



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B”

Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Expediente: 43413
Radicado: 13001-23-31-000-2003-01929-01
Demandantes: Javier Enrique Jaraba Julio y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación

Naturaleza: Acción de reparación directa –Decreto 01 de 1984-

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la Nación – Fiscalía General de la Nación contra la sentencia del 29 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar Sala de Decisión n.º 04 (fol. 219 a 244, c. ppal. 2.), donde declaró administrativamente responsable a dicha entidad por la privación injusta de la libertad que tuvo que soportar el señor Javier Enrique Jaraba Julio y, en consecuencia, la condenó al pago de perjuicios materiales e inmateriales. La sentencia recurrida será modificada.

SÍNTESIS DEL CASO

El 4 de junio de 2003, siendo las 4:45 a.m. aproximadamente, tres hombres presuntamente armados asaltaron el domicilio del señor Rafael Reyes Berrio, sin que se sustrajera ningún objeto del inmueble. Por estos hechos ese mismo día, alrededor de las 9:00 a.m. la Policía Nacional capturó al señor Javier Enrique Jaraba Julio, quien fue puesto a disposición de la Fiscalía Seccional 39 Delegada Ante los Juzgados Penales del Circulo de Cartagena, autoridad que mediante providencia del 6 de junio de 2003 le impuso medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, sin lugar a excarcelación, al considerarlo

presunto responsable de los delitos de hurto calificado agravado en grado de tentativa y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Posteriormente, y luego de la interposición de los recursos procedentes contra la resolución de medida de aseguramiento de detención preventiva, el 28 de julio de 2003, la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito de Cartagena revocó la decisión de detención preventiva en contra del señor Javier Enrique Jaraba Julio, al considerar que de acuerdo a lo prescrito en los artículos 354 y 357 del Código de Procedimiento Penal tal medida no era procedente, en razón a que la pena mínima para los delitos imputados no era, ni sobrepasaba los 4 años de prisión, en consecuencia, ordenó su libertad y la devolución de la caución prendaria ordenada.

Finalmente, el 7 de noviembre de 2008, la Fiscalía 39 Delegada Ante los Jueces Penales del Circuito de Cartagena decidió precluir la investigación penal adelantada en contra el señor Javier Enrique Jaraba Julio, por los delitos de tentativa hurto agravado y calificado en concurso con el tráfico fabricación y porte de armas de fuego o municiones, pues consideró que además de existir serias deficiencias probatorias en el proceso, no se encontraba demostrada la responsabilidad del procesado en la comisión de los delitos reprochados.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

Mediante escrito presentado el 10 de octubre de 2003, los señores Javier Enrique Jaraba Julio, Pedro Adán Jaraba Ramírez, Nelly María Julio Julio, Pedro Adán Jaraba Julio y Rosario del Carmen Jaraba Ortiz, a través de apoderado judicial, formularon demanda en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A. en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación, con el fin de que se le declarara administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios causados con ocasión del proceso penal adelantado contra el señor Javier Enrique Jaraba Julio y de la privación injusta

de la libertad a la que fue sometido (fol. 1-16, c. 1). Como pretensiones se formularon las siguientes:

- 1) Que se DECLARE que la NACIÓN COLOMBIANA-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- es RESPONSABLE de los perjuicios MORALES y MATERIALES ocasionados a los demandantes por el hecho de administrar justicia en forma ERRADA , al adelantar un PROCESO PENAL y vincular a el señor JAVIER ENRIQUE JARABA JULIO, privándolo INJUSTAMENTE (ilegalmente) del DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD.-
- 2) Que como consecuencia de la DECLARACIÓN ANTERIOR se CONDENE a la demandada, es decir, a la NACIÓN COLOMBIANA-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- a reconocer y pagar a los DEMANDANTES señores JAVIER ENRIQUE JARABA JULIO, PEDRO ADAN JARABA RAMÍREZ, NELLY MARÍA JULIO JULIO, PEDRO ADAN JARABA JULIO Y ROSARIO DEL CARMEN JARABA ORTIZ, el valor de los PERJUICIOS sufridos, ASÍ (sic):
 - a) PERJUICIOS MORALES: El equivalente en pesos Colombianos a DOS MIL GRAMOS DE ORO FINO, para cada uno de los DEMANDANTES conforme al valor que tenga el gramo de oro puro para el momento de la sentencia, CERTIFICADO por el Banco de la República. Lo anterior a raíz del DOLOR, de la AFLICCIÓN, de la CONGOJA y REPERCUSIONES que ha dejado en todos los DEMANDANTES la PRIVACIÓN INJUSTA e ILEGAL de la LIBERTAD de JAVIER JARABA JULIO, sufrida a consecuencia del ERROR JUDICIAL propiciado por la Fiscalía General de la Nación, concretamente por parte de la Fiscalía 39 Seccional de Cartagena, a cargo de la doctora CIELO AMARIS MORA.
 - b) PERJUICIOS MATERIALES para JAVIER JARABA JULIO: 1) DAÑO EMERGENTE y, 2) LUCRO CESANTE: los cuales se liquidaron (sic) conforme a las sumas que se llegaren a probar en juicio y en todo caso para el momento de la presentación de la demanda, sin indexar e incluir intereses, las sumas causadas son:

DAÑO EMERGENTE: \$7.000.000, cancelados al suscrito como HONORARIOS PROFESIONALES para DEFENSA PENAL del señor JAVIER JARABA JULIO, dineros estos pagados por el propio JAVIER JARABA JULIO, y que como indemnización por el ERROR JUDICIAL le deben ser devueltos a él.

LUCRO CESANTE: \$1.000.000 ingresos esperados dejados de percibir por JAVIER JARABA JULIO durante el tiempo, DOS MESES, que estuvo privado injustamente de su libertad, tiempo comprendido entre el mes de junio 4 (día de la captura) hasta el día 28 de julio de la presente anualidad, fecha está en que la MEDIDA DE ASEGURAMIENTO vigente en contra del mencionado, fue REVOCADA INTEGRAMENTE por la Fiscalía UNO (1) Delegada ante el H. Tribunal Superior de Justicia de Cartagena, doctor ANIBAL VERBARA (sic) AVILES, lo anterior con base en que dicho señor se dedicaba al comercio de RIFAS Y DEMAS (sic), y obtenía unas

- ganancias de QUINIENTOS MIL PESOS MENSUALES, los cuales dejo (sic) de percibir por la injusta e ilegal privación de su LIBERTAD de que FUE víctima por el señalado ERROR JUDICIAL.
- 3) Que en virtud de esta demanda, se CONDENE a la NACIÓN-COLOMBIANA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar los intereses bancarios vigentes desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria, y por los SEIS (6) MESES, y en los DOCE (12) restantes el DOBLE de los intereses bancarios, a título de MORATORIOS, como lo dispone el art. 177 del C.C.A.
 - 4) Que el valor de las condenas aquí señaladas, se actualicen al ejecutarse la sentencia, con base en el índice de precios al consumidor (IPC) según certificado del Departamento Nacional de Estadística DANE, para compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda (C.C.A. art. 178).
 - 5) Que la sentencia de mérito favorable a las pretensiones de la demanda se le dé cumplimiento en los términos del art. 176 del C.C.A., y se haga efectiva conforme a lo indicado en el art. 178 de la obra en cita.
 - 6) Que se CONDENE EN COSTAS a la demandada conforme lo permite la LEY 446 de 1998.

La parte demandante sostuvo que el señor Javier Enrique Jaraba Julio fue investigado penalmente por los delitos de hurto calificado agravado en grado de tentativa y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Señaló que durante el trámite de dicho proceso estuvo privado de la libertad desde su detención ocurrida el 4 de junio de 2003, hasta el 28 de julio del mismo año, fecha en que la Fiscalía 1^a Delegada Ante el Tribunal de Superior de Cartagena revocó la medida de aseguramiento proferida por la Fiscalía Seccional 39 Delegada Ante los Juzgados Penales del Circuito de Cartagena, es decir, por un lapso de un (1) mes y veintitrés (23) días.

De igual forma, manifestó que la detención del señor Javier Enrique Jaraba Julio generó diversos perjuicios de índole económico, moral y laboral, los cuales solicitó sean resarcidos por la entidad demandada.

II. Trámite procesal

Mediante auto del 21 de noviembre de 2003, el Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la demanda y ordenó, entre otros aspectos, notificar a la Nación – Fiscalía General de la Nación (fol. 91, c. 1.).

Una vez agotados los trámites correspondientes, y estando dentro de la oportunidad legal, el 10 de diciembre de 2004 la Nación-Fiscalía General de la Nación presentó oportunamente contestación a la demanda en la que se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas por los demandantes (fol.95-99, c. 1.).

En síntesis, señaló que en el *sub judice* no se estructuraban los supuestos esenciales para derivar responsabilidad en su contra, ya que la actuación de la Fiscalía 39 Delegada Ante los Juzgados Penales del Circuito de Cartagena estuvo ajustada a la Constitución y la ley vigente al momento de ocurrencia de los hechos.

