



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**  
**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO**

Sogamoso, mayo trece (13) del año dos mil veinte (2020)

*Referencia:*      *Reparación Directa*  
*Radicado:*        *15238-3333-002-2018-00132-00*  
*Demandante:*    *Fabio Nelson Vargas Alarcón y otros*  
*Demandado:*     *Nación - Fiscalía General de la Nación*

## 1. ASUNTO

Corresponde al Despacho decidir<sup>1</sup> de fondo el proceso de la referencia, mediante sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia.

## 2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de reparación directa consagrado en el artículo 140 del CPACA, los demandantes abajo relacionados por intermedio de apoderado judicial, pretenden se declare administrativamente responsable a la Nación - Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios materiales y morales generados con ocasión de la privación de la libertad de que fue objeto el señor Fabio Nelson Vargas Alarcón, durante el periodo comprendido entre el 30 de Noviembre de 2007 al 23 de septiembre de 2009.

Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la entidad demandada a pagar los perjuicios de orden material y moral que a continuación se relacionan.

**Perjuicios materiales** en favor de Fabio Nelson Vargas Alarcón

Calculados en la suma de \$46.473.000 (fl.41) discriminados así:

- **Daño emergente:** Gastos Honorarios de la defensa por la suma de \$10.000.000, con su actualización a la fecha de pago.
- **Lucro cesante:** Por concepto de ingresos mensuales la suma de \$2.000.000, en razón de la actividad de explotación y comercialización de madera aserrada.

**Perjuicios morales:** Solicita para cada uno de los demandantes, el monto que a continuación se indica, expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV)

---

<sup>1</sup> Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

DEMANDANTE	RELACIÓN CON LA VICTIMA DIRECTA	MONTO (SMMLV)
FABIO NELSON VARGAS ALARCON	Victima	100
LUZ AMÉRICA ÁVILA NIÑO	Compañera	100
JORGE ANTONIO VARGAS PÉREZ	Padre	100
EDGAR ALIRIO VARGAS ALARCON	Hermano	50
JOSE WILLINTON VARGAS ALARCON	Hermano	50
DORA EMILCE VARGAS ALARCON	Hermana	50
JORGE ANTONIO VARGAS ALARCON	Hermano	50
CESAR AUGUSTO VARGAS ALARCON	Hermano	50
JUAN ANDRES VARGAS ALARCON	Hermano	50

Solicita que la sentencia se profiera ajustando los valores por IPC y sea ejecutada conforme a los artículos 187, 188 y 190 del CPACA.

### 3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que respaldan las pretensiones de la demanda, se pueden resumir de la siguiente manera (fls.12-15):

Señala la demanda que el día 27 de febrero de 2007, la Fiscalía 15 Especializada Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de Bogotá, libró orden de captura en contra Fabio Nelson Vargas Alarcón, en calidad de presunto autor de delito de *homicidio en persona protegida*, con ocasión a los hechos acaecidos en el mes de mayo de 2004, en desarrollo de la operación militar “*eficacia uno*”, decisión que fue confirmada en segunda instancia, por la Fiscalía 46 de la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, el día 22 de noviembre de 2007.

Agrega que el 30 de noviembre de 2007 fue capturado por el CTI de Socha, misma fecha en la que el Fiscal 46 de la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, libró boleta de encarcelación ante el director de la Cárcel Modelo de Bogotá.

Además de señalar aspectos relevantes del desarrollo del proceso penal, la demanda indica que por auto del 23 de septiembre de 2009, el Juez Segundo Penal del Circuito de Sogamoso, concedió libertad provisional al señor Fabio Nelson Vargas Alarcón, luego, el 19 de diciembre de 2012 profiere sentencia absolutoria, decisión que fue apelada por la Fiscal 3 Especializada Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de Bogotá.

El citado recurso de alzada fue decidido mediante providencia del 12 de febrero de 2016 proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el sentido de confirmar la absolución del aquí demandante, decisión que cobró firmeza el 11 de mayo de 2016.

### 4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Fiscalía General de la Nación**, contestó la demanda a través de apoderada (fl.306-315), quien se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda aduciendo que no se estructura responsabilidad alguna, indicando que la actuación se surtió conforme a la Constitución Política, por lo que considera que no es ajustado predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ni tampoco error, toda vez que la Fiscalía obró como ente investigador, con base en lo dispuesto por el Art. 250 de la CP y el Acto Legislativo 003 de 2002.

ltera que las actuaciones surtidas por la Fiscalía General de la Nación, se desarrollaron conforme a la legislación aplicable para la época, agrega que los últimos recursos fueron objeto de estudio por parte de la Rama Judicial, donde al parecer se genera la demora.

Propone la eximente de responsabilidad de *culpa exclusiva de un tercero*, señalando que la entidad no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, refiriendo a la actuación de la Rama Judicial al resolver los distintos recursos que fueron interpuestos, posteriormente, hace mención a la sentencia del 6 de abril de 2011 del Consejo de Estado dentro del radicado 19001233100199900203-01 (21653), CP Ruth Stella Correa Palacio, en lo referente a la verificación por el Juez Contencioso de la aplicación correcta del *in dubio pro reo* y argumenta que la antijuricidad del daño no es automática (Sentencia C-037 de 1996) explicado en la sentencia del 12 de noviembre de 2014 del Consejo de Estado (Radicación interna 30.079) en sus dos dimensiones: el menoscabo y que este no sea soportable, para concluir que en este caso el referido daño no tiene entidad de antijurídico.

## 5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 12 de abril de 2018 ante la Oficina de Servicios Judiciales de Duitama (fl.283), correspondiéndole al Juzgado Tercero Administrativo de dicho Circuito, el cual mediante auto calendarado el 17 de mayo de 2018 (fl.285) dispuso remitirla por competencia a los Juzgados Administrativos de Sogamoso, siendo asignada por reparto a este Despacho (fl.289).

Previo al estudio de admisión de la demanda, por auto del 8 de junio de 2018 (fl.291) se ordena obtener documentación y recibida la misma, por auto de 6 de agosto de 2018 (fl.294), se admitió la demanda, siendo notificada el 21 de agosto de 2018 (fl.299-300) se corrió traslado por 30 días para contestar la demanda, atendido por la Fiscalía General de la Nación con escrito recibido el 06 de noviembre de 2018 (fl.306-335); se corrió traslado a las excepciones (fl.337-338).

Por auto del 10 de diciembre de 2018 (fl.340) se tuvo por contestada la demanda por la entidad demandada, así mismo, se citó a las partes para audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el día 29 de abril de 2019 (fl.342-345), en esta diligencia se declaró no fundada la excepción previa de “Falta de legitimación en la causa por pasiva de hecho”, y se fijó fecha para la realización de la audiencia de pruebas.

En ese orden, el día 26 de agosto de 2019 se celebró la audiencia de que trata el art. 181 del CPACA (fl.358-360), en la que luego de agotar el debate probatorio, se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, concediendo el mismo término al Ministerio Público para que rindiera concepto.

## 6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la **Fiscalía General de la Nación** en sus alegatos de conclusión (fl.361-378), señala que no se demostró la responsabilidad patrimonial de su representada, sostiene además que en el *sub examine* no se configura los supuestos esenciales que permitan estructurar algún tipo de responsabilidad.

Posteriormente, hace referencia al art. 356 de la ley 600 de 2000, enfatizando que para la imposición de la medida de seguridad, solo bastaban dos indicios graves de responsabilidad, requisito que estuvo más que satisfecho en la investigación penal adelantada contra el señor Fabio Nelson Vargas Alarcón, como presunto autor del delito de homicidio.

itera lo manifestado en la contestación de la demanda sobre la falta de legitimación en la causa de la Fiscalía General de la Nación en el *sub lite*, citando para tal fin los arts. 399, 400 de la Ley 600 de 2000 así como el art. 37 de la Ley 599 de 2000.

Así mismo, refiere los arts. 65, 68 y 70 de la Ley 270 de 1996, para indicar que el régimen de privación de la libertad solo estima completo cuando supera el juicio autónomo sobre la culpa grave o dolo de la víctima, adicionalmente, cita algunos radicados de sentencias del Consejo de Estado que abordan el tema (*fl.365*).

En ese orden, concluye que el señor Fabio Nelson Vargas Alarcón debía soportar la investigación pues en el momento de los hechos se desempeñaba como miembro del Ejército Nacional, reiterando que el trámite adelantado por la entidad demandada se realizó con apego a la ley.

Con relación a los daños morales y materiales, manifiesta que de acuerdo a los testimonios los hermanos del precitado señor se encontraban dispersos en diferentes ciudades, además los testigos refirieron no conocerlos.

Aunado a lo anterior, la apoderada cita un aparte de la Sentencia de Unificación fechada el 18 de julio de 2019, dentro del expediente 13001-2331-000-2009-00133-01, proferida por el Consejo de Estado.

