad de defensa o comunidad procesal que afectaba a la procesada por las actuaciones de los co-procesados (C. anexo 1).

- g) Se celebran audiencias preparatorias en fechas 16 de mayo de 2012, 1 de junio de 2012 y 8 de enero de 2013 (f. 253, 255 anexo 10)
- h) En fechas 11 y 12 de marzo de 2013, se celebran diligencias dentro del juicio oral con practica de pruebas (fs. 240-245 anexo 9), también el 5,6, 23, 24 de agosto de 2013; 13, 14 de noviembre de 2013; 29 de abril de 2013; 9 y 10 de junio de 2013.
- i) A folios 258 a 279 del Cuaderno anexo 10 en audiencia de 10 de junio de 2013, se relaciona el material probatorio aportado y tenido en cuenta por la fiscalía. Asimismo, a folios 280 a 283 se relacionan los testimonios en los que se apoya la defensa de la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA.
- j) El Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja, profirió fallo de primera instancia en el sentido anunciado en audiencia de 09 de junio de 2014 (C. anexo 10), **absolviendo** a la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA de los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Las razones para adoptar dicha determinación se contrajeron a:

“Referente a MARTA CECILIA DIAGAMA, a quien se le imputa igualmente ser miembro activa (sic) de la organización delictiva dedicada a la distribución de estupefacientes en la modalidad de almacenamiento y venta, **la prueba presentada por la fiscalía no tiene la contundencia suficiente para enervar su presunción de inocencia, no existe ningún elemento probatorio**, ya sea testimonio, interceptación telefónica, seguimiento de personas, compra controlada, operación de agente encubierto, que establezca que la procesada vendía o almacenada estupefacientes, salvo los simples informes de policía judicial aislados que la integran a la estructura por ser la madre de John Elver Prieto Diagama.

Al respecto es importante resaltar la declaración de Bernardo Dueñas Clara, testigo principal de la fiscalía en contra de esta procesada y que contrario a lo que afirma la delegada, no hace imputaciones directas en contra de la señora Marta Cecilia Diagama y antes por el contrario sirve a la teoría del caso de la defensa, cuando expone que en esa casa ya no residía la señora Diagama, en efecto manifiesta que hace mas o menos tres años Marta no reside en esa casa.

Si bien expone que en esa casa se expenden estupefacientes, porque observaba reconocidos consumidores acercarse a la casa, siempre se refiere a que los que expendían los estupefacientes eran los hijos de Marta Diagama, nunca observó que la señora Diagama efectuara operaciones de compra o venta de estupefacientes. (folio 348, C. anexo 10)

(...)

Quedo demostrado que la señora Mara Cecilia Diagama no vivía en la casa de la Cra 6 10ª-46, no solo porque ello lo advierte en su declaración, lo que es apoyado por el testimonio de sus hijos Julio Ferny y John Elver, sino porque es el mismo testigo de la defensa quien de esta forma lo expone, señor Bernardo Dueñas Triana, ahora queda igualmente claro que en dicho lugar residían los hijos de la señora Diagama, y como es apenas natural ella iba a visitarlos o a guardar reciclaje y el simple hecho de que visitara esa casa o que su hijo se hubiese allanado a cargos por estos mismos hechos, no es suficiente para comprometer levemente su responsabilidad, sin que exista prueba indiciaria o directa que permita entronizarla de participar de los hechos aceptados por su hijo, ya que nuestro sistema penal propende por un derecho penal de acto, por el cual sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente o la familia que tiene.” (folio 34, C. anexo 10)- destacados fuera de texto-

Es del caso señalar que aunque a las copias de la actuación penal no se acompañó la constancia de ejecutoria de la decisión absolutoria, el Juzgado infiere que la misma se encuentra en firme a partir de las siguientes situaciones: en primer lugar la parte demandada no rebatió dicha situación, por ende, puede colegirse que no hay discusión frente a la firmeza de la absolución, tanto así que incluso, algunos de los argumentos de

la Fiscalía dados en este proceso, principalmente a folio 50, parte de considerar que antes que la aplicación del in dubio pro reo, en este asunto se presentó “duda sobre su inocencia”, queriendo con ello sustentar una causal diferente de las contenidas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991. En segundo lugar, de haberse discutido, correspondía a la demandada, desacreditar la firmeza de la decisión absolutoria, como así lo ha considerado la jurisprudencia¹⁰ y en tercer lugar, tras consultar en la plataforma web de la rama judicial por el número de radicado del proceso penal se pudo constatar la emisión de la sentencia de casación de fecha 1 de febrero de 2017¹¹, la cual se circunscribía específicamente a la situación de CARLOS MAURICIO PEREZ otro de los encartados, sin que por ende se afectara a la aquí accionante y en cuyo contenido además se revela que la decisión de primer grado frente a DIAGAMA no fue censurada.

Con fundamento en los medios de prueba enunciados, el Despacho encuentra demostrado que la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA, fue vinculada al proceso penal bajo el No. 150016000132201003403, dentro del cual se investigaba el presunto delito de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y además **fue privada de la libertad por ese hecho punible**, a través de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva entre el 16 de septiembre de 2011 y el 11 de junio de 2014 (f. 22 c ppal), es decir que dejó de gozar de este derecho fundamental por 2 años, 8 meses y 25 días.

El paginario penal da cuenta de que el derecho a la libertad fue restringido inicialmente por orden del Juzgado Primero Penal Municipal de Tunja con función de control de garantías quien libró la orden de captura en contra de la señora DIAGAMA, lo cual se efectuó por pedido de la Fiscalía General de la Nación, específicamente por la Fiscalía Tercera Especializada de Tunja; restricción de la libertad que fue mantenida por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control y Garantías, en audiencia de legalización de la captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. Esto último también por solicitud de la Fiscalía Tercera Especializada.