Así mismo, agregó que la medida de aseguramiento impuesta al señor Javier Enrique Jaraba Julio cumplió con todas las exigencias legales, especialmente la de los artículos 354,355 y 357 del Código de Procedimiento Penal, y que el simple hecho de que la Fiscalía 1ª Delegada Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena haya revocado la medida de aseguramiento impuesta en un principio por la Fiscalía 39 Delegada Ante los Juzgados Penales del Circuito de Cartagena no daba lugar a la estructuración de responsabilidad patrimonial a cargo de la fiscalía.

Por otro lado, indicó que en el presente caso no se configura un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, error jurisdiccional, ni privación injusta de la libertad para declarar la responsabilidad a cargo del Estado y que, por tal razón, se impone absolver a la entidad demandada.

Concluyó que en el *sub judice* la medida de aseguramiento impuesta no fue injusta y que tampoco se encuentra configurada una falla en el servicio imputable a la Fiscalía General de la Nación.

Con ocasión de la creación de los Juzgados Administrativos mediante acta individual de reparto de 11 de agosto de 2006, fue asignado el proceso de la referencia al Juzgado 13 Administrativo de Cartagena de Indias, autoridad que una vez agotado el trámite procesal correspondiente profirió sentencia el 6 de noviembre de 2007 (fol. 217-233, c. 1), decisión en contra de la cual la parte demandante interpuso recurso de apelación (fol. 794-203, c. ppal.).

Recibido el expediente para desatar el recurso de alzada, en auto de 22 de abril de 2010, el Tribunal Administrativo de Bolívar declaró la nulidad de todo lo actuado por el Juzgado 13 Administrativo de Cartagena de Indias por falta de competencia (fol. 191-196, c. 1).

En consecuencia, por auto de 21 de mayo de 2010, el Tribunal Administrativo de Bolívar abrió a pruebas el proceso (fol. 198-199, c. 1) y, mediante providencia de 30 de julio de 2010, dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión (fol. 201, c. 1).

La Nación – Fiscalía General de la Nación presentó alegatos de conclusión en los que reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y agregó que los artículos 116 y 250 de la Constitución Política establecen de forma clara y expresa la obligación de la Fiscalía General de la Nación de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan de características de un delito y que en el caso en concreto esta solo se limitó al ejercicio de sus funciones, por lo cual no existía un daño antijurídico susceptible de indemnización, por cuanto los perjuicios no resultaron probados dentro del proceso.

Aunado a lo anterior, sostuvo que en el proceso de la referencia los presuntos perjuicios de orden moral y material pretendidos por la parte actora no fueron probados, pues los mismos no cuentan con respaldo probatorio que indique de manera certera los ingresos que presuntamente percibía el señor Javier Enrique Jaraba Julio (fol. 202-204, c. 1).

Por su parte, el Ministerio Público solicitó conceder los perjuicios morales ocasionados al señor Javier Enrique Jaraba Julio y a su núcleo familiar, toda vez que se encontraba demostrado que dicha persona fue privada de la libertad por un lapso de un (1) mes y veintitrés (23) días sin que en el caso concreto procediera la medida de aseguramiento proferida por la demandada. Igualmente solicitó reconocer los perjuicios materiales en modalidad de daño emergente, equivalente a los honorarios profesionales cancelados por el demandante durante el proceso penal.

La demandante guardó silencio dentro del término otorgado a las partes para alegar de conclusión.

Mediante sentencia proferida el 29 de julio de 2011, el Tribunal Administrativo de Bolívar-Sala de Decisión nº 04 accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos (fol. 219-244, c. ppal.):

PRIMERO: DECLARAR a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN administrativamente responsable por el daño antijurídico causado a los señores JAVIER ENRIQUE JARABA JULIO, PEDRO ADAN JARABA RAMÍREZ, NELLY MARÍA JULIO JULIO, PEDRO ADAN JARABA JULIO y ROSARIO DEL CARMEN JARABA ORTIZ como consecuencia de la privación de la libertad del señor JAVIER ENRIQUE JARABA JULIO.

SEGUNDO: CONDENAR a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a reconocer y pagar por perjuicios materiales e inmateriales las siguientes sumas de dinero:

1. Para el señor JAVIER ENRIQUE JARABA JULIO por concepto de daño material en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, un total de DIEZ MILLONES NOVECIENTOS DIEZ MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL PESOS (\$10.910.242,00).
2. Para el señor JAVIER ENRIQUE JARABA JULIO, por concepto de daño moral la suma de VEINTICINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES, en su calidad de víctima directa de la detención injusta.
3. Para los señores PEDRO ADAN JARABA RAMIREZ y NELLY MARÍA JULIO JULIO la suma de DIEZ SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, a cada uno, por concepto de perjuicio moral, en su calidad de padres del señor JAVIER ENRIQUE JARABA JULIO.

4. Para PEDRO ADAN JARABA JULIO y ROSARIO DEL CARMEN JARABA ORTIZ se reconocerá la suma a cada uno de DIEZ SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES, en su calidad de hermanos de JAVIER ENRIQUE JARABA JULIO, también por daño moral.

CUARTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Para el cumplimiento de este fallo se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEXTO: Ejecutoriada ésta providencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento, haciéndose constar en la primera que presta mérito ejecutivo.

SEPTIMO: Una vez cumplida la orden del numeral precedente archívese inmediatamente el expediente.

Como sustento de lo anterior, el *a quo* analizó en este caso concurrieron los elementos necesarios para declarar la obligación estatal de indemnizar a los demandantes por los supuestos perjuicios causados por la Fiscalía General de la Nación con ocasión de la medida de aseguramiento de detención preventiva proferida en contra del señor Javier Enrique Jaraba Julio el 9 de junio de 2003.

Así las cosas, se refirió a las diferentes normas aplicables al caso concreto en materia de responsabilidad del Estado por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por error judicial y por privación injusta de la libertad de que tratan los artículos 65, 66, 67 y 68 de la Ley 270 de 1996 y 414 del Decreto 2700 de 1991, y señaló que de acuerdo con la última tendencia de jurisprudencial del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, impera un criterio amplio respecto de la responsabilidad en materia de privación de la libertad que no requiere de manera indispensable la demostración de un error judicial para estructurar el deber de resarcimiento del Estado, ni la presencia de alguno de los supuestos establecidos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, pues aseguró que inclusive se ha aceptado la existencia de responsabilidad en aquellos eventos en los que la absolución o preclusión de la investigación penal se produce por aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

Bajo esta línea argumentativa, señaló que a pesar que en la demanda se planteó el régimen de error jurisdiccional, en aplicación del principio de *iura novit curia* se estudiaría el *sub examine* bajo el régimen de privación injusta de la libertad “puesto que el error jurisdiccional, implica que haya una providencia judicial en firme que haya provocado el daño al actor, y en el caso bajo examen, la providencia de la Fiscalía Seccional 39 que ordenó la detención preventiva sin

beneficio de excarcelación, fue objeto recurso de alzada, y en virtud de este fue posteriormente revocada dicha medida por la Fiscalía delegada uno ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.”

En esas circunstancias, el *a quo* encontró que en el presente caso se encontraba demostrado lo siguiente: *i)* el señor Javier Enrique Jaraba Julio fue vinculado a un proceso penal en el que se imputaron los delitos de tentativa de hurto agravado y calificado en concurso con el porte ilegal de armas de fuego; *ii)* en el marco de esa investigación se le privó de la libertad entre el 9 de junio de 2003 y 28 de julio de 2003 –1 mes y 19 días- y; *iii)* se demostró la privación injusta de la libertad del señor Javier Enrique Jaraba Julio, toda vez que la Fiscalía 1ª Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, al revocar la medida de aseguramiento, expuso que los delitos por los cuales se estaba investigando no requerían de una medida privativa de la libertad, pues en aplicación del numeral 1º del artículo 357 de la Ley 600 de 2000 no era procedente imponer una medida restrictiva de la libertad, por lo que era menester declarar la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad que tuvo que soportar el señor Javier Enrique Jaraba Julio.

En cuanto a la indemnización por perjuicios materiales solicitada, el tribunal de primera instancia reconoció por concepto de daño emergente las sumas de dinero que se describen a continuación:

Por concepto de honorarios profesionales pagados al abogado defensor del señor Jaraba Julio dentro del proceso penal, concedió la suma de \$10.035.876,00, la cual resultó de actualizar el valor de \$7.000.000,00 desde la fecha en que se realizó el pago hasta el día de la sentencia de primera instancia.

Por concepto de lucro cesante expuso que si bien dentro del proceso no se había logrado probar el monto exacto de los ingresos solicitados por el señor Javier Enrique Jaraba Julio, que en la demanda se calcularon en \$1.000.000, era necesario aplicar la presunción *hómine* según la cual una persona adulta en etapa productiva no puede devengar menos de un salario mínimo legal mensual

vigente y, en razón que el salario actualizado arrojó un valor menor al salario fijado legalmente a la fecha de la sentencia proferida por el tribunal, este procedió a reconocer la suma de \$874.366,00 por el mes y diecinueve días que estuvo privado de la libertad el demandante.