La **parte demandante** no presentó alegatos finales y el **Ministerio Público** no rindió concepto en este proceso.

## 7. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver concierne a establecer si se debe declarar la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Nación - Fiscalía General de la Nación por los perjuicios materiales y morales reclamados por los demandantes con ocasión de la privación de la libertad del señor FABIO NELSON VARGAS ALARCÓN durante el periodo comprendido entre el entre el 30 de Noviembre de 2007 al 24 de septiembre de 2009, fecha en la cual efectivamente recobró su libertad, lapso que corresponde a **664 días** (22,13 meses), quien fue vinculado a un proceso penal como presunto coautor del delito de *homicidio en persona protegida*, por hechos ocurridos en el mes de mayo de 2004, en desarrollo de la operación militar “*Eficacia Uno*”, proceso penal que terminó con sentencia absolutoria, decisión confirmada en sede de apelación y que cobró firmeza el 11 de mayo de 2016.

## 8. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD - TÍTULO DE IMPUTACIÓN

El artículo 90 de la Constitución Política, predica que el Estado es responsable patrimonialmente de los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas. Tal como ha sido definido por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado<sup>2</sup>, la responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio.

Ahora bien, a nivel jurisprudencial el tema de la responsabilidad derivada de la privación injusta de la libertad no ha sido un tema pacífico, es así que el H. Consejo de Estado, a través de su Sección Tercera - encargada de definir en última instancia las problemáticas que se presentan de esta índole-, no ha mantenido un criterio

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado Sección Tercera; Sentencia de agosto 13 de 2008; Exp. 17042; CP Enrique Gil Botero.

uniforme y por el contrario en sus decisiones pueden identificarse varias etapas o líneas jurisprudenciales<sup>3</sup>, a saber:

Una primera etapa en la cual se dio aplicación a la *teoría subjetiva o restrictiva*, en la que se sostuvo que la responsabilidad por la privación injusta de la libertad tenía su fundamento en un *error judicial*<sup>4</sup>, esto es, por la ausencia de una decisión correcta, “conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso”<sup>5</sup>.

En la segunda etapa, la Corporación señaló que la necesidad de probar la *falla o error judicial de la detención*, solo era exigible en aquellos eventos diferentes a los contemplados en el artículo 414 del derogado Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal - CPP), puesto que en los casos contemplados en la referida norma, por virtud de la ley, existe la presunción que la privación fue injusta, bajo la premisa de la *responsabilidad objetiva del Estado*, esta línea ha quedado explicada en los siguientes términos:

*“Una segunda línea jurisprudencial entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 (absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible) la responsabilidad es objetiva, por lo cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa. Se consideró, además que, en tales eventos, “la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad”, pero se precisó que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención. Nótese que la jurisprudencia encontró, en el artículo 414 del derogado C.P.P., dos preceptos. Un primer segmento normativo, previsto en su parte inicial, conforme a la cual “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios”, que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad del Estado por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual amerita su demostración bien por error o ilegalidad de la detención. La segunda parte de la disposición, en cambio, tipificaría los tres únicos supuestos (absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible) que, probados, daban lugar a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, o lo que es igual, no era menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad.”<sup>6</sup>*

Una tercera etapa de la línea jurisprudencial, reitera el carácter injusto atribuido por la ley a aquellos casos enmarcados dentro de tres supuestos antes mencionados previstos en el artículo 414 del derogado CPP y se establece que el fundamento de la responsabilidad del Estado en tales eventos derivaba de la *antijuridicidad del daño* sufrido por la víctima, en tanto que ésta no tiene la obligación jurídica de soportarlo y no de la antijuridicidad de la conducta del agente del Estado.

Esta etapa que puede calificarse como “*amplia*” sostiene que la responsabilidad por privación injusta de la libertad va más allá de los tres supuestos normativos del mencionado artículo 414, por lo que la obligación de reparación surge cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria o preclusión de la investigación, incluyendo el evento del *in dubio pro reo*, responsabilidad estatal que se mantiene pese a que para la privación se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que si bien es cierto el Estado tiene el deber jurídico de investigar, es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el

<sup>3</sup> Sentencia de 2 de mayo de 2007, CP Mauricio Fajardo Gómez, Rad. 73001-23-31-000-1997-15879-01(15989). Reiterada en Sentencia del 30 de marzo de 2012, CP Jaime Orlando Santofimio Rad. 66001-23-31-000-2004-00774-01(33238)

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 1 de octubre de 1992, Exp.: 10923.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 2 de mayo de 2005, Exp.: 15989.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 4 de diciembre de 2007, Expediente 15498, CP Enrique Gil Botero.

Estado Social de Derecho, vea limitado su derecho a la libertad para luego resultar absuelto del cargo imputado, como explica el alto Tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa en sentencia de 2013<sup>7</sup>, la cual se cita in extenso, para conocer cada variable analizada. Veamos:

2.3.2. (...)

*Durante los últimos años la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha efectuado importantes desarrollos jurisprudenciales que evidencian una clara tendencia orientada a allanar el camino hacia la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, en línea de principio, a supuestos en los cuales una persona se ve privada de la libertad por orden de autoridad judicial dentro de un proceso penal y posteriormente resulta exonerada de responsabilidad dentro de dicho plenario, particularmente cuando la aludida exoneración encuentra sustento en la duda que debe ser resuelta en favor del sindicado; en ese sentido se pronunció la Sala en sentencia del 4 de diciembre de 2006, en la cual se expresó que aunque la medida de aseguramiento se hubiere proferido con estricto apego a las exigencias y requisitos establecidos en las normas vigentes, la posterior absolución del procesado determina que, salvo que se acredite la concurrencia de una causal eximente de responsabilidad como el hecho exclusivo y determinante de la víctima, ésta no tiene el deber jurídico de soportar los daños que la detención le irroga, “[Y] esa consideración no se modifica por el hecho de que la absolución se haya derivado de la aplicación del multicitado principio “in dubio pro reo”, pues la operatividad del mismo en el sub júdice no provee de justo título - ex post- a una privación de libertad por tan prolongado período, si el resultado del proceso, a su culminación y de cara a la situación del aquí demandante, continuó siendo la misma que ostentaba antes de ser detenido: no pudo desvirtuarse que se trataba de una persona inocente”<sup>32</sup>.*

(...)

*En primer lugar, (...) se trata de un título de imputación o de un régimen de responsabilidad cuyo fundamento debe ubicarse directamente en el artículo 90 de la Constitución Política y no en un precepto legal, hoy derogado, como el contenido en el otrora vigente artículo 414 del Decreto 2700 de 1991; éste constituía un referente normativo cuya existencia bien puede decirse que contribuía a respaldar el análisis que debe realizarse respecto de la responsabilidad del Estado por el hecho de las autoridades jurisdiccionales bajo la égida del artículo 90 constitucional, pero dicho examen ha debido —en vigencia del citado artículo 414— y debe en la actualidad—incluso al amparo de lo normado por los artículos 65 a 74 de la Ley 270 de 1996, según más adelante se indicará—, centrarse en establecer si se ha producido un daño antijurídico, esto es, que la víctima no se encuentre en el deber jurídico de soportar y si el mismo resulta jurídicamente imputable a la acción o a la omisión de una autoridad pública —adscrita a la Rama Judicial, para efectos del tipo de eventos a los cuales se viene haciendo referencia—, únicos presupuestos a los cuales hace referencia el canon constitucional en mención.*

(...)

*De otro lado, como en anteriores oportunidades lo ha expuesto la Sala, resulta pertinente explicar por qué que no se requiere, ineludiblemente, la concurrencia de un error jurisdiccional o de una detención arbitraria u ordenada mediante providencia contraria la ley para que se pueda abrir paso la declaratoria judicial de responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona, puesto que a tal efecto lo único que se hace menester, atendiendo a los preceptuado por el varias veces mencionado artículo 90 constitucional, es que se acredite la causación de un daño antijurídico a la persona privada de su libertad y que ese detrimento resulte imputable a la acción o a la omisión de la autoridad judicial respectiva.*

<sup>7</sup> Consejo de Estado en sentencia del 17 de octubre de 2013, Radicación No. 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354), CP Mauricio Fajardo Gómez

Lo anterior resulta igualmente predicable de aquellos eventos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal del sindicado privado de su libertad se sustenta en la aplicación del principio *in dubio pro reo*, más aún si se tiene en cuenta que en la mayor parte de tales casos, lo que se apreciará es que las decisiones judiciales adoptadas dentro del proceso penal respectivo resultan rigurosamente ajustadas a Derecho. Empero, la injusticia de la privación de la libertad en éstos —como en otros— eventos no deriva de la antijuridicidad o de la ilicitud del proceder del aparato judicial o de sus funcionarios, sino de la consideración consistente en que la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar los daños que le irroga una detención mientras se adelantan la investigación o el correspondiente juicio penal pero que a la postre culmina con la decisión absolutoria o pronunciamiento judicial equivalente que pone en evidencia que el mismo Estado que ordenó esa detención no pudo desvirtuar la presunción constitucional de inocencia que siempre al afectado: antes, durante y después de los aludidos investigación o juicio de carácter penal.