De otra parte aun cuando se elevaron por parte de la defensa solicitudes de sustitución de la medida de aseguramiento y de libertad por vencimiento de términos, las mediadas de limitación del derecho a la libertad fueron mantenidas a su turno por los Juzgados Primero y Tercero Penal Municipal de control de garantías.

Ahora bien, el proceso penal en lo que a la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA concierne terminó con **sentencia absolutoria**, no obstante no por la aplicación del

¹⁰ Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, sentencia de 27 de septiembre de 2011 Magistrado Ponente: Dra. CARMEN AMPARO PONCE DELGADO Radicación: 19001-23-00-001-2007-00145-00: “ Según afirma la Fiscalía General de la Nación, no existe en el proceso prueba sobre la ejecutoria de la sentencia del 08 de julio de 2005, hecho que es cierto; es decir, que no se aportó prueba de que dicha providencia en la cual se absolvió al señor Jesús Samir Burbano Collazos, fue impugnada y los resultados de ese recurso. Sin embargo, la entidad demandada se limita a mencionar tal circunstancia, sin aportar prueba que desvirtuara el hecho de que el señor Burbano Collazos fue absuelto por el hecho punible que se le imputó, carga que le correspondía a la parte demandada, conforme la establece el art. 177 del C.P.C; en consecuencia para la Sala tiene por demostrado que al demandante le fue resuelta favorablemente su situación por parte de la justicia penal, presupuesto base para demandar en responsabilidad extracontractual por privación injusta de la libertad”

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente: DR. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, SP1207-2017, radicado: 45900.

principio *in dubio pro reo*, sino por la inexistencia de pruebas que condujeran a inferir participación de la procesada en el reato, lo que implica que el Estado no logró desvirtuar la presunción de inocencia de la ciudadana, erigiéndose en tal virtud la medida de aseguramiento en injusta y desproporcionada, de suerte que el sacrificio del interés individual, es decir, la limitación del derecho a la libertad, no encontró frente al interés general, cual es la persecución y sanción del delito a través del ejercicio legítimo del *ius puniendi* por parte del Estado, la efectiva acreditación de que bienes jurídicos tutelados por dicho ordenamiento, resultaron afectados por la conducta de la procesada y que por ello, de manera legítima se encontrara en el deber jurídico de soportar tales cargas.

En suma, desde una perspectiva teleológica, la decisión de privar de la libertad a la demandante no constituyó un elemento idóneo, necesario y ponderado, de cara a la satisfacción de las finalidades que su expedición tenía el deber jurídico de procurar.

En este caso ello goza de una especial connotación, porque como lo consideró el Juzgado no existe ningún medio de prueba, ni aun indiciario que permitiera colegir que la señora DIAGAMA participaba en la organización criminal dedicada al tráfico y expendio de estupefacientes. Se reitera que en el presente asunto **no se trató de la imposibilidad de concluir más allá de toda duda razonable que la encartada efectivamente era cómplice en los delitos imputados, sino de la absoluta carencia de elementos materiales probatorios que así lo evidenciaran como posibilidad**; situación que es más que patente de la reflexiones del Juzgador Penal. En un asunto similar el Consejo de Estado indicó¹²:

En relación con la identificación de casos en los cuales equivocadamente se ha invocado la aplicación del aludido principio de *in dubio pro reo*, en los términos anteriormente descritos, ha dicho lo siguiente la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

"Así pues, las circunstancias descritas evidencian que el señor Leonel Aguilar García fue objeto de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por haber sido sindicado del delito de homicidio, concierto para delinquir y paramilitarismo; sin embargo, el mismo ente investigador, después de valorar detenidamente el material probatorio allegado al proceso penal, concluyó que no existían pruebas suficientes sobre la responsabilidad penal por la comisión de los ilícitos por el ahora demandante o, lo que es lo mismo, que no se logró demostrar que éste cometió los delitos por los cuales se lo privó de la libertad.

Así las cosas, precisa la Sala que, contrario a lo que expresó el Tribunal a quo, la referida absolución **no devino de la aplicación del principio *in dubio pro reo***, comoquiera que de la lectura de la providencia que precluyó la investigación a su favor, se evidencia que tal determinación devino de la sencilla pero potísima razón consistente en que **no se logró probar y menos establecer la responsabilidad penal del señor Aguilar García**, sin que en dicha decisión aparezca la aplicación de tal postulado como pilar para concluir acerca de su absolución del cargo por el cual se lo privó de su libertad^{13,14}.

Por consiguiente y atendiendo a la argumentación formulada dentro del presente proveído, se impone concluir que el actor no estaba en la obligación de soportar el daño que el Estado le irrogó, el cual debe ser calificado como antijurídico, calificación que determina la consecuente obligación

¹² Sentencia de 17 de octubre de 2013, Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

¹³ Nota original de la sentencia citada. En similar sentido consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 9 de mayo y 12 de julio de 2012, proferidas dentro de los expedientes Nos. 20.079 y 24.008, ambas con ponencia del Consejero, Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de julio de 2013; Radicación: 250002326000200101211 01; Expediente: 29.940; Actor: Leonel Aguilar García y otros.

para la Administración de Justicia —concretamente para la Fiscalía General de la Nación— de resarcir a dicha persona por ese hecho; frente a estos casos, en forma reiterada, se ha señalado¹⁵:

“La Sala reitera que en casos como éste no corresponde a la parte actora acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la responsabilidad: actuación del Estado, daño antijurídico e imputación, extremos que se encuentran suficientemente acreditados en el expediente, pues fue una decisión de la Administración de Justicia, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, la que determinó que los señores Germán Arcos Gómez y Guido Bernardo Burbano Arcos tuvieran que estar privados de la libertad, a quienes más adelante les fue precluída la investigación. En cambio, es a la parte accionada a quien le correspondía demostrar, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, si se había dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiere entenderse configurada una causal de exoneración: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o culpa exclusiva y determinante de la víctima y ocurre que ninguna de estas eximentes ha sido acreditada en el plenario¹⁶.”
(...) – se destaca-“

De otro lado, no puede abrirse camino el argumento esbozado por la Fiscalía, bajo el mote de “CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA” sustentado en la supuesta pasividad de la procesada frente a la medida de aseguramiento nutrida por la abstención de la proposición de los recursos de impugnación.