De otra parte, respecto a los perjuicios morales reconoció a favor de la víctima 25 smlmv, y a los padres y hermanos 10 smlmv para cada uno).

Los demás perjuicios económicos solicitados fueron negados por inexistencia de pruebas que los respaldaran.

III. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión adoptada, el 16 de agosto de 2011, la Nación – Fiscalía General de la Nación presentó oportunamente recurso de apelación (fol. 246-250, c. ppal.), en el que solicitó se revocara la sentencia del 29 de julio de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar y, en su lugar, se denegaran las pretensiones de la demanda.

Manifestó que la medida restrictiva de la libertad cumplió con todos los requisitos establecidos en la normativa vigente para la época de los hechos, y que en el caso del señor Javier Enrique Jaraba Julio, el daño causado no reviste la característica de ser antijurídico, por cuanto era su obligación soportar la carga que se le impuso. A su vez, mencionó diversos pronunciamientos jurisprudenciales en materia de privación de la libertad y refirió que no toda restricción de la libertad es susceptible de indemnización por parte del Estado.

Por otra parte, también aseveró que los presuntos perjuicios de orden moral y material pretendidos a título de indemnización por la parte actora no fueron efectivamente probados durante el proceso al punto que el demandante no logró demostrar los ingresos que percibía ni antes ni después de la captura.

El 23 de noviembre de 2011 se surtió la audiencia de conciliación de que trata el

artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, la cual fue declarada fallida por inasistencia de la parte demandante (fol. 258, c. ppal.).

Por auto del 16 de mayo de 2012 (fol. 264, c. ppal.), esta Corporación admitió el recurso de apelación presentado y, posteriormente, mediante providencia del 16 de agosto de 2012 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (fol. 266, c. ppal.).

La Nación-Fiscalía General de la Nación presentó alegatos de conclusión donde reiteró lo expuesto en el recurso de apelación y resaltó que en el presente caso no se presentó un daño antijurídico, pues la fiscalía al momento de ordenar la medida de aseguramiento lo hizo con base en la normatividad penal vigente Ley 600 de 2000 (fol. 267-270, c. ppal.).

La parte demandante y el señor Agente del Ministerio Público se abstuvieron de presentar alegatos de conclusión y concepto, respectivamente.

Mediante auto del 5 de diciembre de 2016, esta Corporación advirtió la necesidad de decretar una prueba de oficio, razón por la cual ordenó oficiar a la Fiscalía 39 Delegada Ante los Juzgados Penales del Circuito de Cartagena, para que allegara el proceso penal seguido en contra del señor Javier Enrique Jaraba Julio por los delitos de tentativa de hurto calificado agravado en concurso con porte de arma de fuego (fol. 308, c. ppal.).

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales de la acción

De la jurisdicción, competencia y procedencia de la acción

Por ser la demandada una entidad estatal, el asunto es de conocimiento de esta jurisdicción (art. 82 C.C.A.). Además, esta Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la

demandada Nación – Fiscalía General de la Nación en un proceso con vocación de segunda instancia¹. Por otra parte, la acción de reparación directa (art. 86 C.C.A.) es la procedente, por cuanto las pretensiones de la demanda van encaminadas a la declaratoria de responsabilidad de la demandada por la privación injusta de la libertad del señor Javier Enrique Jaraba Julio.

Se advierte que la decisión de darle prelación al presente caso, obedece a lo acordado por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación el pasado 25 de abril de 2013, ocasión en la que se decidió que los expedientes que están para fallo en relación con daños causados por privaciones injustas de la libertad –entre otros temas-, pueden decidirse por las Subsecciones, sin sujeción al turno.

Ahora bien, es importante recordar que la Sala debe limitarse a analizar los aspectos que la demandada Nación – Fiscalía General de la Nación señala en su recurso de apelación², o que son “*consecuenciales, accesorios o derivados del aspecto de la sentencia que fue recurrido*”, pues esta Corporación³ ha considerado que, de la premisa “*la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante*”⁴, no se sigue una autorización al juez de segundo grado para hacer el escrutinio y determinar libremente qué es lo desfavorable al recurrente, pues, a renglón seguido, la norma establece una segunda prohibición

¹ La Ley 270 de 1996 desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad y fijó la competencia funcional para conocer de tales asuntos en primera instancia en cabeza de los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, del Consejo de Estado, sin que sea relevante consideración alguna relacionada con la cuantía. Para tal efecto puede consultarse el auto proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 9 de septiembre de 2008, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 11001-03-26-000-2008-00009-00.

² De conformidad con lo establecido en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, “... *el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella...*”.

³ *Ibídem* y Subsección “B”, sentencia de 26 de junio de 2012, exp. 21507, C.P. Danilo Rojas Betancourth,

⁴ Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, exp. 20104, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

complementaria, según la cual no podrá el *ad quem* enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso.

De la legitimación en la causa

Toda vez que el señor Javier Enrique Jaraba Julio fue el afectado directo con el proceso penal y la restricción de la libertad ordenada por la Fiscalía 39 Delegada Ante los Juzgados Penales del Circuito Cartagena, este se encuentra legitimado para reclamar los perjuicios derivados de la privación de su libertad. De igual forma, los demás demandantes se encuentran legitimados por encontrarse demostrados los lazos de parentesco entre ellos y el señor Javier Enrique Jaraba Julio⁵.

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva, la Sala considera que la Nación – Fiscalía General de la Nación, se encuentra legitimada en el caso concreto, dado que las actuaciones que dieron lugar a la privación de la libertad fueron realizadas por esa entidad, máxime cuando el proceso penal no llegó a etapa de juzgamiento; en consecuencia, se tiene que se encuentra demostrada la legitimación en la causa por pasiva de esta demandada.

De la caducidad de la acción

En tratándose de los eventos de responsabilidad por la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que el término de caducidad de la acción de reparación directa se cuenta a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la providencia judicial que absuelve al sindicado y le pone fin al proceso penal⁶.

⁵ Está demostrado con el registro civil de nacimiento (fol. 22, c. 1) que el señor Javier Enrique Jaraba Julio es hijo de los señores Pedro Adan Jaraba Ramírez y Nelly María Julio Julio y hermano de Pedro Adan Jaraba Julio y Rosario del Carmen Jaraba Ortiz (registros civiles de nacimiento obrantes en folios 23 y 24, c. 1, respectivamente).

⁶ En este sentido ver auto de la Sección Tercera de 3 de marzo de 2010, exp. 36473, M.P. Ruth Stella Correa Palacio y auto de 9 de mayo de 2011 de la Subsección C, Sección Tercera, exp. 40324, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En el caso concreto, se pretende declarar patrimonialmente responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación, por la privación injusta de la libertad a que fue sometido el señor Javier Enrique Jaraba Julio.

De conformidad con las pruebas arrojadas al plenario, resulta acreditado que la providencia mediante la cual se decidió precluir la investigación penal seguida en contra del señor Javier Enrique Jaraba Julio fue proferida el 7 de noviembre de 2008 (fol. 176-183, c. 3); a su vez, se tiene que esta decisión quedó ejecutoriada tres días después de su notificación, esto es, el 3 de diciembre de 2008, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 197⁷ del Decreto 2700 de 1991 y la certificación emitida el 19 de mayo de 2017 por el Fiscal 39 Delegado Ante los Juzgados penales del Circuito de Cartagena⁸ (fol. 314-315, c. ppal.), en tanto, el plazo límite para interponer la demanda de reparación directa era el 4 de diciembre de 2010.

Así las cosas, comoquiera que la demanda fue interpuesta el 10 de octubre de 2003, fecha que por demás es anterior a la culminación del proceso penal (fol. 89, c. ppal.), aún no habían transcurrido los dos años previstos en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. para la caducidad de la acción de reparación directa.

II. Cuestiones previas

⁷ “Artículo 197. Ejecutoria de las providencias. Las providencias quedan ejecutoriadas tres días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos y no deban ser consultadas. La que decide el [casación], salvo cuando se sustituya la sentencia materia del mismo, la que lo declara desierto, y las que deciden la acción de revisión, los recursos de hecho, o de apelación contra las providencias interlocutorias, quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente. // Cuando se decreta en segunda instancia la prescripción de la acción o de la pena, o se dicte o sustituya una medida de aseguramiento, se notificará la providencia respectiva. Con excepción de la sentencia de segunda instancia, las providencias proferidas en audiencia o diligencia quedan ejecutoriadas al finalizar ésta, salvo que admitan recursos. Si la audiencia o diligencia se realizare en varias sesiones, la ejecutoria se producirá al término de la última sesión.”

⁸ Certificación en la que consta lo siguiente: “En auto de 7 de noviembre de 2008, el Fiscal Seccional 39, de aquel entonces –Dr. Laureano José Gómez García- dictó resolución de preclusión en favor de Javier Enrique Jaraba Julio, sindicado de los punibles de Hurto Calificado Agravado y Porte ilegal de Arma de Fuego, quedando debidamente ejecutoriada dicha resolución, de acuerdo al sello de Estado -3 días después de desfijado- el 3 de diciembre de 2008”.