(...)

d. Todos los argumentos hasta ahora desarrollados cobran mayor fuerza si se tiene en cuenta que tanto el fundamento como los intereses o derechos que se encuentran en juego en asuntos como el sub examine, radicado en cabeza de la persona preventivamente privada de la libertad mientras se surten la investigación penal o el correspondiente juicio, cuya absolución posteriormente se decide en aplicación del beneficio de la duda, corresponde, ni más ni menos, que a la presunción constitucional de inocencia, como garantía consustancial a la condición humana y de la cual, en este tipo de casos, 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 y le ha mantenido, 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.

(...)

h. 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 sindicatos 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.*

(...)

*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 exigencias 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; así lo ha reconocido la Sección Tercera del Consejo de Estado.  
(Subrayado fuera de texto)*

Esta última postura jurisprudencial es la actualmente tiene mayoritaria aplicación por la Sección Tercera del Consejo de Estado, como se verifica en reciente pronunciamiento del Agosto 15 de 2018<sup>8</sup>, en la cual se ratifica el contenido vertido en sentencia del 17 de octubre de 2013 (expediente 23.354)

Conforme a la jurisprudencia transcrita, cuando se demanda la indemnización de perjuicios por privación injusta de la libertad como título de imputación, el estudio de la responsabilidad debe efectuarse bajo el régimen de **responsabilidad objetiva** del Estado y se impone su declaración en todos los eventos en los cuales, quien ha sido privado de la libertad es absuelto o se precluya la investigación a su favor, cuando en el proceso que dio lugar a la detención o restricción de la libertad, se determine: *i*) el hecho no existió; *ii*) el sindicado no lo cometió *iii*) la conducta es atípica; finalmente también es responsable el Estado por los daños ocasionados en virtud de la privación injusta de la libertad de una persona cuando es absuelta por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Así, aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación a cargo del Estado de indemnizar los perjuicios que le fueren irrogados al particular, siempre que este no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos, lo cual puede ocurrir, cuando el hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima, da lugar a que se profiera en su contra la medida de detención preventiva.

En ese orden, el asunto puesto a consideración la parte demandante plantea el tema de la responsabilidad de la administración por privación injusta de la libertad, este Despacho Judicial abordará el estudio del caso en concreto bajo el régimen de responsabilidad objetiva.

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), Sentencia del 15 de Agosto de 2018, CP Carlos Alberto Zambrano

## 9. DEL DAÑO ANTIJURIDICO

El daño antijurídico es el elemento indispensable para la configuración de la responsabilidad del Estado y tiene su origen *prístino* en la Constitución Política de 1991, también lo es, que la Carta no lo define en forma expresa, por lo que dicho concepto resulta ser particularmente indeterminado, de ahí que la definición más próxima ha sido elaborada a nivel jurisprudencial, entendiéndolo como aquel perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, es decir, es el menoscabo de las facultades jurídicas para disfrutar de un bien, ya sea patrimonial o extra-patrimonial.

En palabras textuales del Consejo de Estado<sup>9</sup>, *“El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “irrazonable,” sin depender “de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración”.*

Valiéndose de diferentes posiciones doctrinales, el Consejo de Estado ha sido reiterativo al advertir, que el daño, a más de ser el primer elemento de la responsabilidad del Estado -como es obvio-, es un elemento imprescindible para la configuración de ésta, de tal suerte que *“sin él, no hay lugar a declararla, por lo que en su ausencia, resulta inoficioso verificar si se halla o no demostrada la imputación del daño a la entidad demandada”*<sup>10</sup>

La jurisprudencia en cita del 15 de Agosto de 2018 del Consejo de Estado<sup>11</sup>, explica ampliamente el espectro en el que debe analizarse la calificación de la *antijuricidad* del daño demostrado, ante la eventual configuración de las *eximentes de responsabilidad del Estado*, así:

*Ciertamente, unas son las circunstancias en las que a la decisión absolutoria se arriba como consecuencia de la ausencia total de pruebas en contra del sindicado, lo que afecta, sin duda, el sustento fáctico y jurídico de la detención preventiva, pues no puede aceptarse de ninguna manera que, pese a la falta de pruebas o indicios, el Estado adopte la decisión de aplicar al investigado esa medida restrictiva de su libertad y le imponga efectivamente dicha carga y otras, en cambio, son las circunstancias que tendrían lugar cuando, a pesar de haberse recaudado diligentemente la prueba necesaria para proferir medida de aseguramiento y, luego, resolución de acusación en contra del sindicado, se concluye que no hay lugar a dictar una sentencia condenatoria. En punto a lo anterior, aun cuando, para acudir a la jurisdicción administrativa y reclamar la reparación de los perjuicios que se derivan de la privación de la libertad, no se puede prescindir del pronunciamiento que pone fin al proceso penal, la atención del juez se debe centrar en determinar si el daño derivado de la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva, esto es, la privación de la libertad, se mostró como antijurídico, toda vez que en lo injusto de ella radica la reclamación del administrado, al margen de cómo haya seguido su curso la correspondiente investigación y del sustento fáctico y jurídico de la providencia de absolucón o de preclusión, según sea el caso, pues, se reitera, puede suceder que el caudal probatorio no tuvo la suficiente fuerza de convencimiento para llevar al juez a proferir una sentencia condenatoria, pero ello no da cuenta, per se, de que la orden de restricción haya llevado a un daño antijurídico.*

(...)

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2010, MP Ruth Stella Correa Palacio, Ref. 1998-00088-01 (18425)

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947) Sentencia del 15 de Agosto de 2018, CP Carlos A. Zambrano – Citada,

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

## **10. CASO CONCRETO (Demostración del daño antijurídico)**

En el asunto *sub examine* se encuentran demostrado en primer lugar el Juzgado 78 de Instrucción Penal Militar, inicio proceso penal en contra del señor FABIO NELSON VARGAS ALARCON y otras personas, por el delito de *homicidio* con fundamento en las inspecciones de cadáveres e investigación realizadas por la Fiscalía 28 de la URI de Sogamoso, con ocasión la muerte de siete personas, en hechos ocurridos el 8 de mayo de 2004 en el sitio Laureles, ubicado entre los municipios de Mongua y Labrazagrande, en desarrollo del combate presentado entre tropas del Batallón Tarquí y miembros de un grupo subversivo (C.1 1ª instancia).

Superada la etapa de instrucción, el proceso se remitió a la Fiscalía 13 Penal Militar, Despacho que mediante Resolución del 11 de septiembre de 2006, ordenó la cesación del procedimiento penal, decisión que fue apelada por el Agente Delegado del Ministerio Público. (fls.216-273 C.3 1ª instancia).

Resuelto el conflicto de competencias por el Consejo Superior de la Judicatura, el 19 de octubre de 2006, el proceso se asigna a la Fiscalía 15 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (fls.92-108 C.4 1ª instancia), dependencia que mediante Resolución de 27 de febrero de 2007 calificó la conducta punible como *homicidio en personal protegida*, tipo penal contemplado en el art. 135 Ley 599/2000, y además dispuso decretar medida de aseguramiento en contra de los sindicados. (fls.65-117 C.5 1ª instancia y fls 100-154 Reparación) en cuyo cumplimiento, se libró la orden de captura No.100009326 en contra del aquí demandante VARGAS ALARCON (fl.124 C.5 1ª instancia).

El 03 de septiembre de 2007 se calificó el mérito del sumario y se profirió Resolución de acusación en contra del señor FABIO NELSON VARGAS ALARCON y otros, como presuntos autores en concurso homogéneo y sucesivo del delito de homicidio en persona protegida (fls.165-219 C.7 1ª instancia). Decisión que fue objeto de apelación y confirmada en el 22 de noviembre de 2007 por la Fiscalía 46 de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Bogotá, fecha a partir de la cual cobró firmeza la resolución de acusación.

El 17 de diciembre de 2007 se remitió el proceso, correspondiendo por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso, Despacho que el día 16 de enero de 2008 avocó conocimiento de la causa, radicándola bajo el No. 2008-0002. (fl.291 C.7 1ª instancia) y adelantó la audiencia preparatoria el 13 de marzo de 2008 (fl.28-40 C.8 1ª instancia) y 14 de abril de 2008 (fl.55-70 C.8 1ª instancia).

Así mismo, se llevó a cabo la audiencia pública, que se inició el 19 de mayo de 2008 con el interrogatorio del señor Vargas Alarcón, y se ordenó continuarla el 11 de agosto de 2008 (fl.107-118 C.8 1ª instancia y fls.153-185 C.9 1ª instancia).