Lo anterior porque la actuación refleja que aunque en principio no se censuró la decisión de imponer la medida cautelar, de forma posterior, la hoy accionante no solo solicitó la sustitución de la medida de aseguramiento sino que además deprecó su libertad por vencimiento de términos; en ambos casos sin éxito.

A lo anterior debe agregarse que no puede darse aplicación a lo establecido en el artículo 70¹⁷ de la Ley 270 de 1996, porque en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, dicha norma debe interpretarse en armonía con lo establecido en el numeral 1 del artículo 67 de la misma Ley Estatutaria, que releva de tal deber a quien alega la injusta privación, como es el caso que se resuelve: “*Artículo 67. Presupuestos del error jurisdiccional. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos: 1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad*”- Negrilla fuera de texto-

Por esa misma senda el Consejo de Estado en sentencia de 13 de marzo de 2017, indicó¹⁸:

“En relación con la causal de exoneración de responsabilidad alegada por la Fiscalía, a partir del hecho de que el acá demandante contaba con los recursos para la revisión de legalidad de las decisiones que limitaron su libertad y no los interpuso, la Sala aclara que, si bien el artículo 70 de la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, dispone que “El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado”, este último supuesto, esto es, la omisión en la interposición de los recursos solo es aplicable como eximente de responsabilidad del Estado en los eventos en los cuales se alega la causación de daños por el denominado error jurisdiccional, no para los eventos de privación de la libertad dispuesta por providencia judicial, por así exceptuarlo el artículo 67 de la misma normatividad, que señala: (...)”

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 8 de junio de 2011, exp. 19.502

¹⁶ Nota original de la sentencia citada: Al respecto ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009, exp. 17.517, reiterada en sentencia de abril 15 de 2011, exp. 18.284.

¹⁷ Artículo 70. Culpa exclusiva de la víctima. El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.”

¹⁸ Subsección A. CP. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, sentencia de 13 de marzo de 2017, expediente 73001-23-31-000-2011-00749-01(44182)

De manera que, si el afectado no interpuso los recursos de ley frente a la decisión que limitó su derecho a la libertad, ello no puede constituir, en los términos del artículo 70 antes mencionado, la causal de exoneración de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima y, por lo mismo, en esos eventos, la entidad no queda exonerada de responsabilidad. – se destaca-

Por lo demás no existe evidencia en el proceso que conduzca a este Despacho a concluir que la señora DIAGAMA haya dado lugar con su comportamiento a la imposición de la medida de aseguramiento; es decir que un defecto de conducta como el silencio, el encubrimiento o un proceder negligente o contrario a derecho haya facilitado la adopción de la cautela y que en tal virtud deba soportar en todo o en parte los efectos de aquella¹⁹. Bajo las anteriores consideraciones tornándose antijurídico el daño causado a la señora DIAGAMA, es procedente disponer la reparación del perjuicio inferido a ella y su familia, no obstante para arribar en tal aspecto es necesario determinar cuál es la entidad obligada a la indemnización.

Imputación de la condena

Como se precisó ut supra, la Fiscalía General de la Nación por intermedio de la Fiscalía Tercera Especializada de Tunja solicitó la orden de captura y deprecó de forma posterior la imposición de la medida de aseguramiento; peticiones que a la postre fueron acogidas por los jueces de control de garantías, primero y tercero municipales de Tunja, respectivamente.

Resulta palmario entonces que la afectación del derecho fundamental de la libertad de la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA tiene su fuente en un acto jurisdiccional complejo en el cual converge tanto voluntad del ente acusador como la del juez de conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal vigente -Ley 906 de 2004-²⁰ por modo

¹⁹ Al respecto: Consejo de Estado, Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero, sentencia de 2 de noviembre de 2016, expediente 42726. De forma más reciente, la misma Sección con ponencia del Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, en sentencia de 13 de marzo de 2017, en el radicado 42434, expresó: "... para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor ..., quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño"¹⁹. (...) Así, pues, en los casos en que la conducta de la víctima esté provista de culpa grave o dolo procede la exoneración total de responsabilidad del Estado, por cuanto aquella (la conducta de la víctima) se torna determinante en la producción del daño. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido: "Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño. Así, la Sala en pronunciamientos anteriores ha señalado: "... Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada (sic) además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención u obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la (sic) cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque (sic) aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrida por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor ..., quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño ..."¹⁹. – destacados originales-

²⁰ "ARTÍCULO 306. El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente".

"Escuchados los argumentos del fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa, el juez emitirá su decisión.

que no puede concebirse la cautela sino por la confluencia o concurso de las actuaciones de estos dos entes públicos.