En relación con los hechos de que trata el proceso, obran las pruebas aportadas con ocasión a la prueba de oficio decretada por esta Corporación. Sobre el particular, la Sala hace las siguientes precisiones:

1. Serán valoradas las pruebas documentales, testimoniales y declaraciones obrantes en la investigación penal adelantada por la Nación – Fiscalía General de la Nación contra el señor Javier Enrique Jaraba Julio, dado que conforme al artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso contencioso administrativo en atención a lo establecido en el artículo 267 del C.C.A., las pruebas practicadas válidamente en un proceso judicial podrán trasladarse y serán apreciables sin mayores formalidades, *“siempre que en el proceso primitivo se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”*.

2. En consecuencia como las pruebas decretadas y practicadas fueron aportadas al proceso por la Fiscalía 39 Delegada Ante los Juzgados Penales del Circuito de Cartagena en virtud de la prueba de oficio ordenada por esta Corporación y que una vez allegada se corrió traslado de la misma de acuerdo a lo consagrado en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil (fol. 316, c. ppal.), pueden ser valoradas por la Sala, dado que fueron surtidas con audiencia de la entidad demandada en este caso, pues se trata de una investigación que adelantó la Fiscalía General de la Nación.

3. Respecto de las indagatorias. Frente a la valoración de las diligencias de indagatoria, se ha indicado, *prima facie*, que no es posible considerarlas como medio de prueba para fines de estudiar la responsabilidad estatal extracontractual, porque no se práctica bajo el apremio del juramento, requisito indispensable para para que pueda considerarse como testimonial., siendo deber del juez preservar la garantía constitucional de la no autoincriminación.

4. No obstante, como excepción a la anterior regla, la Sala ha sostenido que es posible valorar la indagatoria en el juicio de responsabilidad estatal, en los siguientes casos:

i) cuando la indagatoria se equipara al testimonio al surtirse el trámite de la ratificación mediante juramento en el trámite contencioso administrativo⁹; ii) cuando los indagados consientan hacer afirmaciones bajo la gravedad del juramento y se satisfagan los principios de contradicción, necesidad, pertinencia y conducencia¹⁰. Además, la Sala ha dicho que es posible valorar la indagatoria y otorgarle mérito probatorio siempre y cuando¹¹: i) **se advierta que son indispensables para realizar un análisis integral del caso**; ii) **no se constituya en la única prueba que defina la responsabilidad administrativa y extracontractual del Estado**; iii) **coincidan con lo acreditado a través de otros medios de convicción**; iv) hayan sido tenidas en cuenta como medios de prueba en procesos foráneos en los cuales fueron recaudadas y no hayan sido desestimadas por presiones indebidas o vulneraciones a derechos fundamentales, con el agregado que si la declaración es de quien es parte en el trámite contencioso administrativo, sólo se acordará credibilidad probatoria en lo desfavorable, puesto que podría eventualmente verse beneficiada por la sentencia favorable que eventualmente se profiera como conclusión del presente litigio¹².

5. Así las cosas, dentro del presente proceso reposa copia auténtica de la diligencia de indagatoria rendida por el señor Javier Enrique Jaraba Julio, el día 6 de junio de 2003 (fol. 9 – 1, c. 3), dentro del proceso penal n. ° 120.121, adelantado en su contra por los delitos de hurto calificado en grado de tentativa y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, mismas que si bien se rindió libre de apremio y juramento, la Sala considera indispensables para el análisis integral del caso, no constituye la única prueba para predicar la posible responsabilidad de la Administración y, concuerda con otros elementos de prueba aportados al expediente.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, rad. 22597, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de mayo de 2014, rad. 24078, M.P. Ramiro Pazos Guerrero: “(...) *En cuanto a las indagatorias. La indagatoria rendida por Miguel Rodríguez Orejuela, arrimada a este proceso, proveniente de la Dirección Nacional de Fiscalías, la cual contribuyó a desvirtuar que el demandante Enrique Mancera estaba relacionado con el “cartel de narcotráfico de Cali”, no pueden ser tenidas como medio de prueba, toda vez que se trata de una versión que se obtuvo sin el apremio del juramento y, por tanto, no reúne las características necesarias para que pueda considerársela como testimonio. Lo anterior no es impedimento para que en algunos casos se tengan en cuenta las afirmaciones que los indagados consientan en hacer bajo la gravedad del juramento, lo que se deduce de la aplicación a contrario sensu de la regla antes aludida*”.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de noviembre de 2015, rad. 36170 y del 25 de julio de 2016, rad. 37125, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1º de agosto de 2016, rad. 42376, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

III. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la privación de la libertad que soportó el señor Javier Enrique Jaraba Julio, como consecuencia de la investigación penal seguida en su contra por los punibles de tentativa de hurto calificado y agravado en concurso con porte ilegal de armas de fuego y que culminó con resolución de preclusión de la investigación a su favor, constituye una detención injusta, con el fin de establecer si puede comprometer la responsabilidad de la Nación Fiscalía General de la Nación o, si como lo alega dicha entidad, el procesado estaba llamado a soportar la detención.

IV. Hechos probados

Con base en las pruebas obrantes en el expediente, valoradas en su conjunto, se tienen como ciertas las siguientes circunstancias fácticas relevantes:

1. El 4 de junio de 2003, fueron detenidos por la Policía Nacional los señores Tomas Manuel Manchego Vergara y Javier Enrique Jaraba Julio como presuntos autores de los delitos de tentativa de hurto calificado y agravado en concurso con porte ilegal de armas de fuego (fol. 1-6, c. ppal.).
2. El 5 de junio de 2003 se realizó acta de legalización de captura del señor Javier Enrique Jaraba Julio de acuerdo con el informe policivo por los delitos de porte ilegal de armas de fuego y hurto calificado y agravado en grado de tentativa (fol. 6, c. 3).
3. El 6 de junio de 2003 rindió indagatoria el señor Javier Enrique Jaraba Julio, en la que manifestó que no había tenido nada que ver con los hechos materia de investigación (fol. 9-11, c. 3).
4. El 9 de junio de 2003, la Fiscalía Treinta y Nueve (39) Delegada Ante los Juzgados Penales del Circuito de Cartagena definió la situación jurídica

provisional de los sindicatos y profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin derecho a libertad provisional o excarcelación en contra del señor Javier Enrique Jaraba Julio, como presunto autor de los delitos de tentativa de hurto calificado y agravado en concurso con porte ilegal de armas de fuego. En consecuencia, la fiscalía libró las boletas de detención a la Cárcel Nacional del Distrito Judicial de San Sebastián de Ternera, para lo cual consideró (fol. 17-31, c. 3):

Ciertamente que nos encontramos en la realización de una conducta sancionada en nuestro estatuto penal como punible, se trata de la TENTATIVA DE HURTO CALIFICADO AGRAVADO EN CONCURSO CON EL PORTE DE ARMA DE FUEGO, que de conformidad con las normas 240-2ª , 3ª, inciso final se hace necesario resolver Situación Jurídica, al tenor de la norma Procedimental Penal como el **357 – 2ª ... 10 señala HURTO CALIFICADO (C.P. artículo 240 numerales 2 y 3).**- Entonces tenemos que la pena mínima efectivamente es de 4 años, pero hay que aumentarse el agravante del artículo 241 – 10º que es una sexta parte a la mitad.- Luego en razón a lo anterior se hace necesario y es legal definir la Situación Jurídica de los Sumarios la cual no es otra que afectarlos con la Medida De (sic) Aseguramiento Preventiva, por las razones puntualizadas en la parte motiva de la presente resolución.”

5. Inconforme con la anterior decisión el apoderado del señor Javier Enrique Jaraba Julio interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, frente al cual mediante providencia de 27 de junio de 2003, la Fiscalía Seccional Treinta y Nueve de Cartagena resolvió mantener en firme la medida de aseguramiento y conceder en efecto devolutivo la impugnación (fol. 74-79, c. ppal.).

6. Posteriormente, debido a la solicitud presentada por el apoderado del señor Javier Enrique Jaraba Julio, de revocar la medida de aseguramiento, En proveído de 1 de julio de 2003, la Fiscalía 39 Delegada Ante los Juzgados Penales del Circuito de Cartagena decidió no acceder a tal petición (fol. 80-86, c. 3).

7. De acuerdo a la solicitud presentada por el procesado a través de su apoderado, el 9 de julio de 2003, la Fiscalía 39 Delegada Ante los Juzgados

Penales del Circuito de Cartagena concedió la sustitución de la detención preventiva por la detención domiciliaria a favor del señor Javier Enrique Jaraba Julio, previa constitución de caución prendaria, (fol. 112-116, c. 3).