El 10 de diciembre de 2008 se realizó la tercera sesión de la audiencia pública en la cual se continuó con el interrogatorio del Sargento Jaime Orlando Piragua (fls.202-

217 C.9 1ª instancia), señalando el 29 de enero de 2009 como fecha para reanudar la audiencia, así el 29 de enero se prosiguió con la diligencia, y se continuó el 30 de enero de 2009 (fls.223-225 C.9 1ª instancia), en esta oportunidad se fijaron los días 16, 17 y 18 de marzo de 2009 para seguir con la audiencia pública de Juzgamiento, llegadas dichas fechas se realizaron las respectivas audiencias (fls.248, 249-250 y 253-254 C.9 1ª instancia).

En la sesión efectuada el 18 de marzo de 2009, se fijaron los días 9, 10 y 11 de junio de 2009 para continuar con la audiencia de juzgamiento, fechas en las cuales se desarrolló lo pertinente (fls.86-90 C.10 1ª instancia), anunciando que se seguiría la audiencia el 7, 8 y 9 de septiembre de 2009.

En auto de 30 de junio de 2009, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso indicó que no era posible continuar la audiencia pública de juzgamiento los días 7, 8 y 9 de septiembre de 2009, por tanto, las reprogramó para el 14,15 y 16 de septiembre de 2009 (fl. 91 C.10 1ª instancia).como en efecto se realizó en esa fechas y encontrándose en la etapa de alegaciones finales, a petición de algunos de los procesados, se dispuso aplazar la audiencia, indicando que su abogado defensor no estaba presente en la diligencia, en consecuencia, se fijó el 24 de septiembre de 2009 como fecha para seguir con la audiencia pública (fl.130-135 C.10 1ª instancia).

De contera, mediante auto de 23 de septiembre de 2009, el referido Juez concedió la libertad provisional bajo caución al señor Vargas Alarcón, en virtud a lo dispuesto por el art. 365 del CPP, toda vez que la audiencia de juzgamiento sobrepasó los 15 meses y la norma otorga un plazo de 6 meses para agotar dicha etapa, por ello se dispuso librar la boleta de libertad No. 010/2009 de fecha 24 de septiembre de 2009 (fls.187-190 y 205 C.10 1ª instancia). No obstante, en este punto se precisa que, dentro de la decisión emitida por el funcionario judicial, se exponen las razones por las cuales la audiencia de juzgamiento fue tan demorada en dicho proceso penal.

La audiencia pública culminó el día 24 de septiembre de 2009 (fls.195-196 C.10 1ª instancia) y el 19 de diciembre de 2012 se profirió sentencia absolutoria (fls.2-55 C.11 1ª instancia y fls.168 a 221 C. Reparación), la cual fue apelada por la Fiscalía y el Procurador Judicial. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo a través de providencia de 12 de febrero de 2016 confirmó lo decidido en primera instancia (fls.25-58 C.7 2da Instancia).

Ahora bien, obra certificación de 31 de enero de 2018 suscrita por la Secretaria del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso, que acredita, entre otros aspectos, que el señor FABIO NELSON VARGAS ALARCÓN fue capturado el 30 de noviembre de 2007 por el CTI de Socha y estuvo privado de la libertad hasta el 24 de septiembre de 2009, también se indicó que la sentencia absolutoria cobró ejecutoria el 11 de mayo de 2016 (fls.250-256 C.11 1ª instancia).

Conforme a la documental antes referida, es claro que en el caso particular, la privación de la libertad de que fue sujeto el señor FABIO NELSON VARGAS ALARCON durante el periodo comprendido entre el 30 de noviembre de 2007 hasta el 24 de septiembre de 2009, es demostrativo de la generación de un daño cierto, determinado y susceptible de ser cuantificado.

En segundo plano, se entra a verificar si el referido daño es antijurídico, para lo cual se precisa que en el *sub examine* la norma aplicable para determinar la procedencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva era el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, norma vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, que dispuso:

*“Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso”, así mismo contempló: “No procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad”.*

Ahora bien, sobre la justificación para la aplicación de la medida de aseguramiento (fls.65-117vto C.5 1ª instancia y fls 100-154 Reparación), el Fiscal 15 Especializado UDH y DIH, argumentó que el delito en persona protegida descrito en el art. 135 del Código Penal tiene prevista una pena que supera los cuatro años, por tanto se encuentra cumplido el requisito establecido en el numeral 1 del art. 357 del CPP (Ley 600 de 2000).

El órgano investigador continuó tejiendo su tesis refiriendo a la existencia de dos indicios graves de responsabilidad, basado en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso, con el siguiente argumento:

*“(…) surgen al interior del proceso los elementos probatorios, que comprometen gravemente la responsabilidad de los aquí vinculados en el punible que se les indilga, entre ellos la declaración del menor SVN (ficticio), testigo presencial de los hechos y quien narra como miembros del Ejército que realizaron la operación dispararon contra su progenitora María Ana Aire Niño y su hermana Elizabeth Verdugo, el señor Miguel Guatibonza y la señora Elvia Colmenares, cuando las dos primeras salieron con las manos en alto pidiendo se les protegiera y las dos últimas personas se encontraban igualmente en total indefensión.*

*(…) tampoco se observa que los aquí procesados hayan actuado al amparo de alguna causal de ausencia de responsabilidad, siendo por lo tanto estos ciudadanos personas imputables, capaces de comprender su ilicitud y de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión, conscientes de los actos que realizaron, es decir, conoedores de las conductas ilícitas perpetradas.*

Así mismo, sobre los fines de la detención preventiva, el Fiscal del caso indicó:

*(…)La connotación que tiene tanto a nivel interno como de la Comunidad internacional un delito como el que es objeto de análisis, que lesiona bienes jurídicos de tanta trascendencia que al Estado y a la Sociedad interesa proteger, son aspectos que obviamente nos indican que no es posible dejar en libertad a unas personas a quienes se les atribuye la comisión de conductas punibles tan nocivas para la convivencia pacífica y para la seguridad de la comunidad.*

Seguidamente, el Fiscal hizo una relación de las pruebas recaudadas, las cuales valora señalando que, en el proceso se encuentra plenamente demostrado los homicidios de los tres civiles, así como de tres guerrilleros, en hechos ocurridos el 08 de mayo de 2004 en límites de los municipios de Mongua y Labranzagrande, en operativo realizado por el Pelotón especial Apocalipsis adscritos al Batallón Tarquí del Ejército. Igualmente, adujo que con base a las indagatorias rendidas por los sindicados, entre las que menciona al aquí demandante y del testimonio del menor referido, concluye que existía certeza de quienes ocasionaron la muerte de las personas precitadas.

Frente al testimonio del menor SVN (ficticio), sostuvo que le fueron practicados exámenes psiquiátricos forenses por el Instituto de Medicina Legal a petición del Juzgado 78 Penal Militar, los cuales arrojaron como resultado que no se encontró sintomatología de mitomanía, por tal razón, el Fiscal considera que dicha declaración es creíble y objetiva.

Adicionalmente, refirió que los familiares y conocidos de los occisos coinciden en sus declaraciones respecto que para el día de los hechos, Elizabeth Verdugo estaba

visitando a su madre María Aire Niño quien se encontraba enferma, que la señora Elvia Colmenares, había sido llamada a lavar ropa y que el señor Miguel Guatibonza había sido invitado a tomándose un guarapo.

También manifestó: *otro de los aspectos a considerar es la concordancia del dicho del menor testigo con las evidencias encontradas por los peritos especialistas que elaboraron los protocolos de necropsia de los cuerpos de María Ana Aire Niño, Elizabeth Verdugo y Elvia Colmenares, en los que se señala que presentan anillos de contusión en los orificios de entrada de los proyectiles, lo que coincide con la narración del menor respecto que a estas personas les dispararon en forma directa ocasionándoles la muerte cuando estaban fuera de la casa.*

Luego, se pronunció sobre los testimonios rendidos por familiares y personas, quienes de forma unánime señalaron que las cuatro personas antes citadas, eran personas trabajadoras, que no fueron observadas con armas ni uniformes y que no pertenecían a grupo armado ilegal, además, manifestaron que los guerrilleros que ocupaban la región donde ocurrieron los hechos y que mediante amenazas e intimidaciones se quedaban en las casas contra la voluntad de sus ocupantes.