Bajo esta consideración el Despacho se separará de la tesis sostenida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado²¹ que considera que, bajo el nuevo esquema penal, dado que son los jueces los encargados de disponer las medidas de aseguramiento no asistirá responsabilidad la Fiscalía General de la Nación aun cuando sea la encargada de solicitar la cautela, dado que justamente esta situación es la causa primigenia de la restricción y en tal virtud no puede afectarse al órgano jurisdiccional cuando no actúa por iniciativa propia en asunto como estos, motivo por el cual se aplicará la tesis sostenida por la Subsección B, de la cual es ejemplo la sentencia de 5 de diciembre de 2016 con ponencia del Dr. DANILO ROJAS BETANCOURTH, dictada en el proceso con radicación 42611, y en la cual se indicó:

Finalmente, debe pronunciarse la Sala respecto a la última de las excepciones planteadas por parte de la Nación–Rama Judicial, quien argumenta que en caso de considerar que existe responsabilidad en el asunto estudiado, esta debe recaer únicamente sobre la Fiscalía General de la Nación, y no en el juez que profirió la medida de detención preventiva, toda vez que esta es una entidad con autonomía administrativa y presupuestal de acuerdo con el Decreto 2699 de 1991. Respecto a este planteamiento, la Sala considera que el mismo tampoco tiene vocación de prosperidad, debido a que la decisión de imponer una medida de aseguramiento en el sistema penal acusatorio de corte adversarial **no corresponde exclusivamente a la voluntad de los jueces penales o de la Fiscalía**, ya que esta es una determinación que se encuentra conformada por varios actos procesales como son la solicitud por parte del ente investigador y la providencia emitida por el juzgador.

En otros términos, en la lógica del actual procedimiento penal, para poder limitar el derecho a la libertad de un individuo se requiere **un acto jurisdiccional complejo**, el cual cuenta con la intervención de varios operadores jurídicos, lo que constituye una marcada diferencia con el antiguo compendio adjetivo penal, ya que este ponía en cabeza del ente acusador toda la responsabilidad respecto a este tipo de situaciones.

Recientemente esta Subsección emitió pronunciamiento en un caso con fundamentos fácticos similares al asunto examinado y concluyó que ante una privación injusta de la libertad materializada en el marco del sistema procesal penal actual, el fenómeno que se presenta frente a la determinación de limitar la libertad es el de la **concausalidad o la confluencia de causas determinantes en la producción del daño**. Al respecto esta Corporación²² comentó:

Al respecto la Sala estima pertinente aclarar que si bien es cierto que el Juez de Garantías no estaba obligado a aceptar la solicitud de medida de aseguramiento elevada por la Fiscalía General de la Nación,

“La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.

“La víctima o su apoderado podrán solicitar al Juez de Control de Garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esta no sea solicitada por el fiscal.

“En dicho caso, el Juez valorará los motivos que sustentan la no solicitud de la medida por parte del Fiscal, para determinar la viabilidad de su imposición”. (Se destaca).

²¹ Al respecto: sentencia del 16 de abril de 2016, expediente 40217, con ponencia del DR. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA: “En efecto, con la expedición de la Ley 906 de 2004 –Código de Procedimiento Penal- el legislador articuló el proceso penal de tal manera que buscó fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, como de instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar dentro de la acción penal, por lo que, suprimió del ente investigador –Fiscalía- la facultad jurisdiccional²¹, la cual venía ejerciendo por disposición del antiguo código de procedimiento penal –ley 600 de 2000-. Así las cosas, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, las decisiones que impliquen una privación de la libertad son proferidas por los jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal²¹, como en efecto ocurrió en este caso en el que el 8 de diciembre de 2006, en audiencia de legalización de captura y de formulación de cargos, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Barrancabermeja con Funciones de Control de Garantías decretó la medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, en contra del actor. **Si bien la medida de aseguramiento que se le impuso al señor Diego Mauricio Molina fue solicitada por la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que este organismo no tenía la potestad de decidir sobre la privación de la libertad del actor, pues esta facultad le correspondía a la Rama Judicial (juez de control de garantías) por encontrarse dentro de sus funciones jurisdiccionales. En ese orden de ideas, forzoso resulta concluir que, a la luz de las nuevas disposiciones penales, no es posible endilgarle responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación, pues la decisión que causó la privación de la libertad del señor Diego Mauricio Molina fue proferida por la Rama Judicial.** – Destacados fuera de texto -

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 29 de febrero de 2016, exp. 38420, actor: Juan Carlos Tamayo Muñoz y otros C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

esta circunstancia no es suficiente para negar el vínculo causal entre esta petición y la privación de la libertad.

Cierto es que la sola solicitud de la Fiscalía no basta para explicar, en el orden causal, la decisión del Juez de Garantías y por ende no se puede reputar causa suficiente de la privación de la libertad. Pero tampoco se puede desconocer que la actuación del Juez no explica, por sí sola la privación, en tanto y en cuanto está necesariamente condicionada a la existencia de la solicitud por parte del ente acusador e investigador. Sin intervención de la Fiscalía no hay lugar a la intervención del Juez, ni por lo tanto, se da la medida de aseguramiento. En el esquema del sistema penal acusatorio adoptado por la Ley 906 de 2004, la actuación del Juez nunca es oficiosa y por lo tanto no se explica en sí misma.

De lo anterior se colige que en el caso de las medidas de aseguramiento contempladas en el nuevo sistema procesal penal no es posible identificar una causa eficiente, de la que se pueda predicar la suficiencia. En efecto, **la acción de la Fiscalía no produce efectos sin la intervención del Juez de Garantías, ni éste puede intervenir si el ente acusador no lo faculta previamente presentando solicitud de legalización de la captura y la adopción de medida de aseguramiento.** En otras palabras, en el modelo actual, la privación de la libertad se explica únicamente en términos de concausalidad. La actuación estatal que priva de la libertad es, pues, un acto estatal complejo que principia en la solicitud de la Fiscalía y concluye en la orden del Juez de Garantías. La actuación de la Fiscalía influye efectivamente en la determinación de la privación de la libertad. Es causalidad eficiente real, pero no absoluta.