8. Mediante Resolución n.º 108 de 28 de julio de 2003, la Fiscalía 1ª Delegada Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena desató el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor Javier Enrique Jaraba Julio en el sentido de revocar la medida de aseguramiento de 9 de junio de 2003 proferida por la Fiscalía 39 Delegada Ante los Juzgados Penales del Circuito de Cartagena por los delitos de tentativa de hurto calificado y agravado en concurso con porte ilegal de armas de fuego, por lo que ordenó librar la respectiva boleta de libertad a favor del señor Javier Enrique Jaraba Julio. En sustento de lo anterior consideró (fol. 1-6 c. 2):

De entrada se observa que se trata de concurso de Hurto Calificado Agravado en grado de Tentativa con Porte Ilegal de Arma de Fuego de Defensa Personal, cuya sumatoria de pena mínima correspondiente no supera los cuatro (4) años exigido en el artículo 356 del C.P.P. para dictar medida de aseguramiento. Por tal razón, nos identificamos con nuestro homólogo de la Unidad Delegada Ante el Tribunal Fiscal 5º cuando en un caso semejante (resolución de acusación contra el sindicado) referente a la complicidad como amplificador del tipo penal, proveyó “apúntese referente a quien se formula el juicio de responsabilidad en calidad de cómplice que vinculado como fue al proceso mediante indagatoria en atención a las directrices legales (arts 30 inciso 3 y 4; 404 C.P. artículos 354 y 357 C.P.P. la determinación de la pena mínima tiene que contar con el influjo del dispositivo amplificador del tipo, alterándose en consecuencia sus extremos punitivos. Es así que en observancia de la ley esa evitación cautelar debe mantenerse estable”.

El debate entonces se centra en la Tentativa como **amplificadores de tipo** respecto al Hurto Calificado Agravado en **concurso** con el Porte Ilegal de Arma de Fuego de Defensa Personal, en que la primera instancia profirió medida de aseguramiento (folios 27) señalando que “se trata de TENTATIVA DE HURTO CALIFICADO AGRAVADO en concurso con el PORTE ILEGAL DE ARMNA DE FUEGO y que la **pena mínima es de 4 años y aumentó** en una sexta parte a la mitad por el agravante del artículo 241 -10-“, pero no se detuvo en el artículo 27 del C.P., para hacer la **disminución** de la pena por **tentativa** “no menor de la **mitad** del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del **máximo** de la señalada para la conducta punible consumada”.

Por lo tanto, la adecuación de la Medida de Aseguramiento esta en relación directa y forzosa con la naturaleza del hecho investigado y como requisito sustancial exige la **pena correspondiente**. Es así como “el código de procedimiento penal regula los eventos en que procede la medida de aseguramiento y se refiere a la pena mínima del respectivo delito, no del tipo penal básico especial y es claro que integran el concepto de hecho punible todos aquellas circunstancias de modo tiempo y lugar que rodean la realización del comportamiento. Son llamados “dispositivos amplificadores del tipo del injusto (**tentativa** –art 27 del C.P. y Complicidad –art. 30 íbidem) debe tenerse en cuenta para precisar el mínimo de la pena del delito investigado porque ellos permiten **disminuir** la sanción prevista en el tipo penal donde encuentra adecuación la conducta, tal disminución puede dejar la pena por debajo del límite de cuatro años de prisión, lo cual incide sustancialmente en la aplicación de la medida de aseguramiento. Es posible que respecto de la misma conducta deba resolverse la situación jurídica a unos y a otros, por ejemplo detención para el autor más no para el cómplice por no quedar el quantum de la pena dentro de los límites exigibles. En cuanto a la enunciación de hipótesis contempladas en la causal segunda del art. 357 es **taxativa** y por lo mismo es posible crear **nuevas** situaciones a través de aplicación analógica o de interpretación extensiva pues quebranta el principio de legalidad. De otra parte no puede tenerse en cuenta el incremento punitivo propio del concurso efectivo de conductas punibles frente al fenómeno de delitos conexos para efectos de fijar la pena mínima, puesto que el concurso de conductas punibles no puede ubicarse dentro de los amplificadores (**Tentativa** y complicidad) por no constituir una circunstancia de agravación punitiva de la norma infringida, ni tampoco está instituida como medio que sirva para modificar los extremos punitivos de la norma quebrantada (Vease Detención Preventiva –El proceso penal de Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Lynet). Pero de todas maneras, se hace necesario hacer la operación **diminuyente** de la pena que da el siguiente resultado:

PENA MÍNIMA por el HURTO CALIFICADO 0 48 meses AGRAVADO = 8 meses Total 0 de (sic) 56 meses. MITAD DEL MÍNIMO = 28 meses.
TRES CUARTAS PARTES DEL MAXIMO = 90 meses
MITAD DEL MAXIMO = 45 meses.

Es decir ni en la mitad del mínimo punitivo ni en las tres cuartas partes del máximo, se supera los 48 meses que equivalen a CUATRO (4) AÑOS, a que se refiere el numeral 1º del artículo 357 del C.P.P. y tampoco, por las razones anteladas se puede aplicar el numeral 2º del artículo 357 del C. de P.P.

En consecuencia se provera (sic) revocando la medida de aseguramiento de Detención Preventiva Impuesta, lo mismo que la Domiciliaria y ordenando la libertad del procesado Javier Enrique Jaraba Julio con sujeción al artículo 368 del C.P.P. que debe realizar la primera instancia, igualmente se ordena

devolver la caución prendaria, continuar con la investigación contra el mismo y resolver la extinción de la acción penal por la muerte que se solicita a folios 117 para TOMAS MANUEL MANHEGO (sic) VERGARA.

9. Posteriormente, el 7 de noviembre de 2008, la Fiscalía 39 Delegada Ante los Juzgados Penales del Circuito de Cartagena precluyó la investigación penal adelantada contra el señor Javier Enrique Jaraba Julio por los delitos de hurto agravado y calificado en modalidad de tentativa en concurso con tráfico fabricación o porte de armas de fuego. Básicamente, esta decisión se fundamentó en que del análisis en conjunto de todas las pruebas recaudadas no se logró determinar que el señor Jaraba Julio fuera responsable de las conductas punibles endilgadas en calidad de autor, coautor o partícipe. Esta decisión quedó ejecutoriada tres días después de su notificación, esto es, el 3 de diciembre de 2008, Según constancia obrante en el expediente¹³.

10. Finalmente, consta en el expediente que el señor Javier Enrique Jaraba Julio estuvo privado de su libertad desde su captura el 4 de junio de 2003 hasta el 29 de julio de 2003 (fol. 132 c. 1 y 154, c. 3), cuando recobró su libertad por suscribir el acta de compromiso establecida en el artículo 368 del C.P.P., es decir, durante 1 mes y 23 días¹⁴.

V. Análisis de la Sala

Para resolver el asunto puesto a consideración de la Sala es preciso resaltar primero que la libertad personal es un derecho esencial de la persona y, como tal, está reconocido en la Carta Política¹⁵ y los tratados internacionales de

¹³ Folio 314 cuaderno principal

¹⁴ Acta de legalización de captura 5 de junio de 2003 –fol. 6, c. 3.- y Acta de la diligencia de compromiso elaborada el 29 de julio de 2003 –fol. 154, c. 3.

¹⁵ Constitución Política. Artículo 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. (...)

derechos humanos ratificados por Colombia e incorporados al orden jurídico interno por vía del bloque de constitucionalidad¹⁶.

La libertad consiste, básicamente, en la capacidad de la persona de hacer lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo¹⁷.

La libertad, como principio y derecho humano, comprende en su núcleo esencial tanto *“la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios”*, como *“la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de*

¹⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aprobada por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978 conforme su artículo 74.2 y aprobada en Colombia en la Ley 16 de 1972. Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. (...); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrado en vigor el 23 de marzo de 1976 de conformidad con su artículo 49 y aprobado en Colombia en la Ley 74 de 1968. Artículo 9. 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. (...)

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*, sentencia de 21 de noviembre de 2007, serie C n.º 170, párr. 52.

*la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente*¹⁸.

En su carácter de principio, la libertad es un elemento básico y estructural del Estado de derecho que reconoce y protege la propia autorrealización del individuo. Como derecho fundamental, la libertad goza de preeminencia en el orden superior, sólo puede ser regulada o intervenida por la potestad legislativa, se encuentra protegida por la prohibición de afectar su contenido esencial y su aplicación es directa e inmediata y obliga a todos los órganos y agentes del Estado.

El mencionado derecho, no obstante, no tiene carácter absoluto e ilimitado pues debe armonizarse con otros bienes y derechos de rango constitucional. En consecuencia, la restricción de la libertad a través de la captura o la detención preventiva es considerada admisible, pues el objeto de tales medidas es *“asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad”*¹⁹. Estas medidas deben ser decretadas por una autoridad judicial, en el desarrollo de un proceso con plenas garantías, y un carácter eminentemente provisional o temporal, con el fin de que no se conviertan en una sanción anticipada.