Agregó que en ninguna de las versiones rendidas por los implicados, se admitió haber visto los cuerpos de las víctimas durante el tiempo que duraron los disparos, ni haber disparado en dirección a la casa, a continuación, el Fiscal 15 Especializado UDH y DIH, efectuó un análisis respecto de lo aducido por cada sindicado, y luego determinó:

*(...) Como en los procesados anteriores se observa los indicios de presencia, capacidad y aptitud para cometer el reato y de mentira, que con los demás medios probatorios arrojados a la actuación comprometen la responsabilidad del sindicado cumpliéndose las previsiones establecidas en los artículos 356 y 357 del Código de Procedimiento Penal para proferir en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva.*

De otro lado, en el fallo de primera instancia proferido el 19 de diciembre de 2012 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso (fls.168 a 221 C. Reparación), el a quo hizo alusión a los alegatos finales de los sindicados, posteriormente efectuó el examen de las pruebas incorporadas al proceso, así:

*Como se señaló anteriormente, las citadas y demás pruebas recaudadas en el transcurso de la actuación, ofrecen al despacho duda sobre la condición de pertenecientes a las fuerzas armadas ilegales que operaban para entonces en el municipio de Labranzagrande de Elvia Colmenares, María Ana Aire Niño Vargas, Miguel Guatibonza y Elizabeth Verdugo y asimismo sobre la participación activa de estas para el momento de enfrentamiento que se suscitó con quienes si pertenecían al grupo del frente 38 de las FARC que hacía presencia en la casa de Alejandro Verdugo para el 8 de mayo de 2004.*

Adujo entonces, que al generarse duda, sería improbable señalar que se reúnen las condiciones normativas del tipo penal de *homicidio en persona protegida* endilgado, y decide continuar el análisis del asunto con el delito de *homicidio*, tipificado en el art. 103 del CP. (fl.218 C.reparación)

En ese orden, el Juzgado de instancia determinó que los miembros del Ejército iban a cumplir su misión táctica, lo cual se truncó por el grupo subversivo que se hallaba en la vivienda, al punto que no se alcanzó a lanzar la proclama general, lo que conllevó a la muerte de los tres civiles, de quienes no logró demostrarse su militancia al grupo subversivo, ni tampoco ser ajenas a sus ideales y prácticas, pero lo que si se demostró es que desde la vivienda existió hostigamiento, circunstancia que ocasionó la reacción del Ejército.

Concluyó entonces el Juez de conocimiento que no había elementos para desvirtuar el dicho de los investigados y declaró que la conducta típica adelantada por ellos estuvo justificada en el *cumplimiento de un deber legal*, al tenor de lo previsto por numeral 3º del art. 32 del Código Penal, razón por la cual resolvió absolverlos de los delitos de *homicidio en persona protegida y de homicidio*, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo a través de providencia de 12 de febrero de 2016.

Conforme a lo reseñado, considera este Despacho que la Fiscalía soportó indiciariamente la medida de aseguramiento impuesta al aquí demandante, sin embargo, no dio cumplimiento a lo ordenado por el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, en cuanto a que la medida no era procedente por cuanto la prueba era meramente indicativa respecto de la presunta responsabilidad o participación del imputado, sin advertir que pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad, circunstancia que se materializó en el *sub lite*.

Para sustentar lo anterior, es preciso hacer una relación de algunas de las piezas que integraban el acervo probatorio existente en el sumario penal a la fecha del 27 de febrero de 2007, cuando se impuso la medida privativa de la libertad, así:

- Diligencia de Inspección de siete cadáveres NN, realizada el 10 de mayo de 2004 (*fls.2-7 C.1-1ª instancia*)
- Oficio No. 0193 DIV5-BR1BATAR-S2-INT-252 de 10 de mayo de 2004, a través del cual se deja en disposición unos cadáveres y un material a la Fiscalía 28 de Turno “URI” de Sogamoso, en el cual se pone de presente que los cadáveres fueron dados de baja en enfrentamiento armado en desarrollo de la misión táctica “eficacia 1”. (*fl.10-11 C.1-1ª instancia*)
- Necrodáctilia (*fls.12-25 C.1-1ª instancia*)
- Declaraciones rendidas por los señores Tito Manosalva Prieto, Isidro Colmenares, Alberto Silva González, Alejandro Verdugo Corredor. De las cuales se extrae que escucharon que el día de los hechos se presentó un enfrentamiento en la casa de don Alejandro Verdugo, vivienda donde se encontraban integrantes de la guerrilla. Se advierte que la presencia estos fue corroborada por el propio Alejandro Verdugo. (*fls.34-61 C.1-1ª instancia*)
- Declaración rendida por el ST Zapata Fredy Alejandro, quien señaló que en cumplimiento de la misión táctica “Eficacia” se acercaron a la casa cuando fueron descubiertos por un poste de la guerrilla y en ese momento los que estaban en la casa empezaron a dispararles, por lo que los militares tuvieron que reaccionar. (*fls.63-64 C.1-1ª instancia*)
- Orden de operaciones No. 027 “Eficacia 1” (*fls.88-92 C.1-1ª instancia*)
- Informe de Patrullaje de fecha 10 de mayo de 2004, suscrito por ST Zapata Fredy Alejandro, comandante del Pelotón especial Apocalipsis, quien señaló en cuanto al desarrollo de la operación: (...) *la infiltración se realizó para llegar al objetivo de arriba hacia abajo siendo esta maniobra el éxito de la operación, también se utilizó hábilmente el fenómeno de la neblina ya que cuando fue totalmente espesa, la tropa se acercó hasta el objetivo sin ser detectados y de este modo se pudo dar sorpresa al enemigo y a los postas o centinelas que custodiaban la parte baja; al momento del golpe de mano en el objetivo se realizaron coordinaciones de maniobra organizando los equipos de Asalto, Apoyo y Seguridad cumpliendo a cabalidad cada uno de estos con sus funciones y neutralizando la reacción del enemigo al momento de percatarse de la tropa* (*fls.93-96 C.1-1ª instancia*)
- Diligencias de Indagatoria rendidas por ST Fredy Alejandro Zapata, SV Jaime Orlando Piragua Millán, SLP Jorge Arturo Zambrano, SLP Fabio Nelson Vargas, SLP Melkis Loaiza Loaiza, SLP Nelson Ayala Bautista y SLP Omel Rangel Santamaría, quienes

sostienen que el día de los hechos se encontraba cumpliendo una misión táctica y que se presentó un enfrentamiento. (fls.97-126, 130-144, 157-172, 258-263 C.1-1ª instancia)

- Declaración rendida por el señor Oviedo Fernández, quien se indicó conocer a tres de los fallecidos como subversivos. (fls.127-129 C.1-1ª instancia)
- Protocolos de Necropsia No. 77, No 75, No. 74 y No 73, practicados a los cuerpos de Miguel Guatibonza Gutiérrez, María Anaire Niño, Elizabeth Verdugo Niño y María Elvia Colmenares, en los cuales se hace referencia a que según lo informado fallecieron en un enfrentamiento armado, y concluyeron que las muertes se ocasionaron con proyectil de arma de fuego. (fls.222-229 y 238-252 C.1-1ª instancia)

De las pruebas hasta aquí enunciadas, se colige que el señor Fabio Nelson Vargas Alarcón participó activamente en los hechos acaecidos el 08 de mayo de 2004 en límites de los municipios de Mongua y Labranzagrande, en operativo realizado por el Pelotón especial Apocalipsis adscrito al Batallón Tarquí del Ejército, grupo del que hacía parte; así mismo se acreditó plenamente que en esos hechos resultaron muertos las señoras María Ana Aire Niño, Elizabeth Verdugo, Elvia Colmenares, no obstante, también se advierte la existencia de suficiente prueba indicativa de que el actor pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad contenidas en el artículo 32 de la Ley 599 de 2000 -Código Penal-, atendiendo a las circunstancias en que sucedieron los hechos y que eran conocidas al momento de imponer la medida de aseguramiento, a saber: la presencia de subversivos en el lugar, la existencia de una misión táctica que justificaba la presencia de los militares en el sector, y las pruebas indicativas que lo sucedido fue con ocasión de un enfrentamiento armado.

En este orden, se desprende que el Fiscal 15 Especializada UNDH y DIH, al momento de expedir la Resolución de 27 de febrero de 2007, a través de la cual calificó la conducta punible y dispuso decretar medida de aseguramiento en contra del aquí demandante, contaba con medios probatorios que le indicaban que el señor Fabio Nelson Vargas pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad, de ahí que en el fallo de primera instancia la Juez haya afirmado que los sindicatos *actuaron en estricto cumplimiento de un deber legal al tenor de lo previsto en el artículo 32 numeral 3º del Código Penal*, decisión que fue confirmada en segunda instancia, como ya se reseñó, por lo que es claro que al momento de tomar la decisión de dictar la medida, pese a la existencia de los dos indicios de responsabilidad que exige la ley para proceder de conformidad, se desatendió el principio de favorabilidad en favor del sindicato, dejando de observar la presencia de las referidas causales eximentes que los desvirtuaban en esa etapa procesal inicial.