La Sala reitera la argumentación anterior al considerar que en el caso concreto la decisión de privar de la libertad al accionante José Alcides García Aguilar se produjo **con ocasión de la solicitud que presentó la Fiscalía General de la Nación al juez de control garantías que conoció del proceso penal surtido en contra del actor de manera primigenia, razón por la cual ambas demandadas tuvieron incidencia directa y necesaria en la causación del daño reclamado a través de la presente acción.** Ahora, respecto a la proporción de participación de cada una de estas, se considera que cabe predicar mayor responsabilidad de la Rama Judicial que de la Fiscalía, pues la última carece del control definitivo sobre la decisión.

Por esta razón, se entiende que **concurriendo la Fiscalía y la Rama Judicial en la causación del daño para el caso, esta Sala le atribuye un 40% a la primera, en tanto que a la Rama corresponde el 60%**²³, siendo ambas responsables por la totalidad de la condena frente a los accionantes en cuanto al pago del monto de los perjuicios se refiere, y conjuntas una respecto de la otra, una vez el pago total haya sido realizado por alguna de ellas. En otros términos, si bien la parte actora puede exigirle el total de la condena a una de las dos demandadas, posterior al pago total, la entidad que satisfaga la obligación podrá exigir la proporción de la condena que a la otra le corresponda de acuerdo a la parte motiva de la presente providencia.- destacados fuera de texto -

Al abrigo de este criterio, que el Despacho acoge, en el asunto sub lite, se declararan responsables a la NACION – RAMA JUDICIAL y a la NACION – FISCALIA GENERAL DE LA NACION de los perjuicios causados al conjunto de los demandantes con ocasión de la injusta privación de la libertad de la señora MARTHA CECILIA DIAGMA; condena que no obstante la solidaridad, que permitirá a los demandantes reclamar de una o de ambas la satisfacción de la indemnización se distribuirá entre las entidades demandadas en la misma proporción efectuada en la sentencia tomada como referente, es decir un 60% a cargo de la RAMA JUDICIAL y un 40% a cargo de la FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

Indemnización de perjuicios

Como pretensiones de condena se solicitó el pago de:

- a) Cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes como reparación por **daño moral** a favor de cada uno de los demandantes
- b) Como perjuicios materiales lo que resulte probado mediante dictamen pericial.

²³ Ibidem "En todo caso, se ha de reconocer que, en tanto que al Juez de Garantía tiene la decisión final sobre la adopción de las medidas de aseguramiento y la carga de ponderar los argumentos de la Fiscalía sin que le sea lícito aceptar acríticamente toda solicitud que se le presente, cabe predicar una mayor responsabilidad de la Rama Judicial que de la Fiscalía, que carece del control definitivo sobre la decisión". Debe aclararse que en respeto de la vinculatoriedad del precedente y la igualdad, se acoge la tasación expuesta por la Sala en controversias anteriores

Abordará el Despacho en primer término, el análisis de la indemnización deprecada por concepto de daños morales solicitado por el conjunto de la parte actora y seguidamente lo relativo a los daños materiales en las variedades de daño emergente y lucro cesante.

Daño moral

En sentencia de 28 de agosto de 2014, con ponencia del doctor HERNAN ANDRADE RINCON, con radicación No. **68001-23-31-000-2002-02548-01(36149)**, reiterando un pronunciamiento de unificación previo, indicó el establecimiento de unos **rangos indemnizatorios** en función del tiempo de privación de la libertad y la cercanía familiar, así:

“Según lo ha reiterado la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos de privación injusta de la libertad y con apoyo en las máximas de la experiencia, hay lugar a inferir que esa situación genera dolor moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto afectada o limitada su libertad²⁴; en la misma línea de pensamiento se ha considerado que dicho dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades²⁵, al tiempo que se ha precisado que según las aludidas reglas de la experiencia, el dolor de los padres es, cuando menos, tan grande como el del hijo que fue privado injustamente de su libertad, cuestión que cabe predicar por igual en relación con el cónyuge, compañera o compañero permanente o estable o los hijos de quien debió soportar directamente la afectación injusta de su Derecho Fundamental a la libertad²⁶.

Asimismo, en relación con la acreditación del perjuicio en referencia, se ha dicho que con la prueba del parentesco o del registro civil de matrimonio se infiere la afectación moral de la víctima, del cónyuge y de los parientes cercanos²⁷, según corresponda.

Respecto del *quantum* al cual deben ascender estos perjuicios, según la jurisprudencia de la Sala que aquí se reitera, se encuentra suficientemente establecido que el Juez debe tener como fundamento el arbitrio judicial y debe valorar, según su prudente juicio, las circunstancias propias del caso concreto, para efectos de determinar la intensidad de esa afectación, con el fin de calcular las sumas que se deben reconocer por este concepto²⁸.

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

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

²⁴ Entesora, Sentencia de 14 de marzo de 2012, exp. 12076 MP/D. Germán Rodríguez Véliz.

²⁵ Sentencia de 20 de febrero de 2008, exp. 15980 MP/D. Raimundo Sosa la Baza.

²⁶ Sentencia de 11 de julio de 2012, exp. 25688 MP/D. Carlos Abate Zambino Benaquiza, con el voto en contrario de 30 de febrero de 2013, exp. 21936 y el 13 de febrero de 2013, exp. 24236.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 1º de marzo de 2016, Expediente 15440 MP. María Elena Cárdenas Gómez.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 27 de junio de 2013, Expediente 31083.