La restricción de la libertad no solamente debe sujetarse a estos requisitos formales y sustanciales, sino que su imposición estar motivada con claridad y suficiencia, y ajustarse a los principios, valores y derechos que consagra la Carta Política, así como a los parámetros fijados por el derecho internacional de los derechos humanos. En todo caso, debe tener en consideración la gravedad del delito cometido, la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados, los antecedentes penales del sindicado, la circunstancia de haber sido aprehendido en flagrancia,

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-634 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

el desacato a decisiones judiciales previas o la asunción de una conducta reprochable con posterioridad a la ejecución del hecho punible²⁰.

En el presente caso, es preciso advertir que para el momento en que quedó en firme la decisión que puso fin al proceso penal, es decir, la resolución del 7 de noviembre de 2008 emitida por la Fiscalía 39 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Cartagena, que calificó el mérito del sumario y precluyó la instrucción a favor de Javier Enrique Jaraba Julio²¹, ya había entrado en vigencia la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, cuyo artículo 68 prescribe que *“quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar del Estado la reparación de perjuicios”*. El proyecto de la referida ley estatutaria fue revisado por la Corte Constitucional, quien condicionó la declaratoria de exequibilidad de la citada disposición, en estos términos:

Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención. (...) Bajo estas condiciones, el artículo se declarará exequible²².

La Sala ha considerado que si bien el condicionamiento fijado por la Corte Constitucional traduce la privación injusta de la libertad en una actuación judicial *“abiertamente arbitraria”*, dicha disposición no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-634 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²¹ Folio 176-183, cuaderno 3

²² Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

daños provienen de una actuación legítima del Estado adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto estos no tengan el deber jurídico de soportarlos, como sucede con los que sufren las personas que son privadas de la libertad durante una investigación penal, a pesar de no haber cometido ningún hecho punible, que son los eventos del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, el cual no perdió vigor con la entrada en vigencia de la ley estatutaria de la administración de justicia pues ello tuvo lugar solo hasta el 24 de julio de 2001, al entrar a regir la Ley 600 de 2000 – Código de Procedimiento Penal²³.

Además, cabe advertir que durante la vigencia del Decreto 2700 de 1991, la responsabilidad estatal debía declararse en todos los casos en que se dictara una sentencia absolutoria o su equivalente –preclusión de investigación o cesación del procedimiento–, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de un hecho punible²⁴. Esta disposición quedó derogada el 24 de julio de 2001, al entrar a regir la Ley 600 de 2000²⁵, esto es, el Código de Procedimiento Penal. No obstante, como lo ha recordado anteriormente la Subsección, los supuestos del artículo ya citado se derivan directamente del artículo 90 de la Constitución Política, de modo que aún con la pérdida de vigor del Decreto 2700 de 1991, tales causales pueden ser aplicadas para derivar responsabilidad por expresa orden constitucional²⁶.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 6 de 2011, exp. 21653, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁴ Decreto 2700 de 1991. “Artículo 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”.

²⁵ Ley 600 de 2000. “Artículo 535. Derogatoria. Derógase el Decreto 2700 de noviembre 30 de 1991, por el cual se expidió el Código de Procedimiento Penal, sus normas complementarias y todas las disposiciones que sean contrarias a la presente ley”.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de septiembre de 2013, exp. 35235, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Fuera de los tres eventos contemplados en la norma en mención, la responsabilidad extracontractual de la administración puede resultar comprometida también cuando por ejemplo al término del proceso penal la presunción de inocencia del sindicado se mantiene incólume, lo cual ocurre en los eventos en los que la absolución se origina en la aplicación del principio *indubio pro reo*.

Descendiendo al caso concreto, está probado que Javier Enrique Jaraba Julio sufrió un daño, causado por haber estado privado de la libertad desde el 4 junio al 29 de julio de 2003²⁷ fecha esta última en la que la Fiscalía Uno Delegada ante el Tribunal Superior del Circuito de Cartagena revocó la medida de aseguramiento dictada por la Fiscalía 39 Delegada Ante los Juzgados Penales del Circuito de Cartagena y ordenó la libertad del sindicado (fol. 1-6, c. 3).

Ahora, en relación con la imputación, se tiene que la sentencia de primera instancia, en principio consideró que en los eventos de privación injusta de la libertad era aplicable un régimen de imputación objetivo, no obstante, destacó que la Fiscalía General de la Nación incurrió en irregularidad, dado que la medida de aseguramiento impuesta al señor Jaraba Julio no era legalmente procedente dado las penas establecidas para los delitos que se le imputaron y en consideración a las diminuciones establecidas para tales conductas delictivas en el caso en particular, error que condujo a la privación de la libertad del aquí demandante, de tal manera que se tornó injusta; por consiguiente, la Fiscalía General de la Nación fue declarada responsable en primera instancia de los daños antijurídicos provocados a los demandantes.

En lo concerniente, debe decirse que la Sala Plena de la Sección, en sentencia de 19 de abril de 2012²⁸, unificó su posición para señalar que, al no existir consagración constitucional de ningún régimen de responsabilidad en especial, corresponde al juez encontrar los fundamentos jurídicos de sus fallos, por lo que

²⁷ Folio 6 y 154 cuaderno 3

²⁸ Rad. 21515.

los títulos de imputación hacen parte de los elementos argumentativos de la motivación de la sentencia. En este sentido se expuso:

En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia.

Ahora, si bien podría resultar procedente la aplicación de un régimen de responsabilidad objetivo derivado de la aplicación de los supuestos del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, es preciso destacar que esta Corporación ha afirmado que la falla del servicio es el título jurídico de imputación por antonomasia para endilgarle responsabilidad al Estado y su consecuente obligación indemnizatoria. Bajo tal premisa, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para soportar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual²⁹.

En este orden de ideas, es menester recordar que el sustento de la absolución penal de Javier Enrique Jaraba Julio estuvo determinado porque no existían fundamentos probatorios que permitieran proferir acusación en su contra por los delitos de tentativa de hurto agravado en concurso con porte ilegal de armas de

²⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de julio de 1993, Exp. 8163 y del 16 de julio de 2008, Exp. 16423, ambas con ponencia del C.P Mauricio Fajardo Gómez.

fuego, con tal propósito, se refiere el contenido de la decisión proferida el 7 de noviembre de 2008 por la Fiscalía Seccional 39 ante los Juzgados Penales del Circuito de Cartagena, en la cual se precluyó la investigación (fol. 176 a 183, c. pruebas 3.):

“7. (...) encontramos las declaraciones de los agentes de policía que participaron en los hechos, señores ANTONIO MONSALVE JIMENEZ y EDUARD ARIZA PEDROZA, pero de la misma encontramos dos reparos protuberantes que restan eficacia a su actuación y por consiguiente a sus resultados o conclusiones, el primero de ellos realizar una captura a una persona dos horas después de los hechos, en un barrio distinto al que sucede los hechos, sin una razón valedera (información recibida por una persona sin identificar), sumado a esto, **rematan su irregular actuación colocando a las víctimas del hecho a reconocer al capturado, sin la presencia de un abogado defensor y vulnerando lo reglado en el artículo 303 del código de procedimiento penal**, empero, como tal procedimiento no aparece en el expediente como una diligencia de reconocimiento de personas, no podemos declarar inexistente o nula la misma, sin embargo, lo anterior si limita la credibilidad y el dicho de los testigos de cargo en el sentido de haber sido contaminada su percepción y existir eminentemente un prejuizgamiento acerca del sindicado.

8. Ahora, analizando las declaraciones de RAFAEL REYES BERRIO, CANDY ESTHER REYES, RONNY ROBERTO REYES OJEDA Y BAYRON GABRIEL REYES, **en ningún momento existe un señalamiento directo por parte de los mismos, es más algunos ni siquiera lograron percibir los agresores, solamente escucharon lo sucedido** (caso de RAFAEL), **reconocen haber ido alguno de estos hasta la estación, a ver a los capturados sin la presencia de un defensor o demás circunstancias necesarias para este tipo de procedimientos**. Manifestaron haber escuchado el nombre de MANCHEGO, como uno de los autores, pues así lo llamaban los demás asaltantes, no obstante, este sindicado ya falleció y estaría demás hacer algún tipo de valoración al respecto, por lo que resultaría inocua.

9. En este sentido, como quiera que estamos en el momento de calificar el mérito del sumario, esta delegada al examinar todos los elementos probatorios arrimados a la investigación, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, que nos obliga a tener presente componentes como las máximas de la experiencia, la lógica y el sentido común. En ese orden, ha de concluir que este despacho que no se le puede enrostrar responsabilidad penal al sindicado JAVIER ENRIQUE JARABA JULIO, de la conducta endilgada, pues evidentemente emerge duda y se presentan una falta de prueba que nos lleve a enrostrar dicha responsabilidad al procesado.

10. Recordemos que en la actual legislación penal y procesal vigente para que se le pueda encausar responsabilidad a una persona, es necesario que se encuentren elementos de pruebas (sic) demostrados en el proceso, ajustados a los cánones constitucionales, con respeto a las garantías del sindicado, que puedan quebrantar la presunción de inocencia de todo investigado, recuérdese que solo puede sancionarse penalmente a quien haya actuado culpablemente y esta actuación ilícita este soportada mediante pruebas legalmente allegadas al

proceso, por lo tanto, dentro de este caso, luego de un análisis a todos los elementos recaudados durante la instrucción se genera una duda en esta investigación a favor del señor JARABA JULIO, por principio de la duda favorece (sic) al sindicado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 del C.P.P.