En consonancia con lo expuesto y la postura unificada de la Sección Tercera del Consejo de Estado en cita, se encuentra que en el presente caso que la privación de la libertad del señor Fabio Nelson Vargas Alarcón durante periodo comprendido entre el 30 de noviembre de 2007 hasta el 24 de septiembre de 2009, demuestra un daño *antijurídico*, puesto que no tenía el deber de soportarlo.

## 11. JUICIO DE IMPUTACION

La imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace al Estado, del daño antijurídico padecido, y por el que en principio estaría en la obligación de responder.

Ahora bien, en el *sub lite* está ampliamente demostrado que la Fiscalía 15 Especializada UNDH y DIH, mediante Resolución de 27 de febrero de 2007 dispuso decretar medida de aseguramiento en contra del señor Fabio Nelson Vargas Alarcón, (fls.65-117 C.5 1ª instancia y fls 100-154 Reparación), para lo cual se libró la orden

de captura No. 100009326, y en cumplimiento de esta fue capturado el 30 de noviembre de 2007 por el CTI de Socha (fl.124 C.5 1ª instancia).

Se acreditó que una vez calificado el sumario, el proceso se remitió a los Juzgados Penales del Circuito de Sogamoso (reparto), correspondiéndole al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso, Despacho que el día 16 de enero de 2008 avocó conocimiento de la causa. (fl.291 C.7 1ª instancia).

Mediante auto de 23 de septiembre de 2009, la Juez Segundo Penal del Circuito de Sogamoso concedió la libertad provisional bajo caución al señor Vargas Alarcón, en virtud a lo dispuesto por el art. 365 del CPP, y en consecuencia, se libró la boleta de libertad No. 010/2009 de fecha 24 de septiembre de 2009. (fls.187-190 y 205 Cd.10) Surtidas las respectivas audiencias, el 19 de diciembre de 2012 se profirió sentencia absolutoria (fls.2-55 C.11 1ª instancia y fls.168 a 221 C. Reparación), la cual fue apelada y posteriormente confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo a través de providencia de 12 de febrero de 2016 (fls.25-58 C.7 2da Instancia), la cual cobró ejecutoria el 11 de mayo de 2016 (fls.250-256 C.11 1ª instancia).

Entonces, de acuerdo a lo señalado en el numeral anterior de esta providencia, se establece la responsabilidad de la Fiscalía en la generación del daño al señor Vargas Alarcón, comoquiera que impuso la medida de aseguramiento al demandante, sin observación plena de la eximente estipulado en el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, circunstancia que permite considerar que tal inobservancia de la norma configura un régimen de responsabilidad subjetivo o falla en la prestación del servicio por parte del ente investigador.

Al respecto, es pertinente citar al Consejo de Estado, corporación que al estudiar un asunto referente a la aplicación del artículo 356 de la ley 600 de 2000 Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos que nos ocupa, señaló<sup>12</sup>:

*“(...) 14.3. Es decir, que desde un inicio esta fue la prueba que, en solitario, propició todas las actuaciones de la fiscalía, cuando sabido es que de acuerdo con el art. 356 de la Ley 600 de 2000 era menester la presencia de cuando menos dos indicios graves de responsabilidad para determinar la detención preventiva, sin que se avizore de las piezas procesales allegadas, por fuera de la mentada declaración y respecto del sindicado José Itamar Rojas, en qué consistió o cual fue el otro indicio requerido.*

*14.4. En esos términos, considera la Sala que la responsabilidad del Estado emerge a la luz de un régimen subjetivo o de falla en la prestación del servicio, pues el ente instructor, pese a haber llevado a cabo una investigación previa, al menos en lo que respecta a José Itamar Rojas, no logró reunir el material probatorio requerido, y aun así, impuso el más drástico de los gravámenes a la libertad, porfiándose únicamente en el señalamiento hecho por un ex miembro del grupo insurgente.*

*14.5. Se entiende que la investigación se adelantó a través del procedimiento penal inquisitivo, donde la regla general era la imposición de la medida de aseguramiento; no obstante, el rigor de la medida, sin importar el modelo al que se adscriba el procedimiento de la época, siempre ha estado supeditado a la existencia de los indicios en contra, situación que, en lo que atañe a José Itamar Rojas Rodríguez no se satisfizo en debida forma, tal como se desprende de lo expuesto con antecendencia. (...)”*

Así mismo, se resalta que en el pronunciamiento antes referido, el alto Tribunal de lo contencioso administrativo, declara la responsabilidad del daño a la Fiscalía General de la Nación, bajo el argumento comprobado, que éste (el daño), se originó en actuaciones realizadas por esta entidad investigativa, a pesar que la medida de aseguramiento se impuso el 23 de abril de 2004 y la libertad fue dispuesta por el Juez en sentencia de 17 de enero de 2006.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, CP Ramiro Pazos G., 14 de junio de 2018.Rad. 18001-23-31-000-2009-00339-01(46987)

## 12. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EXCEPCIONES

La **Fiscalía General de la Nación** propuso las siguientes excepciones (fl.306-315):

1.- Se recuerda que en audiencia inicial donde se declaró no fundada la excepción previa de *Falta de legitimación en la causa por pasiva de hecho*, y respecto de la *material*, se precisó que se definiría al momento de proferir sentencia y en el evento en que demostrara que la entidad no guarda relación alguna con los intereses inmiscuidos en la demanda, además se dispuso que en este momento procesal se analizaría la eximente de responsabilidad propuesta: *culpa exclusiva de un tercero*. Al respecto, el Despacho reitera lo señalado en precedencia, en el sentido que acogidos los postulados del régimen de responsabilidad objetiva, se establece que la privación de la libertad ordenada dentro de un proceso penal en el que posteriormente deviene la absolución, no es obstáculo para que se considere que tal situación es generadora de un *daño antijurídico* deprecado.

*Desde esa perspectiva, resulta por completo desproporcionado pretender que se le exija al citado señor que asuma, como si se tratase de una carga pública que todos los administrados deben asumir en condiciones de igualdad, la privación de su libertad.*<sup>13</sup>

En este sentido, verificada la ocurrencia del daño derivado de la privación injusta de la libertad, deviene el deber de indemnizar en atención a la responsabilidad atribuible a la entidad demandada, razón por la cual no prospera la excepción propuesta en sentido *material*.

## 13. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

La Fiscalía General de la Nación propuso el eximente de responsabilidad denominado *culpa exclusiva de un tercero*, sustentado en que la entidad no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, en atención a los antecedentes por los cuales el señor Vargas Alarcón fue vinculado al proceso penal, así como por las actuaciones de la rama judicial, al estudiar los recursos interpuestos por él.

Adujo que el Consejo de Estado ha señalado que los casos de *in dubio pro reo* derivados de deficiencias probatorias, como el *sub lite*, deben ser resueltos por el régimen de *falla en el servicio*, la cual no se observa en este asunto, para lo cual hace referencia a unas providencias judiciales.

Luego hizo alusión a la antijuridicidad del daño, afirmando que la detención del aquí demandante fue legal y proporcionada, esto es, fue impuesta de acuerdo a los requerimientos y finalidades establecidos por la ley, por tanto si bien existe un daño, este no es antijurídico, apoyando su postulado en la Sentencia C-037 de 1996.

Frente a lo aseverado por la apoderada de la Fiscalía General de la Nación, se advierte que en virtud a lo expuesto a lo largo de esta providencia, la privación de la libertad soportada por el aquí demandante (víctima) constituye un daño antijurídico atribuible a dicha entidad, comoquiera que uno de sus agentes fue quien impuso la medida de aseguramiento de privación de la libertad, sin observancia de la restricción contenida en el artículo 356 del C.P.P Ley 600 de 2000, normatividad vigente para la época de los hechos.

Además, con relación a la presunta responsabilidad de la Rama Judicial cuando le correspondió estudiar los recursos presentados por el demandante, el Despacho

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, 12 de junio de 2017 Radicación número: 70001-23-31-000-2005-02845-01(45506)

encuentra que fue precisamente mediante auto de 23 de septiembre de 2009, cuando la Juez Segunda Penal del Circuito de Sogamoso concedió la libertad provisional bajo caución al señor Vargas Alarcón, en virtud a lo dispuesto por el art. 365 del CPP, y en consecuencia, se libró la boleta de libertad No. 010/2009 de fecha 24 de septiembre de 2009 (fls. 187-190 y 205 C.10 1ª instancia); en este orden se colige que está demostrado que fue la Rama Judicial la entidad que devolvió la libertad al accionante, incluso antes de proferir el fallo de primera instancia dentro del proceso penal, por tanto se desestima la eximente aducida por la Fiscalía General de la Nación.

Así mismo, a fin de analizar la eximente indicada, se trae a colación lo esgrimido por el Honorable Consejo de Estado<sup>14</sup> en el año 2016, en el que propendió por fijar reglas de interpretación y alcance de la referida eximente de responsabilidad en los siguientes términos:

(...)

*Por un lado, difícilmente se puede pensar en un supuesto en el que la actuación de terceros se dé de un modo totalmente ajeno al funcionamiento del sistema penal. Por el contrario, la mayor parte de casos en los que se alega el hecho del tercero en el contexto de los procesos por privación injusta de la libertad tienen que ver con la “inducción al error” por parte de otras autoridades e incluso de testigos que, voluntaria o involuntariamente suministran información incorrecta o la alteración dolosa de las pruebas. Sin embargo, estas circunstancias no pueden calificarse como impredecibles o irresistibles para los operarios de la justicia a cuyo caso se confía el juicio o la investigación, requisito imprescindible para la eficacia de la excepción del hecho exclusivo y excluyente de un tercero.*

(...)

*Justamente por el origen humano y, por ende falible, de las fuentes de acceso al conocimiento de los hechos, se impone al investigador o el juzgador un deber reforzado de analizar rigurosamente las pruebas, de acuerdo con las exigencias de la sana crítica. El escrutinio del juez debe dirigirse justamente a identificar las posibles falencias y a evaluar su grado de fiabilidad. Por lo anterior, la aceptación de la exoneración por hecho de terceros, en eventos en los que se demuestre que la decisión se tomó con fundamento en una prueba que no resultó del todo veraz, es tanto como eximir al juez (κριτής, crítés), de la carga de juzgar con criterio. Esto es lo mismo que aceptar que el juez deje de ser juez.*

(...)

*Lo anterior no significa que el hecho de la víctima, cuando reviste la connotación de gravemente culposo o doloso, carezca de efectos respecto de la declaración de la responsabilidad estatal, pues por expresa disposición legal (art. 414 Decreto Ley 2700 de 1991, en su parte final y art. 70 de la Ley 270 de 1996) y por exigencia de los principios constitucionales contenidos en los artículos 83 y 95, así como en virtud de los preceptos milenariamente aceptados de vivir honestamente (honeste vivere) y no hacer daño a los demás (naeminem laedere)<sup>15</sup> se impone la imposibilidad reconocer indemnización a quien ha obrado con culpa grave o dolo. Se insiste, sin embargo, en que la razón por la cual la culpa grave o el dolo del agente se estimen jurídicamente relevantes, no radica en su aptitud para desvirtuar el nexo causal (tratándose simplemente de una causalidad indirecta) sino en razones de proporcionalidad y de interpretación armónica de los preceptos constitucionales, las que en todo caso hacen evidente la autonomía del juez de la responsabilidad de cara a las decisiones adoptadas en el marco de la investigación y causa penal.*

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de octubre de 2016, rad. 41.167, sentencia del 21 de septiembre de 2016, rad. 40.352, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1º de agosto de 2016, rad. 43.499, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de julio de 2016, rad. 40.608, M.P. Guillermo Sánchez Luque, entre otras.

<sup>15</sup> Digesto, 1,1,10.

Con base en lo indicado, en este caso no se configura la causal eximente de responsabilidad del estado, consistente en *el hecho de un tercero*, porque la decisión de imposición de la medida de aseguramiento, si bien tuvo como sustento pruebas recaudadas por la Justicia Penal Militar, correspondía al Fiscal analizar rigurosamente si lo recaudado era suficiente para dar viabilidad a su imposición, en virtud a lo regulado por el art. 355 y ss de la Ley 600 de 2000.

Una vez revisado lo actuado dentro del proceso penal, así como lo atinente a la no existencia del eximente de responsabilidad hecho de un tercero, este Despacho concluye que, i) la pérdida de la libertad del señor Fabio Nelson Vargas Alarcón durante el periodo comprendido entre el 30 de Noviembre de 2007 al 24 de septiembre de 2009, es decir **664 días (22,13 meses)**, constituye un daño cierto, ii) se puede afirmar con propiedad, la antijuridicidad del mismo y, iii) no se colige culpa grave o dolo en el actuar del actor.

## 14. LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS

### a) Perjuicios Materiales

#### **Daño Emergente**

Como perjuicio material a título de daño emergente, el señor Fabio Vargas pretende que se le reconozca la suma de \$10.000.000, con su actualización a la fecha de pago, por concepto de honorarios de la defensa, al respecto, el Consejo de Estado en sentencia de Unificación de fecha 18 de julio de 2019<sup>16</sup>, señaló:

“(…)

- i. *Se reconoce el daño emergente por pago de honorarios profesionales únicamente en favor del demandante que lo haya solicitado como pretensión indemnizatoria de la demanda y pruebe que fue quien efectuó ese pago.*
  - ii. *Se reconoce si se prueba que el abogado que recibió el pago por concepto de honorarios profesionales fungió en el asunto penal como apoderado del afectado directo con la medida de aseguramiento.*
  - iii. **La factura –o documento equivalente (artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario)- acompañada de la prueba de su pago**, expedidos ambos por el abogado que asumió la defensa penal del afectado directo con la medida de aseguramiento, **será la prueba idónea del pago** por concepto de honorarios profesionales.
  - iv. *La indemnización del daño emergente correspondiente al pago de honorarios profesionales se hará por el valor registrado en la factura o documento equivalente (artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario) y en la prueba del pago. De no coincidir los valores consignados en la factura o documento equivalente y en la prueba del pago, se reconocerá por este concepto el menor de tales valores.*
- (…)”

En atención a la postura providencial transcrita, en el presente asunto no se allega la factura debidamente expedida conforme a la regulación tributaria, ni tampoco se allega documento que registre el valor de los honorarios de abogado, correspondientes a su gestión como se invoca, por lo que no está probado que se hubiere realizado ningún pago, tampoco que lo realizó el demandante víctima, por lo que se trata de una pretensión indemnizatoria sobre un supuesto daño que no fue acreditado, en consecuencia no hay lugar a su reconocimiento.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, sentencia del 18 de julio de 2019, Rad. N° 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572), CP Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

## Lucro Cesante

La citada jurisprudencia unificó lo pertinente al daño material bajo la modalidad de lucro cesante<sup>17</sup> en los siguientes términos:

“(…)

- i. *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 (...)*

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

Al respecto, de las declaraciones rendidas por los testigos se extrae que el señor Fabio Nelson Vargas Alarcón se desempeñaba como aserrador de madera (CD fl.360), empero, no acreditó el monto de los ingresos que devengaba por desempeñar tal actividad, así que a fin de efectuar la respectiva liquidación, y en virtud a la sentencia precitada y teniendo en cuenta que el demandante víctima se encontraba en edad productiva, se atenderá el valor del salario mínimo mensual legal vigente en la presente anualidad, es decir \$877.803.

De los \$877.803 se descontará un 25%, equivalente a \$219.450,75, suma que se presume era destinada por la víctima para sus gastos personales, resultando un total de \$658.352,25, que será la base para calcular el lucro cesante consolidado, dado que el señor FABIO NELSON VARGAS ALARCÓN permaneció privado físicamente de su libertad por un período de **664 días**, equivalente a 22,13 meses, lapso durante el cual se encontró imposibilitado para ejercer cualquier actividad laboral, mismo periodo que es criterio para liquidar el perjuicio.

---

<sup>17</sup> ídem

### **Cálculo de la indemnización debida, consolidada o histórica:**

Para aplicar se tiene:

$$S = Ra * \frac{(1+0,004867)^n - 1}{0,004867}$$

<b>S</b>	Suma a obtener
<b>Ra</b>	Renta actualizada, es decir \$658.352,25
<b>I</b>	Tasa mensual de interés puro o legal, corresponde a 0.004867
<b>N</b>	Número de meses que duró la privación injusta de la libertad ( <b>22,13 meses</b> )
<b>1</b>	Es una constante

$$S = \$658.352,25 * \frac{(1 + 0,004867)^{22,13} - 1}{0,004867} = \mathbf{\$15.343.533,58}$$

El total de la indemnización por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a favor del señor FABIO NELSON VARGAS ALARCÓN corresponde a la suma de **\$15.343.533,58**

#### **b) Perjuicios Morales**

Frente a este tipo de perjuicios, la jurisprudencia constante del Consejo de Estado<sup>18</sup>, ha establecido que en casos de privación injusta del derecho fundamental de libertad, hay lugar a colegir que esta afectación genera *per se* dolor moral, angustia y aflicción, para la víctima directa y para quienes integran su núcleo familiar, se aplica la *presunción judicial* relativa a perjuicios morales, pues las reglas de experiencia indican que los parientes más próximos sufren angustia y congoja cuando uno de los propios es objeto de imputaciones penales y de privación de libertad, tanto más cuando la preventiva ha sido en establecimientos carcelarios.

Respecto del *quantum* al cual deben ascender estos perjuicios, se debe acudir a los parámetros establecidos en la reciente sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>19</sup>, que a su tenor estableció:

*“Respecto del quantum al cual deben ascender estos perjuicios, según la jurisprudencia de la Sala que aquí se unifica, se encuentra suficientemente establecido que el juez 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 concepto.*

*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.*

<sup>18</sup> Sentencia del 14 de marzo de 2002, exp. 12076, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>19</sup> Sentencia del 28 de agosto de 2013, Rad. 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022), CP Enrique Gil Botero.

El Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto de 2014<sup>20</sup>, señala unos parámetros para la tasación del perjuicio moral derivado de privación injusta de la libertad con base en el tiempo de duración de dicho injusto y que se refleja en la tabla visible en seguida, en la cual además se complementó la forma de valorar los perjuicios sufridos por la víctima y sus familiares en estos casos, valores representados en salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), así:

**Tabla 2**

	<b>NIVEL 1</b>	<b>NIVEL 2</b>	<b>NIVEL 3</b>	<b>NIVEL 4</b>	<b>NIVEL 5</b>
Reglas para liquidar el <b>perjuicio moral</b> derivado de la privación injusta de la libertad	Victima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes 1º de consanguinidad	Parientes en el 2º de consanguinidad	Parientes en el 3º de consanguinidad	Parientes 4º de consanguinidad y afines hasta el 2º	Terceros damnificados
Término de privación 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
Superior a 18 meses	<b>100</b>	<b>50</b>	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

*Así pues, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de establecer los parámetros para cuantificar la indemnización por perjuicios morales derivados de la privación injusta de la libertad de un ciudadano, teniendo en cuenta para el efecto el período de privación de tal Derecho Fundamental y el nivel de afectación, esto es de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño y aquellos que acuden a la Justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, según el gráfico antes descrito.*

(...)"

En el caso en concreto, por concepto de perjuicios morales se solicita se condene a la demandada a pagar a favor de todos y cada uno de los demandantes las sumas reconocidas por el H. Consejo de Estado conforme a la jurisprudencia que se acaba de citar y conforme a los montos consagrados para los niveles 1 y 2 respecto al rango de tiempo de privación de la libertad superior a 18 meses.

Siguiendo al Consejo de Estado<sup>21</sup>, con apoyo en las máximas de la experiencia, se infiere que la privación de la libertad de que fue objeto el señor Fabio Nelson Vargas Alarcón le generó dolor moral, angustia y aflicción en cuanto vio afectada o limitada su libertad; perjuicio que se hace extensible a sus seres queridos más cercanos y que para su acreditación –conforme a la jurisprudencia en cita, basta únicamente con la prueba del parentesco o de la relación marital, para inferir la afectación moral de la víctima, del cónyuge y de los parientes más cercanos según corresponda.

Al proceso se allega prueba del parentesco del precitado señor, en relación con los demás demandantes, en el siguiente orden:

<sup>20</sup> Consejo de Estado, sentencia del 28 de agosto de 2014, Rad. N° 680012331000200202548 01 (36.149), CP Hernán Andrade Rincón.

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 14 de marzo de 2002, Exp. 12076 y Sentencia de 20 de febrero de 2.008, Exp. 15980

- LUZ AMERICA AVILA NIÑO, allega declaración extra-proceso No.230 de 2017 rendida ante el Notario único del Circuito de Chita ser **compañera permanente** (fl.294-295). Adicionalmente, los testimonios recaudados en el proceso, reconocieron la existencia de esa relación libre.
- JORGE ANTONIO VARGAS PÉREZ, allega registros civiles de Nacimiento, y de matrimonio, documentos con los que demuestra ser **padre**. (fl.292, 296-297)
- EDGAR ALIRIO VARGAS ALARCON, allega registro civil de nacimiento, con el cual acredita ser **hermano** (fl.303)
- JOSE WILLINTON VARGAS ALARCON, allega registro civil de nacimiento, con el cual acredita ser **hermano** (fl.302)
- DORA EMILCE VARGAS ALARCON, allega registro civil de nacimiento, con el cual acredita ser **hermana** (fl.298)
- JORGE ANTONIO VARGAS ALARCON, allega registro civil de nacimiento, con el cual acredita ser **hermano** (fl.299)
- CESAR AUGUSTO VARGAS ALARCON, allega registro civil de nacimiento, con el cual acredita ser **hermano** (fl.301)
- JUAN ANDRES VARGAS ALARCON, allega registro civil de nacimiento, con el cual acredita ser **hermano** (fl.300)

Aclarado lo anterior, para cuantificar los perjuicios morales irrogados, se aplican los criterios esgrimidos en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 citada en precedencia, toda vez que el señor Fabio Nelson Vargas Alarcón estuvo privado físicamente de su libertad por un período de 22,13 meses (dentro del rango superior a 18 meses), que la parte demandada no desvirtuó la presunción de aflicción que se desprende de tales daños, así teniendo en cuenta la naturaleza, la intensidad, la extensión y la gravedad de la afectación o lesión al derecho o interés legítimo respectivo, este Despacho reconoce a cada uno de los demandantes, las sumas que se detallan a continuación.

<b>Demandante</b>	<b>Relación con la víctima directa</b>	<b>Indemnización en smlmv</b>
FABIO NELSON VARGAS ALARCÓN	Victima directa	100
LUZ AMERICA AVILA NIÑO	Compañera	100
JORGE ANTONIO VARGAS PÉREZ	Padre	100
EDGAR ALIRIO VARGAS ALARCON	Hermano	50
JOSE WILLINTON VARGAS ALARCON	Hermano	50
DORA EMILCE VARGAS ALARCON	Hermana	50
JORGE ANTONIO VARGAS ALARCON	Hermano	50
CESAR AUGUSTO VARGAS ALARCON	Hermano	50
JUAN ANDRES VARGAS ALARCON	Hermano	50
<b>TOTAL CONDENA</b>		<b>600</b>

## **15.CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO**

Teniendo en cuenta que las pretensiones prosperan de forma parcial, el Despacho no impondrá condena en costas de conformidad con el numeral 5 del Art. 365 del CGP, suerte que siguen también las agencias en derecho, toda vez que si bien se accede a algunas pretensiones indemnizatorias, no se hace con el alcance solicitado en la demanda sino en menor proporción, concretamente en la estimación del daño material derivado del lucro cesante y no se reconoce el daño emergente.

## 16. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, “Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley”.

### FALLA:

**Primero.-** Declarar infundadas las excepciones de “falta de legitimación en la causa material” y la causal eximente de responsabilidad denominado *culpa exclusiva de un tercero*, formuladas por la Fiscalía General de la Nación.

**Segundo.-** Declarar a la Fiscalía General de la Nación, responsable administrativa y extracontractualmente de los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la privación injusta de la libertad de que fuera sujeto el señor Fabio Nelson Vargas Alarcón durante el período de 664 días, comprendido entre el 30 de noviembre de 2007 al 24 de septiembre de 2009.

**Tercero.-** Condenar a la Fiscalía General de la Nación, a pagar a favor del señor Fabio Nelson Vargas Alarcón, identificado con C.C. No. 4.217.235, por concepto de **perjuicios materiales** en la modalidad de lucro cesante, la suma de **\$15.343.533,58**

**Cuarto.- Condenar** a la Fiscalía General de la Nación, a pagar por concepto de **perjuicios morales** las siguientes sumas de dinero, expresadas en salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, en los siguientes montos:

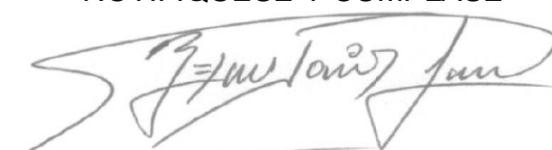
DEMANDANTE	Relación con la víctima directa	Identificación	Indemnización en SMLMV
FABIO NELSON VARGAS ALARCÓN	Victima directa	C.C. 4.217.235	100
LUZ AMERICA AVILA NIÑO	Compañera	C.C. 46.453.899	100
JORGE ANTONIO VARGAS PÉREZ	Padre	C.C. 4.218.093	100
EDGAR ALIRIO VARGAS ALARCON	Hermano	C.C. 7.126.576	50
JOSE WILLINTON VARGAS ALARCON	Hermano	C.C. 7.126.767	50
DORA EMILCE VARGAS ALARCON	Hermana	C.C. 23.945.680	50
JORGE ANTONIO VARGAS ALARCON	Hermano	C.C. 4.218.399	50
CESAR AUGUSTO VARGAS ALARCON	Hermano	C.C. 1.051.474.452	50
JUAN ANDRES VARGAS ALARCON	Hermano	C.C. 1.057.577.329	50
<b>TOTAL CONDENA (Perjuicio moral)</b>			<b>600</b>

**Quinto.-** Sin condena en costas en esta instancia

**Sexto.-** La parte demandada deberá cumplir la presente sentencia dentro de los términos y previsiones de los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

**Séptimo.-** Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor y previa devolución a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO**  
JUEZ