Por consiguiente, teniendo en cuenta el tiempo durante el cual el señor José Delgado Sanguino permaneció privado de su libertad, esto es casi 9 meses, la gravedad del delito por el cual fue acusado y la afectación, angustia y congoja que el hecho dañoso causó en la víctima directa del daño, de acuerdo a lo acreditado con las pruebas testimoniales, se considera que hay lugar a reconocer, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a 70 SMLMV”

Der acuerdo con lo anterior, lo primero que se dirá es que el conjunto de los demandantes lograron acreditar el interés y la legitimación para acceder a la indemnización correspondiente, desde luego iniciando con la víctima directa la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA:

1. YURIANA CECILIA PRIETO DIAGAMA, acreditó la calidad de **hija**, como se desprende del registro civil de nacimiento visible a folio 12
2. EDERSON YOFRED PRIETO DIAGAMA, probó la condición de **hijo**, como lo acredita el registro civil de nacimiento visible a folio 13.
3. KEMBERLY YOLIMA PRIETO DIAGAMA, acreditó la calidad de **hija**, como lo prueba el registro civil de nacimiento visible a folio 14.
4. YUDY JOHANNA PRIETO DIAGAMA, demostró la condición de **hija**, como lo acredita el registro civil de nacimiento visible a folio 90.
5. CARLOS JULIO CAMARGO acreditó de igual manera la condición de **compañero permanente**, lo cual se colige de las declaraciones extra-juicio visibles a folio 16, rendidas por los señores CARLOS JOSE ORTIZ GRANADOS y JOSE MIGUEL ACOSTA BECERRA, pero principalmente por las versiones de JORGE AUGUSTO SIERRA GIL (min 13) y ZULLY JAZMIN CASTILLO CANCELADO (min 28 y 34) quienes dieron cuenta de la convivencia y de la existencia de una relación sentimental entre DIAGAMA y CAMARGO.

En este orden de ideas, en razón a que la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA estuvo privada injustamente de la libertad, durante 2 años, 8 meses y 25 días (desde el 16 de septiembre de 2011 hasta el 11 de junio de 2014) (folio 22) y que dicha detención le produjo a ella y a sus familiares cercanos un profundo dolor y aflicción, el cual debe ser resarcido; se reconocerán por concepto de **perjuicios morales**, la cantidad equivalente cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de los demandantes, en calidad de víctima directa, compañero permanente e hij@s.

No está demás agregar que la aflicción en este tipo de personas se presume como ya ha sido postura de la jurisprudencia. Así en sentencia de 14 de marzo de 2002, radicación número (12076) se había indicado:

“... Si bien no existen en el proceso pruebas directas sobre la causación de daños morales a los actores, por presunción de hombre, las reglas de la experiencia indican que la imposición y ejecución de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, máxime si se tiene en cuenta que es injusta, sumado al hecho de que ésta no contó con el beneficio de libertad condicional, indiscutiblemente producen en el sujeto pasivo afectado con la medida un daño moral, por ser evidente que la internación de una persona en un centro carcelario de suyo genera angustia y sufrimiento moral, pues, como es apenas natural y obvio, por regla general ese tipo de hechos no son precisamente fuente de alegría, gozo o regocijo espiritual; por el contrario, por corta que sea su duración en el tiempo, causan perturbación emocional y desasosiego, en razón de privar a la

persona de un derecho fundamental y consustancial al hombre, como lo es la libertad. Sobre el particular, resulta ilustrativa la siguiente valoración del Tribunal Superior Español expuesta en sentencia del 30 de junio de 1999: “A cualquiera le supone un grave perjuicio moral el consiguiente desprestigio social, y la ruptura con el entorno que la prisión comporta, además de la angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor que suele conllevar. Asimismo, las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios tienen relevancia para una eventual individualización de las consecuencias con el consiguiente reflejo en la cuantía de la compensación económica de aquél...”

En otra oportunidad el Consejo de Estado con ponencia del Consejero Doctor MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, en sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente: 25000-23-26-000-1994-09817-01(13168) reiteró:

“...Si bien en el plenario no obran pruebas concretas que acrediten directamente la existencia y entidad de tales sentimientos de tristeza y dolor, la Sala entiende que, con base en las reglas de la experiencia ampliamente reconocidas por la jurisprudencia, ese dolor puede válidamente inferirse en la persona de la víctima del daño antijurídico causado por el Estado, señor ... así como en las de sus padres, hija menor de edad y cónyuge o compañera permanente, razón por la cual, sin que se haga necesario ahondar en mayores argumentaciones, se reconocerá y dispondrá el pago de este rubro del perjuicio a los demandantes...”.

Daño material

i) Daño emergente

En cuanto a los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, se tiene una vez revisado el expediente que los demandantes no solicitan su reconocimiento y tampoco aparecen pruebas de su causación.

ii) Lucro cesante

Por este concepto se solicitó designar perito para cuantificar dicha suma teniendo en cuenta los ingresos, tiempo de privación de la libertad, ingresos, edad y afectación patrimonial de la víctima directa, lo cual fue negado de conformidad con el artículo 226 del CGP (folio 101).

Ahora bien, dicha pretensión es razonable en tanto, la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, impide naturalmente la realización de actividades laborales o comerciales. Razón por la cual, el perjuicio resulta indemnizable, ya que la demandante se encontraba en edad productiva dado que contaba para la época de los hechos con 47 años de edad (nació el 25 de enero de 1964, folio 21), luego estaba en condiciones de prestar sus servicios como empleada o dedicarse a labores comerciales o industriales, como así lo enseñan las reglas de la experiencia, las cuales permiten deducir que ese ingreso se ve afectado como consecuencia directa de la limitación de su derecho fundamental a la libertad y locomoción.