11. Ilustra la doctrina³⁰: El in dubio pro reo integra una serie de aforismos latinos que absuelven al inculpado en todos los casos de duda: “En la duda hay que absolver el benigno”. Digesto decía “Es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente, Y Ulpiano planteo que “es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”

12. Igualmente se ha expuesto que quien tiene la carga de la prueba debe reconocer un sendero de ascenso cuyo primer eslabon es la duda, que pasa por los intermedios de la posibilidad y la probabilidad, hasta llegar a lo más alto que es crear la certeza, que de no, abre a la absolución. La presunción de inocencia, implica la presunción de no culpabilidad del imputado hasta la prueba en contrario, la ley presume que el acusado es inocente mientras no se pruebe lo contrario de modo satisfactorio y por evidencia competente; y es norma de ley que su culpabilidad debe ser probada más allá de toda duda razonable.

13. Dice el tratadista ERNESTO CHIESA APONTE³¹: “Puede constituirse porque falta prueba debido a que el acusador no la aportó porque no existía; y porque habiéndose aportado, fue controvertida perdiendo la vocación a producir certeza. Se funda en los apotegmas que la generalidad de los hombres no delinquen y es situación natural del hombre, la de ser inocente, por lo tanto, toda duda insalvable que aparezca dentro del proceso, debe beneficiarlo, porque la premisa mayor de la presunción de inocencia lo ampara”

14. En medio de esta valoración, estimamos que en el grado de probabilidad exigido, al revisar los presupuestos que trae el artículo 397 del Código Procesal Penal, no se estarían estructurando, en lo que respecta a la existencia de medio probatorio que comprometa la responsabilidad penal de JARABA JULIO, en ningún grado, ya sea como autor, coautor o participe, pues como lo hemos reseñado en esta providencia, no existen luego de cinco (5) años de la ocurrencia del hecho, elementos suficientes y realizados legalmente que comprometan el sindicado.

15. Así las cosas, sin mayores reflexiones, se optará por precluir la instrucción a favor de JAVIER ENRIQUE JARABA, en aplicación del artículo precitado, esencialmente, ante el hecho de no encontrarse desvirtuado el Principio de Presunción de Inocencia, establecido a su favor.

No obstante, para efectos de verificar si se presenta una falla del servicio es indispensable resaltar cuáles fueron los aspectos que llevaron consigo a la privación de la libertad del demandante y su posterior absolución, veamos:

³⁰ RAMIREZ BASTIDAS, Yesid y RAQUEL BASTIDAS DE RAMIREZ. Principialística Procesal Penal. Segunda Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 200. Página 142

³¹ CHIESA APONTE, Ernesto. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Tomo I, Bogotá Editorial Forum. 1995 Página 48.-

En concordancia, con el artículo 354 de la Ley 600 del 2000³² el 9 de junio de 2003 la Fiscalía 39 Delegada Ante los Juzgados Penales del Circuito de Cartagena resolvió la situación jurídica del imputado y dentro de la misma decretó medida de detención preventiva, que según el artículo 357 *ibídem*³³, entre otras, procedía cuando la pena mínima de prisión fuera o excediera de 4 años (v. párr. 6).

Al respecto, vale precisar que contra dicha decisión se presentó recurso de apelación el cual fue resuelto por la Fiscalía 1ª Delegada Ante el Tribunal Superior de Cartagena que revocó la decisión, dado que consideró que la medida restrictiva de la libertad no era procedente al realizar la operación diminuyente para el caso en concreto, en aplicación de los numerales 1º y 2º del artículo 357 del Código de Procedimiento Penal (v. párr. 8).

De igual forma, es preciso señalar que aunque el fiscal del caso señaló en la providencia de preclusión de la investigación que no había lugar a continuar con el trámite del proceso penal por la existencia de duda sobre la responsabilidad penal del sindicado, lo cierto es que no obraba prueba o indicio alguno en el proceso penal que comprometiera al señor Javier Enrique Jaraba Julio como posible autor, coautor o participe de los delitos de hurto agravado y calificado en la modalidad de tentativa en concurso con tráfico fabricación o porte ilegal de armas de fuego, circunstancia esta que inclusive fue aceptada por el fiscal del

³² El artículo 354 de la Ley 600 del 2000 reza: “La situación jurídica deberá ser definida en aquellos eventos en que sea procedente la detención preventiva.

Cuando la persona se encuentre privada de la libertad, rendida la indagatoria, el funcionario judicial deberá definir la situación jurídica por resolución interlocutoria, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, indicando si hay lugar o no a imponer medida de aseguramiento si hubiere prueba que la justifique u ordenando su libertad inmediata. En este último caso, el sindicado suscribirá un acta en la que se comprometa a presentarse ante la autoridad competente cuando así se le solicite.

Si el sindicado no estuviere privado de la libertad, el plazo para resolver situación jurídica será de diez (10) días contados a partir de la indagatoria o de la declaratoria de persona ausente. El Fiscal General de la Nación o su delegado dispondrán del mismo término cuando fueren cinco (5) o más las personas aprehendidas, siempre que la captura de todas se hubiere realizado en la misma fecha”.

³³ El artículo 357 de la Ley 600 del 2000, preveía: “La medida de aseguramiento procede en los siguientes eventos:

1. Cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años (...)”

caso al referir en la resolución de preclusión que aun después de cinco (5) años de la ocurrencia de los hechos no existan elementos suficientes que comprometieran al sindicado.

Aunado a lo anterior, tampoco puede pasarse por alto que fueron los errores procedimentales cometidos dentro de la investigación y que no fueron advertidos a tiempo por la Fiscalía General de la Nación al momento de calificar la situación jurídica provisional y decretar medida de aseguramiento³⁴, los que ocasionaron la privación injusta de la libertad del señor Jaraba Julio, toda vez que como quedó expuesto en la providencia absolutoria y en la que revocó la medida de aseguramiento, se cometieron fallas y omisiones, tales como: (i) realizar la identificación del sindicado por parte de las víctimas sin presencia de un abogado; (ii) las víctimas y testigos en sus declaraciones no fueron precisos ni certeros en sus declaraciones, máxime cuando algunos dijeron que no se encontraban presentes, y otros que no vieron realmente al sindicado; y (iii) no se cumplían los requisitos legales establecidos para emitir una medida restrictiva de la libertad. Dichas fallas u omisiones de ninguna manera pueden ser interpretadas en contra de la persona que resultó investigada y privada de su libertad porque era a la Fiscalía General de la Nación, en cumplimiento de su obligación constitucional de investigar los hechos delictivos –art. 250 C.P.-, a la que le correspondía el recaudo adecuado de las pruebas relativas a los hechos delictivos objeto de indagación o verificación.

Así, no puede desconocerse que al ente instructor, previo a dictar medida de aseguramiento debió percatarse del cumplimiento de los requisitos que en ese momento exigía el artículo 355 de la Ley 600 del 2000, esto es, la existencia de dos indicios graves, los cuales no se advertían dentro del proceso, dado que como la misma fiscalía después lo advirtió, la únicas pruebas incriminatorias, consistente en los algunos testimonios y declaraciones de las víctimas y el reconocimiento de los presuntos delincuentes habían sido recaudadas de

³⁴ Pues de tales irregularidades solo se percató casi 5 años después al momento de precluir la investigación.

manera irregular, circunstancia en las que el ente instructor no reparó al momento de ordenar la restricción de la libertad del ahora demandante.

A parte de lo anterior, y más relevante aún, es el hecho de que al momento de proferirse medida de aseguramiento no se hubieren cumplido los requisitos mínimos para que fuera impuesta conforme lo preveía el artículo 357 de la Ley 600 del 2000; yerro que si bien corrigió la Fiscalía Seccional al desatar la apelación interpuesta contra dicha decisión, ello no impidió que finalmente se produjera un daño con carácter de antijurídico, justamente, por haber sido contrario al ordenamiento penal y que la víctima no estaba en el deber de soportar.

Además de lo anterior, no está demás expresar que no existió en el proceso penal una prueba que comprometiera seriamente la responsabilidad del señor Javier Enrique Jaraba Julio en los delitos por los cuales fue investigado, esto debido a que ni siquiera fue posible constatar su presencia en el lugar de los hechos y su participación en el hurto a mano armada que fue objeto la residencia del señor Reyes, por lo que igualmente fuerza concluir a la Sala que la preclusión de la investigación penal se produjo por no encontrarse demostrada la participación del sindicado en los delitos que se le imputaban.

Así las cosas, dado que el señor Javier Enrique Jaraba Julio tuvo que soportar la carga de una medida privativa de la libertad sin que existiera fundamento para ello y mientras que el Estado, a través de su aparato investigativo, averiguaba su supuesta autoría o participación en una conducta punible, merece ser compensada por la comisión de una falla del servicio y por el solo hecho de habersele impuesto una carga mayor a la que asume el promedio de los ciudadanos.