Si bien la demanda no indica qué tipo de actividad productiva desarrollaba la señora DIAGAMA, las pruebas del proceso, principalmente la declaraciones de JORGE AUSGUSTO SIERRA GIL y ZULLY JAZMIN CASTILLO CANCELADO evidencian que la aquí demandante se ocupaba en labores domésticas (lavado de ropa, aseos, planchados,

etc), por tanto será en función de tales actividades que se calculará la indemnización correspondiente.

En este es del caso señalar que aunque los acabados de nombrar dieron cuenta de haber contratado los servicios de la ahora demandante, precisando efectuar pagos entre \$80.000 o \$100.000 semanales (audio minuto 15:13 a 15:46) con el primero de ellos y trabajar cada vez que lo requería con la señora Zully Jazmin (audio minuto 25:50 a 26:28); esto por sí solo no permite tener por acreditado el ingreso mensual de la demandante, no solo porque lo que aquellos relatan era esporádico, sino porque no se conoce a ciencia cierta que otro tipo de actividades pudo realizar la señora DIAGAMA.

En tal virtud el Juzgado acudirá al valor estándar del salario mínimo mensual vigente, con el cual la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha indemnizado este tipo de daños en defecto de prueba que acredite un ingreso mayor y partiendo de la regla de experiencia que permite suponer, que las personas en edad productiva, ejercen generalmente actividades laborales, industriales o comerciales para procurarse su subsistencia o complementarla²⁹.

El cálculo se hará sobre la base de un salario mínimo legal vigente actual aumentado en un 25% como valor de las prestaciones sociales, pues la operación de actualización del salario mínimo mensual de 2011³⁰, 2012³¹, 2013³² y 2014³³ al valor actual, es inferior al precio que hoy tiene un salario mínimo mensual³⁴, por lo que en garantía del principio de indemnización integral se impone tasar la indemnización conforme al salario actual.

Adicionalmente, se advierte que por este rubro, se liquidará no sólo el período consolidado de la privación de la libertad (2 años 8 meses y 25 días, equivalentes a 32.83 meses), sino también por el lapso que, según las estadísticas, requiere una persona en Colombia para conseguir trabajo luego de haber obtenido su libertad, o acondicionarse en una actividad laboral, el cual equivale a 8,75 meses. Así lo ha indicado la jurisprudencia³⁵:

“En efecto, acerca del período a liquidar en eventos de privación injusta de la libertad, la Sala ha sostenido:

“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)”

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Doctor MAURICIO FAJARDO GOMEZ, sentencia de 13 de noviembre de 2008, expediente: 76001-23-31-000-1995-01932-01(17004): “(...) no resulta aplicable la regla de la experiencia, jurisprudencialmente decantada, consistente en que las personas devengan un salario mínimo cuando desarrollan una actividad productiva pero no han acreditado el monto de sus ingresos conoquiera que dicha regla sólo es susceptible de ser aplicada, precisamente, en los eventos en los cuales el actor prueba que desarrollaba una labor productiva, sin que haya podido establecerse dentro del proceso el monto de sus ingresos, cosa que evidentemente no sucede en el caso sub examine...”

³⁰ De \$535.600 a \$659.455,010

³¹ De \$566.700 a \$676.091,185

³² De \$589.500 a \$689.922,899

³³ De \$616.000 a \$702.858,25

³⁴ Decreto 2209 de diciembre 30 de 2016 estableció el salario mínimo para el año 2017 en \$737.717

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. CP: Enrique Gil Botero. Sentencia del 20 de octubre de 2014. Expediente: 40060 y también sentencia de 4 de noviembre de 2015 Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E), expediente: 70001-23-31-000-2002-00293-01(37499)

No sobra aludir que el perjuicio causado se enmarca dentro de la modalidad de lucro cesante consolidado y por ello, al caso es aplicable la siguiente fórmula:

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

Entonces,

Base de liquidación : \$737.717 + 25% = **\$922.146,25**
Tiempo de privación de la libertad : 2 años-8 meses- 25 días equivalen a **32,83 meses**
Tiempo de readaptación laboral : **8.75 meses**
Total : **41,58 meses**

$$S = \$922.146,25 \frac{(1 + 0,004867)^{41,58^{36}} - 1}{0,004867} = \$42.384.227,66$$

Así ha procedido el Consejo de Estado en casos de similares contornos³⁷:

“Respecto al cálculo del periodo de tiempo a indemnizar, la Sala precisa que inicialmente este debería ser de seis meses y doce días, espacio temporal que estuvo detenido el señor García Aguilar –supra párr. 12.1 y 12.3-. No obstante, se considera procedente extender este período por el término en que el señor García Aguilar debió quedar cesante una vez recuperó su libertad definitiva, el cual se estima en una franja temporal adicional de hasta 35 semanas (8,75 meses), como lo ha considerado la Sala en oportunidades anteriores³⁸ con fundamento en la información ofrecida por el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA-³⁹ De acuerdo con lo expuesto, se procede a calcular el monto correspondiente al lucro cesante, así:

Valor del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de esta sentencia⁴⁰: \$689 454 Pesos.
Aumentado en un 25% por concepto de prestaciones sociales: \$861 817 pesos.

Teniendo en cuenta lo anterior, se calculará el lucro cesante a partir de la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$
$$S = \$861\ 817 \times \frac{(1+0,004867)^{15,15} - 1}{0,004867} = \$13\ 515\ 851$$

Así las cosas a título de perjuicio material en la modalidad de lucro cesante, se reconocerá a la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA la suma de cuarenta y dos millones trescientos ochenta y cuatro mil doscientos veintisiete pesos con sesenta y seis centavos (**\$42.384.227,66**).

De la condena en costas

Guiado el Juzgado por el Criterio objetivo valorativo para la imposición de costas procesales, esbozado entre otras providencias en la sentencia de 7 de abril de 2016,

³⁶ Equivale a los meses transcurridos desde el 16 de septiembre de 2011 hasta el 11 de junio de 2014

³⁷ SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, sentencia de 5 de diciembre de 2016, expediente: 73001-23-31-000-2010-00033-01(42611)

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 28 de mayo de 2015, exp. 36688. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

³⁹ Uribe G., José Ignacio y Gómez R., Lina Maritza, “Canales de búsqueda de empleo en el mercado laboral colombiano 2003”, en Serie Documentos Laborales y Ocupacionales, n.º 3, Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, SENA-Dirección General de Empleo y Trabajo, Bogotá, junio de 2005, p. 22 Fuente citada por la Sala en sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 13168, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

emitida por el Consejo de Estado, con ponencia del Doctor WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, en el radicado 1291-2014, en el presente asunto, considera el Despacho que hay lugar a su imposición pues al margen de cualquier consideración subjetiva en torno al comportamiento de las partes, es evidente que la parte vencedora, en este caso la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA y OTROS han tenido que incurrir en gastos de defensa judicial, expresados tanto en recursos físicos (papelería, cds, etc) como en la contratación de apoderado para la adecuada defensa de sus intereses, razón por la cual el Juzgado considera razonable imponerlas en proporción del 1% de la cuantía de la condena impuesta y que determina la competencia de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, suma que equivalente a un millón ciento sesenta y un mil quinientos cincuenta y nueve pesos (**\$1.161.559**) las cuales se liquidaran de conformidad con lo establecidos en los artículos 365 y 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo Oral De Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. **Declárase** administrativa, patrimonialmente y solidariamente responsables a la NACIÓN- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL – RAMA JUDICIAL y NACION – FISCALIA GENERAL DE LA NACION, de los perjuicios infringidos a los demandantes con ocasión de la privación injusta de la libertad de que fue objeto la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA entre el 16 de septiembre de 2011 hasta el 11 de junio de 2014, de acuerdo a lo expuesto.
2. Como consecuencia de lo anterior se condena a la NACIÓN- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL – RAMA JUDICIAL y a la NACION – FISCALIA GENERAL DE LA NACION a pagar a título de reparación del daño indemnizaciones de acuerdo con el siguiente por menor:
 - 2.1. En favor de la señora MARTHA CECILIA DIAGAMA, como víctima directa de la privación injusta de la libertad: a) La cantidad equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes como reparación del **daño moral** sufrido y b) la cantidad de cuarenta y dos millones trescientos ochenta y cuatro mil doscientos veintisiete pesos con sesenta y seis centavos (**\$42.384.227,66**), como indemnización por daño material en la modalidad de lucro cesante.
 - 2.2. En favor de YURIANA CECILIA PRIETO DIAGAMA, la cantidad equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes como reparación del **daño moral** sufrido en calidad de hija de la directa afectada.

⁴⁰ Como se expuso, se usa el SMLMV de 2016, en lugar de aquel vigente para la época de la privación en aplicación de lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y de los principios de reparación integral y equidad allí contenidos. Lo anterior, debido a que la actualización del salario mínimo legal vigente para esa época resulta inferior al valor actual del salario mínimo legal, que asciende a \$689.454 pesos.

- 2.3. En favor de EDERSON YOFRED PRIETO DIAGAMA, la cantidad equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes como reparación del **daño moral** sufrido en calidad de hijo de la directa afectada.
- 2.4. En favor de KEMBERLY YOLIMA PRIETO DIAGAMA, la cantidad equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes como reparación del **daño moral** sufrido en calidad de hija de la directa afectada
- 2.5. En favor de YUDY JOHANNA PRIETO DIAGAMA, la cantidad equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes como reparación del **daño moral** sufrido en calidad de hija de la directa afectada.
- 2.6. En favor de CARLOS JULIO CAMARGO, la cantidad equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes como reparación del **daño moral** sufrido en calidad de compañero permanente de la directa afectada.
3. **Niéguense** las demás pretensiones de la demanda.
4. Sin perjuicio de la solidaridad en el reconocimiento de la responsabilidad que opera en favor de los demandantes, se declara que la distribución de la indemnización entre las entidades demandadas es del 60% a cargo de la RAMA JUDICIAL y del 40% a cargo de la FISCALIA GENERAL DE LA NACION.
5. La sentencia se cumplirá en los términos del artículo 192 y concordantes del CPACA y devengará intereses moratorios conforme al inciso 3 de esta disposición. Para lo anterior, se dispone remitir las comunicaciones correspondientes, de conformidad con lo previsto en los incisos finales de los artículos 192 y 203 de la Ley 1437 de 2011.
6. Se condena en costas a la NACIÓN – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL – RAMA JUDICIAL y NACION – FISCALIA GENERAL DE LA NACION. Liquidense oportunamente teniendo en cuenta el valor de las agencias en derecho determinado en la parte motiva de esta sentencia y conforme a los artículos 365 y 366 del CGP.
7. Reconocer a la abogada NUBIA AMPARO RAMIREZ MIRADA como apoderada judicial de la NACION – FISCALIA GENERAL DE LA NACION en los términos y para los fines indicados en el poder obrante a folio 148.
8. **En firme** ésta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.


FABIÁN ANDRÉS ROBRIGUEZ MURCIA
Juez