En esa medida, se concluye que a partir del acervo probatorio, no se avizora que el demandante haya actuado con dolo o culpa grave desde la perspectiva civil como causal eximente de responsabilidad, máxime cuando su captura no se

debió a un comportamiento descuidado de su parte sino a un errado y apresurado proceder de la Fiscalía General de la Nación.

Por consiguiente, hay lugar a considerar que la privación de la libertad de que fue objeto el señor Javier Enrique Jaraba Julio fue injusta y que, en consecuencia, sí le asistía razón al *a quo* al declarar la responsabilidad en el caso concreto.

Finalmente, cabe aclarar que la responsabilidad patrimonial por el daño causado a los demandantes es imputable a la Fiscalía General de la Nación, pues fue en virtud de las actuaciones de esta entidad que se privó de la libertad al señor Javier Enrique Jaraba Julio.

Ahora, toda vez que la parte apelante manifestó su inconformidad respecto de los perjuicios reconocidos en la sentencia de primera instancia, procederá la Sala a pronunciarse sobre los mismos sin hacer más gravosa la situación del apelante único, esto en aplicación del principio de la *non reformatio in pejus*.

VI. En cuanto a los perjuicios

- Perjuicios morales

Toda vez que el periodo durante el cual estuvo privado de su libertad el señor Javier Enrique Jaraba Julio fue entre el 4 de junio de 2003 hasta el 28 de julio de la misma anualidad, es decir, durante 1 meses y 19 días, este será el periodo que se tomará como base para la cuantificación de los perjuicios morales.

En relación con la cuantificación del perjuicio, en reciente decisión de la Sala Plena de esta Sección se unificaron los criterios para la tasación del perjuicio moral en casos de privación injusta de la libertad, con base en los siguientes parámetros: (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 de la conducta por la cual fue investigado y/o acusado el sindicado; (iv) la posición y prestigio social de quien fue privado de la libertad³⁵.

En la misma providencia, la Sala consideró que, sin perjuicio de las circunstancias especiales de cada caso, los siguientes lineamientos permiten orientar la discrecionalidad del juez para la tasación de tales perjuicios: (i) en los casos en que la privación sea superior a 18 meses, se reconozca la suma de 100 smlmv; (ii) cuando supere los 12 meses y sea inferior a 18 meses, el monto de 90 smlmv; (iii) si excedió los 9 meses y fue inferior a 12 meses, se sugiere el reconocimiento de 80 smlmv; (iv) si fue mayor a 6 meses, pero no rebasó 9 meses hay lugar a fijar como indemnización la suma equivalente a 70 smlmv; (v) de igual forma, en tanto la privación sea superior a 3 meses pero no sea mayor a 6 meses, el valor por concepto de este perjuicio correspondería a 50 smlmv; (vi) si la medida supera 1 mes pero es inferior a 3 meses, se insinúa el reconocimiento de 35 smlmv; y (vii) finalmente, si la detención no supera un mes, la reparación se podrá tasar en el equivalente a 15 smlmv, todo ello para la víctima directa y para cada uno de sus más cercanos o íntimos allegados³⁶.

Así las cosas, debido a que en el caso *sub examine* el monto máximo que se podía reconocer a los demandantes por concepto de perjuicio moral era de 35 smlmv –la privación fue superior a 1 mes pero no mayor a 3 meses-, y que en la sentencia de primera instancia los perjuicios morales reconocidos a favor de la víctima (25 smlmv), sus padres (10 smlmv para cada uno) y hermanos (10 smlmv) no excedieron dicho tope, la Sala confirmará la condena impuesta en primera instancia por este concepto. No sobra mencionar que no hay lugar a aumentar la condena impuesta a favor de los demandantes por aplicación del principio de la *non reformatio in pejus*.

- Perjuicios materiales

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 36149, C.P. Hernán Andrade Rincón (E).

³⁶ *Ibídem*.

El *a quo* reconoció por concepto de perjuicios materiales las siguientes sumas de dinero:

En la modalidad de daño emergente la suma que el señor Javier Enrique Jaraba Julio erogó en los honorarios del abogado que ejerció su defensa en el proceso penal adelantado en su contra (\$7.000.000), perjuicio que se encuentra plenamente demostrado en el proceso en razón a que obra certificación original expedida por el abogado Gabriel Combat Fonseca en el que se hizo constar el pago esa suma por concepto de honorarios correspondientes al proceso penal³⁷ –suma acordada el 7 de octubre de 2003- (fol. 28, c. ppal. 1.), gestión profesional que además se pudo constatar en el contenido de las piezas del proceso penal allegadas y que perduró durante aproximadamente 3 años, por lo que la Sala considera procedente confirmar este perjuicio actualizándolo a la fecha de la presente sentencia, de conformidad con la fórmula consagrada para ello³⁸. Así:

\$ 10.035.876	IPC julio 2017	<u>137,80</u>	=
	IPC julio 2011	108,05	

Va: Doce Millones Setecientos Noventa y Nueve Mil Ciento Ocho Pesos (\$12.799.108)

En la modalidad de lucro cesante, el Tribunal advirtió que ante la falta de prueba del valor preciso de los ingresos que percibía mensualmente el señor Javier Enrique Julio Jaraba, daba aplicación de la presunción *pro hómine* según la cual una persona adulta en etapa de productividad no puede devengar menos de un salario mínimo mensual vigente que para la fecha de la sentencia -2011-,

³⁷ Vale la pena advertir que la certificación aportada puede ser valorada en este proceso por cuanto fue allegado en original y contra la misma no se formuló tacha de falsedad, ni se solicitó su ratificación, esto de conformidad con lo establecido en los artículos 252 y 277 del Código de Procedimiento Civil.

³⁸ $V_p = V_h \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$

Donde: V_p : Valor presente de la renta. V_h : capital histórico o suma que se actualiza. Índice final certificado por el DANE a la fecha de esta sentencia, el de julio de 2017: 137,80 a falta del índice del mes de agosto de 2017. Índice inicial: el de la fecha en la cual se tuvo por realizado el pago en primera instancia –julio de 2011-: 108,05-

correspondía al valor de \$535.600, suma que se multiplicó por el número de meses a indemnizar (1.63), arrojando como resultado la suma de Ochocientos Setenta y Cuatro Mil Trescientos Sesenta y Seis Pesos (\$874.366). En consecuencia la Sala se limitará a actualizar lo reconocido por la primera instancia.

\$ 874.366	IPC julio 2017	<u>137,80</u>	=
	IPC julio 2011	108,05	

Va: Un Millón ciento Quince Mil ciento nueve Pesos y Novecientos Noventa y Tres Centavos (\$1.115.109,993)

En estos términos, la Sala modificará la condena en lo relacionado con este punto y reconocerá al señor Javier Enrique Jaraba Julio por concepto de perjuicios materiales el valor de Doce Millones Setecientos Noventa y Nueve Mil Ciento Ocho Pesos (\$12.799.108), por daño emergente y la suma de Un Millón ciento Quince Mil ciento nueve Pesos y Novecientos Noventa y Tres Centavos (\$1.115.109,993) por lucro cesante.

Costas

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de las partes dentro del proceso, razón por la cual no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –Subsección “B”-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMESE la sentencia recurrida, esto es, la proferida por el Tribunal

Administrativo de Bolívar el 29 de julio de 2011, la cual quedará así:

PRIMERO. DECLÁRASE administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación-Fiscalía General de la Nación por los daños antijurídicos causados a Javier Enrique Jaraba Julio, Pedro Adan Jaraba Ramírez, Nelly María Julio Julio, Pedro Adan Jaraba Julio y Rosario Del Carmen Jaraba Ortiz, con la privación injusta de que fue objeto el primer mencionado.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNASE** a la Nación-Fiscalía General de la Nación a pagar por concepto de perjuicios morales, las siguientes cantidades:

a. Veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria del presente fallo, a favor de Javier Enrique Jaraba Julio (víctima directa);

b. Diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria del presente fallo, a favor de cada uno de los siguientes demandantes: Pedro Adan Jaraba Ramírez, Nelly María Julio Julio (padres de la víctima);

c. Diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria del presente fallo, a favor de cada uno de los siguientes demandantes: Pedro Adan Jaraba Julio y Rosario Del Carmen Jaraba Ortiz (hermanos de la víctima).

TERCERO. CONDÉNASE a la Nación-Fiscalía General de la Nación a pagar a favor del señor Javier Enrique Jaraba Julio, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, la suma de Doce Millones Setecientos Noventa y Nueve Mil Ciento Ocho Pesos (\$12.799.108). y la suma de Un Millón ciento Quince Mil ciento nueve Pesos y Novecientos Noventa y Tres Centavos (\$1.115.109,993) por lucro cesante.

CUARTO. DENIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. La Fiscalía General de la Nación dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, en los términos indicados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SÉPTIMO. Sin condena en costas.

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de la Sala

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

Ausente con excusa
STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrado