



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente (E): MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 17001-23-31-000-2011-00368-01(49083)

Actor: JUAN CARLOS ZULUAGA SALAZAR Y OTROS

Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA-

Temas: APELACIÓN ADHESIVA – Oportunidad / RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD – El implicado no cometió el delito / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Proceso penal tramitado en vigencia de la Ley 906 de 2004 / IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO – Rama Judicial - Jueces de Control de Garantías / REPRESENTACIÓN JUDICIAL DE LA NACIÓN - Reiteración y aplicación de la jurisprudencia unificada de la Sección Tercera - Rama Judicial y Fiscalía General representan a una misma y única persona jurídica: La Nación / CONDENA - En contra de la Nación con cargo al presupuesto de la Rama Judicial.

Resuelve la Sala los recursos de apelación presentados por la Nación - Fiscalía General de la Nación y por la parte actora en contra de la sentencia del 1° de agosto de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Caldas accedió, parcialmente, a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (se transcribe literal, incluso con errores):

"Primero. DECLÁRASE administrativamente responsable a la Nación - Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios causados al señor Juan Carlos Zuluaga Salazar y a su madre Claudia María Salazar mejía, por los motivos expuestos en precedencia.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

“Segundo. CONDÉNASE a la Nación - Fiscalía General de la Nación a pagar a título de indemnización por los perjuicios morales causados a los demandantes, las siguientes sumas de dinero:

“A favor del señor Juan Carlos Zuluaga Salazar la suma de cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicios morales, que equivalen a la suma de VEINTITRÉS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$23.580.000).

“A favor de Claudia María Salazar Mejía la suma de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a OCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$8.842.500).

“Tercero. CONDÉNASE a la Nación - Fiscalía General de la Nación pagar a Juan Carlos Zuluaga Salazar por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, la suma de CINCO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$5.649.375).

“Cuarto. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

“Quinto. Las sumas serán canceladas dentro de los términos fijados por el artículo 176 y 177 del C.C.A.

“Sexto. Sin costas en esta instancia.

“Séptimo. Ejecutoriada esta providencia liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y archívense las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI¹.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

El 9 de agosto de 2011², los señores Juan Carlos Zuluaga Salazar, Claudia María Salazar Mejía, Néstor Darío Salazar Mejía, William Corredor Mejía, Viviana Salazar Mejía, Fredy Salazar Mejía, Javier Mauricio Salazar Mejía y Henry Corredor Mejía, por medio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa³, presentaron demanda contra la Nación – Fiscalía General de la Nación, con el fin de que se les indemnizaran los perjuicios causados con la privación de la libertad a la que fue sometida la primera de las mencionadas personas.

¹ Folios 340 a 353 del cuaderno de segunda instancia.

² Según el acta de reparto visible a folio 1 del cuaderno 1.

³ Según los poderes obrantes de folios 2 a 3 del cuaderno 1.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

Como consecuencia de la anterior declaración, se solicitó que se condenara a la entidad accionada a pagar, a cada uno de los demandantes, la suma equivalente a 100 S.M.L.M.V, por concepto de perjuicios morales.

Por perjuicios materiales, en la modalidad lucro cesante, se reclamaron todos los ingresos que dejó de percibir Juan Carlos Zuluaga Salazar, durante el tiempo que estuvo privado de la libertad.

1.1. Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, en síntesis, se narró que, el 23 de febrero de 2008, en el sector conocido como “El Tierrero” de la ciudad de Manizales, fueron baleadas varias personas, dando como resultado dos muertos y dos heridos.

Según lo indicado por los demandantes, miembros de la SIJIN del departamento de Policía de Caldas arribaron al sitio de los acontecimientos y luego de realizar indagaciones preliminares rindieron un informe en el cual hicieron saber: i) que quien disparó fue un sujeto apodado “Llorón y/o May” en compañía de otro individuo “en una motocicleta de las nuevas de color morado”; ii) que Juan Carlos Zuluaga Salazar era la persona que manejaba la moto en la que se desplazó el autor del doble homicidio.

Por ese motivo, la Fiscalía acusó al señor Juan Carlos Zuluaga Salazar de haber cometido los punibles de homicidio agravado en concurso homogéneo con homicidio tentado agravado y porte ilegal de armas de fuego.

Manifestaron que por esa acusación, el demandante permaneció recluido en la cárcel nacional de varones durante un lapso superior a siete meses, desde el 18 de noviembre de 2008 y hasta el 9 de julio de 2010.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

Alegaron que la libertad del demandante se ordenó durante la audiencia preparatoria y una vez la Fiscalía General de la Nación retiró los cargos imputados por carecer de respaldo probatorio.

De acuerdo con lo señalado en el escrito inicial, al proceso penal se allegó una declaración ante notario, a través de la cual un investigador de la SIJIN sostuvo que, por parte del “Sargento Aguirre”, le fue mostrada la fotografía de Juan Carlos Zuluaga, para que lo inculpara de los hechos ocurridos el 23 de febrero de 2008 y con el objeto de cobrar \$5'000.000 de recompensa que se ofrecían.

Finalmente, expusieron los demandantes que todo ese andamiaje construido por los miembros de la SIJIN en contra del demandante y que fue tenido en cuenta por la Fiscalía al solicitar la medida de aseguramiento quedó desvirtuado ante el Juzgado Penal del Circuito de Manizales⁴.

2. Contestación de la demanda

La Fiscalía General de la Nación contestó en oportunidad la demanda, para lo cual argumentó que carecía de legitimación en la causa por pasiva, en cuanto su actuación dentro del proceso penal se tramitó de conformidad con la Constitución y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos.

Adicionalmente, expuso que la medida de aseguramiento fue impuesta por el juez de control de garantías y no por la Fiscalía, razón por la cual la eventual responsabilidad debe recaer en ese funcionario.

Indicó que, en este asunto, debía aplicarse la causal eximente de responsabilidad denominada culpa exclusiva de un tercero, pues el demandante fue implicado en la investigación penal, como consecuencia de la incriminación realizada por los investigadores de la DIJIN en los informes por ellos presentados y al comprar testigos para cobrar una recompensa.

⁴ Folios 4 a 32 del cuaderno 1.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

En último lugar, calificó de exagerada la indemnización de perjuicios solicitada⁵.

3. Alegatos de conclusión

3.1. A juicio de la parte actora, en el *sub lite* se probó tanto el daño antijurídico, como los perjuicios derivados de este⁶.

3.2. La Fiscalía General de la Nación explicó que las decisiones tomadas dentro del proceso penal resultaban suficientes para denegar el *petitum* formulado en su contra, en cuanto de ellas era posible deducir que fue la Rama Judicial la que ordenó la detención preventiva del ahora demandante⁷.

3.3. El Ministerio Público se abstuvo de intervenir en esta etapa procesal.

4. Sentencia

El Tribunal Administrativo de Caldas, mediante sentencia del 1° de agosto de 2013, declaró administrativamente responsable a la Fiscalía General de la Nación por la detención injusta a la que fue sometido el señor Juan Carlos Zuluaga Salazar.

Indicó el *a quo* que la Fiscalía debía responder por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el demandante, dado que el testigo por ella presentado durante el proceso penal se retractó de sus afirmaciones y como esta era la prueba principal, su acusación se quedó sin sustento.

Manifestó el Tribunal que como por esa razón la Fiscalía se vio obligada en el transcurso del juicio oral a retirar los cargos y solicitar la absolución del implicado, su presunción de inocencia quedó incólume, por lo que debía reparar los daños causados.

⁵ Folios 243 a 257 del cuaderno 1.

⁶ Folios 319 a 337 del cuaderno 1.

⁷ Folios 314 a 318 del cuaderno 1.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

Aclaró que si bien tanto el demandante como la Fiscalía dieron cuenta de la existencia de una irregularidad relacionada con la compra de testigos, lo cierto fue que ese tema no se debatió en el juicio oral, por lo que no existía certeza de su ocurrencia; en este sentido, reiteró que la absolución del demandante se originó porque el testigo presencial de los hechos no pudo sostener su versión durante el juicio oral.

En punto de la reparación de los perjuicios morales sostuvo que los tíos paternos y maternos del demandante no lograron probar su afectación concreta; aunado a ello, que la presunción para su reconocimiento operaba únicamente frente al núcleo familiar más cercano. Así las cosas, solo reconoció indemnización por este concepto al demandante y a su señora madre en cuantía de 40 y 15 S.M.L.M.V., respectivamente.

Para tasar esa suma de dinero refirió que, según la certificación emitida por el INPEC, el demandante ya había sido condenado y privado de la libertad por otro punible, de manera que las implicaciones morales que le generó la privación de su libertad en el caso en estudio *“no puede tener el mismo nivel entre una persona que ya ha estado privado de su libertad y condenada a una pena de prisión que gozó del beneficio de la suspensión provisional frente a una que no haya enfrentado tal situación”*.

Por último, reconoció en favor del demandante el pago de lucro cesante en cuantía de \$5'649.375, por los 7 meses y 20 días que estuvo privado de la libertad. Para liquidar la condena tomó como base el valor del salario mínimo para el año 2013 (fecha de la sentencia), aumentado en un 25% por concepto de prestaciones sociales.

5. Recurso de apelación de la entidad demandada

La Fiscalía General de la Nación interpuso recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia. A su juicio, la detención preventiva del demandante no le



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

resultaba imputable, en cuanto no fue ella sino la Rama Judicial la autoridad que la ordenó⁸.

6. Trámite de la apelación en primera instancia

6.1. El 7 de octubre de 2013, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, de conformidad con el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, que se declaró fallida ante la falta de ánimo conciliatorio de la Fiscalía General de la Nación.

Dentro de esa diligencia, el apoderado de la parte demandante manifestó que acudía en apelación adhesiva; el magistrado ponente la concedió con el recurso de apelación de la Fiscalía General de la Nación⁹.

6.2. El 10 de octubre de 2013, la parte demandante sustentó la apelación adhesiva en contra de la sentencia de primera instancia¹⁰.

6.2.1. En el recurso de apelación, la parte actora solicitó que se concediera al señor Juan Carlos Zuluaga Salazar y su señora madre Claudia María Salazar Mejía, la suma equivalente a 70 S.M.L.M.V, por concepto de perjuicios morales, de conformidad con lo expuesto por esta Corporación en sentencia del 28 de agosto de 2013, dentro del proceso radicado con el número 05001233100019960065901.

7. Trámite de segunda instancia

7.1. El 22 de noviembre de 2013, se admitió el recurso de apelación presentado por la Fiscalía General de la Nación y la apelación adhesiva interpuesta por el apoderado de los demandantes¹¹.

7.2. El 24 de enero de 2014, se corrió el término de traslado para alegar de conclusión¹².

⁸ Folios 366 a 393 del cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 402 a 403 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folios 405 a 409 del cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folios 413 y 414 del cuaderno de segunda instancia.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

7.2.1. La Fiscalía General de la Nación, en sus alegatos finales, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación que interpuso en el *sub lite*¹³.

7.2.2. Por su parte, los demandantes insistieron en los fundamentos de la demanda para solicitar que se confirme la sentencia objeto de impugnación¹⁴.

7.2.3. El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis* se abordarán los siguientes temas: 1) prelación del fallo en casos de privación de la libertad; 2) la competencia de la Sala; 3) el ejercicio oportuno de la acción; 4) alcance de los recursos de apelación; 5) los parámetros jurisprudenciales acerca de la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad; 6) el caso concreto; 7) la indemnización de perjuicios, y 8) la procedencia o no de la condena en costas.

1. Prelación de fallo

En la actualidad, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene a su conocimiento procesos que entraron para dictar fallo definitivo con anterioridad al presente asunto, situación que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, exigiría su decisión en atención al orden cronológico respecto del cual pasaron los expedientes al Despacho.

No obstante, la Ley 1285 de 2009, en su artículo 16, permite decidir de manera anticipada, esto es, sin sujeción al orden cronológico de turno, los procesos en relación con los cuales para su decisión definitiva “*entrañe sólo la reiteración de jurisprudencia*”.

¹² Folio 416 del cuaderno de segunda instancia.

¹³ Folios 417 a 430 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁴ Folios 431 a 442 del cuaderno de segunda instancia.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

En el *sub lite* el debate versa sobre la privación de la libertad del señor Juan Carlos Zuluaga Salazar, tema respecto del cual la Sección Tercera del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones y ha fijado una jurisprudencia consolidada y reiterada, por lo que, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 1285, la Subsección se encuentra habilitada para resolver el presente asunto de manera anticipada.

2. Competencia

A la Sala, a través del artículo 73 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con el reglamento interno de la Corporación¹⁵, se le asignó el conocimiento en segunda instancia, sin consideración a la cuantía, de los procesos de reparación directa promovidos en vigencia del Decreto 01 de 1984, cuya causa *petendi* sea: i) el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia; ii) el error judicial o iii) la privación injusta de la libertad¹⁶.

3. Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la acción de reparación directa debe instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, a la omisión, a la operación administrativa y a la ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

Tratándose de acciones de reparación directa por la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia reiterada de esta Sección del Consejo de Estado ha considerado que el término de caducidad se empieza a contar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado,

¹⁵ Acuerdo 58 de 1999, dictado por la Sala Plena del Consejo de Estado y modificado por los siguientes Acuerdos: i) 45 del 2000; ii) 35 de 2001; iii) 55 de 2003; iv) 117 de 2010; v) 140 de 2010; vi) 15 de 2011; vii) 148 de 2014; viii) 110 de 2015 y ix) 306 de 2015.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, providencia del 9 de septiembre de 2008, expediente 11001-03-26-000-2008-00009-00, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

lo último que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad¹⁷.

En el *sub lite* se pretende la indemnización de los perjuicios causados con la privación de la libertad a la que fue sometida el señor Juan Carlos Zuluaga Salazar, por tal razón, el presupuesto de oportunidad en el ejercicio del derecho de acción se analizará a partir de la regla expuesta.

Pues bien, en la audiencia celebrada el 23 de julio de 2009¹⁸, a la que asistió la Fiscalía General de la Nación y el abogado de la defensa, el Juzgado 1º Penal del Circuito de Manizales dictó sentencia dentro del proceso promovido en contra del ahora demandante, para lo cual decidió absolverlo de los cargos que se le endilgaron.

El fallo absolutorio se notificó en los términos dispuestos por el artículo 169 de la Ley 906 de 2004¹⁹, es decir, por estrados; además, en contra de este no se interpusieron recursos²⁰, de ahí que hubiera quedado ejecutoriado en la misma diligencia.

Como consecuencia, la demanda debía promoverse durante los 2 años siguientes al 24 de julio de 2009; sin embargo, este término se suspendió en virtud del

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 2002, expediente 13.622, M.P. María Elena Giraldo Gómez, reiterada en sentencia del 11 de agosto de 2011, expediente 21.801.

¹⁸ Folios 76 a 86 del cuaderno de pruebas.

¹⁹ "Artículo 169. Formas. **Por regla general las providencias se notificarán a las partes en estrados.**

"En caso de no comparecer a la audiencia a pesar de haberse hecho la citación oportunamente, se entenderá surtida la notificación, salvo que la ausencia se justifique por fuerza mayor o caso fortuito. En este evento la notificación se entenderá realizada al momento de aceptarse la justificación.

"(...).

"Si el imputado o acusado se encontrare privado de la libertad, las providencias notificadas en audiencia le serán comunicadas en el establecimiento de reclusión, de lo cual se dejará la respectiva constancia" (se resalta).

²⁰ Lo que debía hacerse en los términos previstos en el artículo 179 de la Ley 906 de 2004, a cuyo tenor:

"Artículo 179. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso se interpondrá en la audiencia de lectura de fallo, se sustentará oralmente y correrá traslado a los no recurrentes dentro de la misma o por escrito en los cinco (5) días siguientes, precluido este término se correrá traslado común a los no recurrentes por el término de cinco (5) días".



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

trámite conciliatorio promovido por la parte actora, el 20 de junio de 2011, el cual finalizó sin acuerdo, el 2 de agosto de 2011²¹, y a partir del día siguiente se reanudó el término para demandar y como la demanda se presentó el 9 de agosto de 2011²², se impone concluir que resultó oportuna²³.

4. Alcance de la apelación

4.1. Apelación adhesiva

Mediante sentencia del 1° de agosto de 2013, el Tribunal Administrativo de Caldas accedió a las pretensiones de la demanda, pero lo hizo de manera parcial, toda vez que si bien declaró patrimonialmente responsable a la Fiscalía General de la Nación, no es menos cierto que no lo hizo en los términos solicitados por la parte actora, pues se abstuvo de condenar por los perjuicios causados a los tíos del señor Juan Carlos Zuluaga Salazar y, además, la condena que impuso por daño moral en su favor y el de su señora madre Claudia María Salazar Mejía, fue inferior a los montos solicitados en la demanda.

Así pues, la mencionada providencia resultó desfavorable tanto para la parte demandada como para los demandantes, por ende, ambas estaban habilitadas para apelarla, como en efecto ocurrió.

Pues bien, la entidad demandada interpuso el recurso de apelación ante el *a quo* y los demandantes lo hicieron con anterioridad a que se venciera el término para presentar alegatos de conclusión en segunda instancia, es decir, de conformidad con el artículo 353 del C.P.C.²⁴, que regula la apelación adhesiva.

²¹ Folio 231 del cuaderno 1.

²² Folio 1 del cuaderno 1.

²³ Sobre el particular, se advierte que para el momento en que se radicó la solicitud de conciliación ante la Procuraduría 28 Judicial II de Manizales (20 de junio de 2011), a la parte actora le quedaban 34 días para acudir en término a demandar; ahora bien, como ese plazo se reanudó a partir del día siguiente a la fecha de entrega del acta de no conciliación (3 de agosto de 2011), la demanda podía radicarse hasta el 7 de septiembre de 2011; no obstante, esta se interpuso el 9 de agosto de 2011, es decir, dentro del plazo previsto para ello.

²⁴ ARTÍCULO 353. APELACION ADHESIVA. *La parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse ante el juez que lo profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término para alegar.*



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

En relación con la apelación adhesiva, es del caso precisar que esta constituye una modalidad del recurso ordinario de alzada, que procede siempre que la contraparte hubiese apelado la sentencia dentro del término de ejecutoria, por manera que no existe apelación adhesiva sin la apelación de carácter principal, a tal punto que el artículo 353 del C.P.C. prevé “[l]a adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal”.

Las circunstancias susceptibles de ser cuestionadas a través de la apelación adhesiva corresponden a las que causan algún perjuicio al recurrente, para lo cual es irrelevante que hayan sido previamente atacadas por quien apeló la sentencia dentro del término de ejecutoria, pues el legislador no estableció restricciones sobre el particular, *contrario sensu*, en el artículo 353 *ejusdem* precisó que “[l]a parte que no apeló [se] podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, **en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable**” (se resalta).

De este modo, la parte que apela de manera adhesiva está habilitada para cuestionar los puntos que a bien considere, siempre que le sean desfavorables, pero debe hacerlo a través de la explicación de las razones por las que considera que la respectiva providencia debe modificarse o revocarse, pues no es posible entender, como ocurre en eventos excepcionales, verbigracia las acciones de tutela, que frente a este recurso no es obligatoria la sustentación, dado que, según la normativa que regula el asunto y la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁵, esta modalidad de impugnación se rige por las reglas de sustentación de la apelación ordinaria.

Al descender al caso concreto, se advierte que la parte que apeló de manera adhesiva lo hizo en la oportunidad prevista para tal fin, para lo cual, expuso los argumentos por los que consideraba procedente que el monto reconocido por concepto de perjuicios morales debía aumentarse a la suma de 70 S.M.L.M.V.

²⁵ “La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal”.

²⁵ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-165 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

De conformidad con lo anterior, es claro que se cumple con los presupuestos de oportunidad, procedencia y sustentación, por tal razón, la Subsección se pronunciará respecto de la apelación principal y sobre la de carácter adhesivo.

4.2. Alcance de la alzada

El artículo 357 del C.P.C. señala que “*cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló se hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones*”, expresión que, *so pena* de desconocer los principios de congruencia y de contradicción, e incluso de pretermittir una instancia, no puede entenderse como una habilitación plena para que el *ad quem* defina el asunto sin sujeción a lo dicho por el *a quo* o a los argumentos invocados por quienes apelan, sino como una circunstancia ante la cual no resulta aplicable la garantía constitucional a la que se refiere la primera parte de la norma, la de *non reformatio in pejus*, en virtud de la cual en la segunda instancia no se puede agravar la situación del apelante único, en cuanto se debe entender que el recurso por él interpuesto versa solo sobre los puntos que le resultaron desfavorables.

En efecto, la Sala, mediante providencia del 9 de febrero de 2012, unificó su jurisprudencia en relación con la competencia del juez de segunda instancia, en el entendido de precisar que esta se encuentra limitada por las referencias conceptuales y argumentativas aducidas por los apelantes en contra de la decisión adoptada en primera instancia, sin perjuicio de las circunstancias susceptibles de ser declaradas de manera oficiosa²⁶.

Pues bien, como la competencia de la Sala para pronunciarse en este asunto, por las razones que se acaban de precisar, no es plena, sino que está sujeta a los argumentos de inconformidad invocados por los apelantes y los puntos que aquellos cuestionaron, la Subsección en esta oportunidad se ocupará de los siguientes aspectos:

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación del 9 de febrero de 2012, radicación 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

- La responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación.
- La procedencia de aumentar la condena por concepto de perjuicios morales en favor de los señores Juan Carlos Zuluaga Salazar y Claudia María Salazar Mejía.

5. Responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, en vigencia de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Reiteración de Jurisprudencia

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

De manera general la Jurisprudencia de la Sala ha acudido a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad y se impone su declaración en todos los eventos en los cuales el implicado correspondiente que ha sido privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación a su favor, cuando en el proceso que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se determine que *i)* el hecho no existió, *ii)* el sindicado no lo cometió y/o *iii)* la conducta no constituía hecho punible, siempre y cuando no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional en cuyo caso se deberá aplicar un régimen subjetivo de responsabilidad.

De igual forma, de conformidad con la posición mayoritaria, reiterada y asumida por la Sección Tercera del Consejo de Estado se amplió la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente frente a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico, aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio universal de *in dubio pro reo*.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

Por manera que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado se abre paso el reconocimiento de la obligación a cargo del Estado de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que este no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos, cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera en su contra la medida de detención preventiva²⁷.

Todo lo expuesto con antelación se encuentra reiterado en las sentencias de unificación que ha proferido la Sala Plena de la Sección Tercera, así:

En pronunciamiento del 6 de abril de 2011, expediente 21.653, se sostuvo que el Estado es responsable de los daños ocasionados a una persona que es privada injustamente de la libertad y posteriormente es absuelta en virtud de los supuestos previstos en el artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal y en la Ley 270 de 1996.

Posteriormente, mediante sentencia proferida el 17 de octubre de 2013, expediente 23.354, se precisó que, además de los supuestos del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal y de la Ley 270 de 1996, 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*.

Bajo esta óptica, la Sala procederá al análisis del caso concreto.

²⁷ Sentencias del 4 de diciembre de 2006, expediente: 13.168 y del 2 de mayo de 2007, expediente 15.463, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiteradas por esta Subsección en sentencia de mayo 26 de 2011, expediente 20.299, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

6. Caso concreto

6.1. En el presente asunto, en relación con el proceso penal adelantado en contra de del señor Juan Carlos Zuluaga Salazar, se encuentra probado lo siguiente²⁸:

6.1.1. El 23 de febrero de 2008, en la ciudad de Manizales, en el sector conocido como “El Tierrero”, se produjo la muerte con arma de fuego del señor Rubén Darío Betancourt Palacio, en los mismos hechos resultaron heridos, también con arma de fuego, Andrés Felipe Cardona Valencia —quien falleció minutos después en el hospital de Caldas— y los señores José Tomás Cruz Muñoz y José Jefferson Durán Franco.

6.1.2. Como resultado de las labores de investigación, entrevistas y reconocimientos fotográficos, el 18 de junio de 2008, la Fiscalía solicitó a la Juez 5ª Penal Municipal de Manizales, con funciones de control de garantías, la expedición de la orden de captura en contra del señor Juan Carlos Zuluaga Salazar, al determinar que había sido la persona que conducía la motocicleta en la cual huyó el sujeto que accionó varias veces el arma de fuego en contra de las personas mencionadas.

En esa audiencia preliminar, la Fiscalía presentó el testimonio del señor John Edison Peralta Castro, en su calidad de investigador de delitos de homicidio de la Policía Nacional, quien describió los resultados de las actuaciones adelantadas.

La juez emitió la orden de captura²⁹ que se hizo efectiva el 18 de noviembre de ese mismo año.

6.1.3. El 18 de noviembre de 2008, ante el Juzgado 6º Penal Municipal de Manizales, con funciones de control de garantías, se adelantó la audiencia en la que se legalizó la captura del señor Juan Carlos Zuluaga Salazar, se le formuló imputación por las conductas punibles de doble homicidio agravado, doble tentativa de homicidio y porte ilegal de armas (en concurso), las cuales no fueron

²⁸ Según la síntesis de la actuación contenida en las distintas audiencias que se adelantaron en el proceso penal.

²⁹ Folio 88 del cuaderno de pruebas, CD 1, video 3.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

aceptadas; además, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

6.1.4. Durante el trámite de la audiencia de imposición de la medida de aseguramiento se evidencian las siguientes circunstancias relevantes:

6.1.4.1. La Fiscalía indicó que el requisito objetivo estaba presente, pues la pena mínima a imponer por los delitos imputados era de más de 4 años de prisión; igualmente, refirió que era necesaria, adecuada, proporcional y razonable.

Como medios de prueba presentó: i) el testimonio del patrullero John Édison Peralta Castro que dirigió la investigación; este explicó lo sucedido el día de los hechos y relacionó las pruebas recopiladas; ii) las actas de inspección técnica a cadáver de los señores Rubén Darío Betancourt y Andrés Felipe Cardona; iii) los informes periciales de necropsia; iv) los informes de laboratorio emitidos luego de analizar el arma incautada al lado del cuerpo del segundo de los mencionados; v) las labores de inteligencia y de vecindario; vi) la entrevista, exposición jurada³⁰ y el reconocimiento fotográfico efectuado por uno de los lesionados³¹, en su calidad de testigo protegido³², quien dio a conocer los detalles de los punibles e identificó a Juan Carlos Zuluaga Salazar como la persona que conducía la moto en la que se desplazaba el parrillero que ejecutó los disparos.

³⁰ La exposición jurada obra de folios 265 a 271 del cuaderno de pruebas, esta fue rendida por el señor XXXX, (lo pertinente se transcribe a continuación de forma literal, incluso con posibles errores): "Preguntado: Vio usted en ese momento quien conducía la motocicleta en la cual huyó JUAN apodado 'Orejas' CONTESTO, Sí, la conducía una persona de estatura mediana, a pesar de que estaba sentada en la moto esperando, cabello con corte militar, tez blanca, joven, de aproximadamente 25 años más o menos, a esta persona la reconocería fotográficamente o en forma personal. Uno no olvida, es difícil que uno olvide una cosa de esas, además es que el conductor de esa moto siempre se reía, se reía cuando yo recibí el impacto y que el otro estaba muerto (...)"

³¹ En los folios 272 a 274 del cuaderno de pruebas reposa el acta de reconocimiento fotográfico y videográfico FPJ17-, elaborada el 23 de abril de 2008, allí se señalaron como precisiones del testigo las siguientes (se transcribe literal, incluso con posibles errores): "se presenta álbum Nro 418 GRUFO Sijin donde el testigo reconoce imagen Nro 003, identificado como Juan Carlos Zuluaga Salazar 75103589, lo reconoce porque él manejaba la moto donde se montó el que nos disparó, no tenía casco ni nada y era muerto de la risa cuando nos dispararon, la moto era una DT negra (...)"

³² La Sala se abstendrá de indicar el nombre del referido testigo en razón a su condición especial —protegido—, por esa razón, cuando se le mencione se utilizarán las letras XXXX.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

Respecto de lo anterior, es importante advertir que la Fiscalía se reservó los datos del testigo protegido y, por ende, no lo presentó durante la audiencia.

El patrullero John Édison Peralta Castro³³ manifestó en su testimonio lo siguiente (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

"(...) Para el día 23 de febrero del año en curso, me encontraba de patrulla disponible del grupo homicidios de la SIJIN de Caldas, me encontraba en compañía del patrullero señor Cristian López, ese día pasadas las una de la tarde nos reporta la central por el radio, manifestándonos que en el sector del tierrero habían ocurrido unos hechos violentos y que habían varias personas lesionadas, al llegar al lugar de los hechos observamos de que en el mismo se encontraba tendido sobre la vía el cuerpo sin vida de una persona de sexo masculino, luego nos reportan de que en el hospital de Caldas había ingresado una segunda persona sin vida, minutos después ingresan a ese mismo centro hospitalario otras dos personas provenientes del mismo lugar y con heridas en diferentes partes del cuerpo, conocida esta noticia criminal se comienzan a adelantar entrevistas a los testigos en el lugar de los hechos, asimismo se realiza inspección al lugar de los hechos e inspección técnica a cadáver, es así como se obtiene información de interés del caso y se solicita a la Fiscalía se realizaran exposiciones juradas y autorizaciones para reconocimientos fotográficos, asimismo se realizan solicitudes a diferentes

³³ En los folios 277 a 286 del cuaderno de pruebas, está acreditado que el mencionado funcionario suscribió el informe denominado "investigador de campo -FPJ-11-", dirigido a la Fiscalía 21° Seccional de Manizales. Allí indicó, entre otras cosas (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*"(...)Se adelantan además entrevistas informales a varias personas del lugar ubicados en una cafetería y dos talleres diagonales al lugar de los hechos los cuales **nos manifiestan que en los hechos intervino una motocicleta DT color negro**, que esperaba a la otra persona diagonal a la caseta, que no saben quiénes fueron y que huyeron hacia el sector que da al motel las vallas, no aportan sus datos personales ni rinden entrevista escrita según ellos por temor.*

"(...)

*"Además lo anterior, hago saber a ese despacho que para el día de los hechos (23 febrero de 2008) unas unidades adscritas a Inteligencia de la PONAL a eso de las 22:30 horas durante patrullajes de rutina ordenados por el Comando de Policía Caldas, por la vía antigua a Arauca metros más abajo del motel las Vallas **encontraron a dos personas sacando una motocicleta DT negra de un matorral en la zona montañosa y tratando de subirla a una camioneta, es así como los abordan y piden refuerzos de personal uniformado y los trasladan a la SIJIN, ya en las instalaciones las dos personas son identificadas así:***

"(...)

"LUIS FELIPE VALENCIA ESPINOSA (...) JUAN CARLOS ZULUAGA SALAZAR.

"(...)

"Estas dos personas estaban subiendo a una camioneta Toyota Land Cruiser, color Beige, de placas HMO 940, licencia de tránsito Nro. 0705001000435047 una motocicleta DT color negro de placas ZTN 89 marca Yamaha, modelo 96, motor 3TK-014198 (...) la anotación de salida de estas dos personas esta registrada en el folio Nro 291 del libro de la minuta de guardia de la Sijin Decal.

"(...)

"Teniendo presente lo anterior, se adelantan labores para verificar en el sector de las galerías de esta ciudad donde se obtiene información en relación a que estas dos personas son reconocidos del lugar ya que LUIS FELIPE es conocido con el sobre nombre de CASCAS y el otro joven según la información obtenida fue la persona que manejó la motocicleta al momento de los hechos en el tierrero (...)" (Se destaca).



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

entidades con el fin de establecer y obtener todo el arraigo sociofamiliar de las personas posibles autoras de estos hechos.

“(…) en el lugar de los hechos se encuentran en diferentes partes vainillas calibre nueve milímetros, se encuentran lagos hemáticos, se encuentra el cuerpo de Andrés Felipe Cardona Valencia, hoy occiso, y cerca de él se encuentra un revolver calibre 38.

“(…) en las labores de vecindario que se adelantaron se pudo obtener información en relación a que los agresores eran dos personas de aspecto joven, sexo masculino, que se movilizaban en una moto DT color negra, después de que ocurrieron los hechos estas personas huyeron por una calle que hay sin pavimentar un cierto tramo que conduce hacia el sector de las vallas, es la información inicial que se obtiene.

“(…) después de tener el programa metodológico se realizan solicitudes a entidades judiciales con el fin de obtener antecedentes, se realizan solicitudes al batallón con el fin de obtener permisos para porte y tenencia, se terminan adelantando diligencias de entrevistas a testigos y personas que se encontraban en el lugar de los hechos, de igual manera se indagan a las personas lesionadas y que se encontraban el hospital de Caldas, es así como se obtiene información en relación a la identificación de las personas materiales de los hechos.

“(…) para ese día en horas de la noche llega al sector de las vallas una camioneta en la cual del monte adyacente pues a la carretera suben una motocicleta DT color negra, esa misma motocicleta era similar a las características aportadas y recopiladas por este funcionario el día del levantamiento a la hora del levantamiento, entonces pues de esta manera se logra identificar la motocicleta y días después dentro de otra entrevista queda por escrito de que esa motocicleta que se recuperó ese día fue en la que se cometió ese ilícito.

“(…) esta misma persona, fue la persona que sacó la motocicleta en horas de la noche y de ella quedo registro por escrito en el libro de la guardia de la SIJIN de Caldas (...) las dos personas fueron Juan Carlos Zuluaga Salazar y la otra persona en el momento no recuerdo el nombre exacto pero se conoce en el sector de las galerías como alias “Casca”.

“(…) después de obtener la entrevista (...) y en donde hay señalamientos directos contra las personas posibles materiales de estos hechos, esta persona es trasladada a la Fiscalía y se toma exposición jurada, se realizan también reconocimientos fotográficos y todo eso se aportó a la Fiscalía (...) el lesionado reconoció a (...) la persona que estaba manejando la motocicleta y que estaba esperando metros delante de donde acaecieron los hechos (...)”³⁴.

6.1.4.2. El juez de control de garantías indicó al momento de imponer la medida de aseguramiento, que los medios de prueba aportados al proceso por la Fiscalía no

³⁴ Folio 15 del cuaderno de pruebas, CD 1, video 2.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

eran precarios e hizo énfasis en la declaración jurada y en el reconocimiento fotográfico del testigo protegido presentados por el ente acusador.

Por lo demás, manifestó que el imputado representaba un peligro para la sociedad, para las víctimas y sus familiares y que el delito tenía una pena superior a 4 años, situaciones que tornaban procedente su detención preventiva³⁵.

6.1.4.3. El abogado defensor de Juan Carlos Zuluaga Salazar interpuso recurso de apelación en contra de esa decisión.

El conocimiento le correspondió al Juez Segundo Penal del Circuito de Manizales³⁶, quien reprochó la decisión del juez de control de garantías porque avaló como prueba la declaración jurada y el reconocimiento fotográfico del testigo protegido³⁷. Así las cosas, resolvió confirmar la imposición de la medida de aseguramiento, pero con sustento en el testimonio del patrullero John Édison Peralta Castro. Nótese (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“Procedo a resolver el recurso de la siguiente manera: **Sea en primer término pues manifestar de que se comparten parcialmente los argumentos del señor defensor en lo que toca con la extraña actitud asumida por el fiscal y cohonestada por el juez de control de garantías en el sentido de pretender de que en una audiencia (...) todavía se puedan hablar de testigos reservados, testigos sin rostro, que contenía el mal llamado estatuto de seguridad (...) y en ese sentido pues desconoció el juez de instancia que el imputado ya no es un sujeto pasivo como lo era en el modelo inquisitivo sino que demanda su participación activa incluso desde antes de la formulación de la imputación de los cargos (...) el artículo 29 de la Constitución Política colombiana dispone que toda persona tienen derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra de allí que en materia probatoria rigen los principios de legalidad de la prueba, contradicción y publicidad, en relación con el principio de publicidad la prueba no puede ser practicada de manera secreta u oculta sino de cara al imputado y a la sociedad, asimismo en virtud del principio de contradicción, el sindicado en el proceso penal acusatorio debe contar con la facultad de controvertir en el curso de una audiencia las pruebas que se alleguen en su contra e interponer los recursos de ley correspondientes, pues bien siendo el principio constitucional de contradicción una garantía de la***

³⁵ Folio 88 del cuaderno de pruebas, CD 1, video 4.

³⁶ Según los hechos relatados en el escrito de acusación presentado por la Fiscalía (folios 16 a 22 del cuaderno de pruebas); la sentencia absolutoria (folios 76 a 86 del cuaderno de pruebas) y el CD obrante en el folio 88 del cuaderno de pruebas, video 6.

³⁷ Se deja constancia que en ninguna de las pruebas referidas aparece la fecha en que se realizó esa audiencia.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

prueba que debe ser respetada en cualquier variedad de proceso judicial o administrativo.

“(...) Nuevamente reitero que extraña el suscrito juez la posición adoptada por la señora fiscal y cohonestada por el juez de instancia en el sentido de pretender y admitir que en una audiencia de control de garantías se hable de testigos sin rostro y que se pretenda (...) hacer valer eventualmente como evidencia física un presunto testimonio o un presunto reconocimiento bajo la egienda de que no se puede dar a conocer porque está bajo reserva de identidad, cuestión que si existe en nuestro ordenamiento procesal penal, pero cuando se va a utilizar obviamente debe darse la cara, el testigo con sus nombre completos, para que todos los sujetos procesales y las partes pues lo conozcan y por ello pues es evidente que todo este tipo de audiencias se hacen en juicio oral, es más extraña la posición a este suscrito juez, del juez de control de garantías, cuando no hizo uso (...) si puedo ordenarle a la Fiscalía que si iba a hacer uso de ese testigo, para efecto de avalar la medida de aseguramiento impuesta, haberle ordenado que dijera el nombre del testigo lo mismo que ordenar que el tal reconocimiento fotográfico también se pusiera de presente a todos los presentes en la audiencia.

“(...) Olvidó el juez de control de garantías que puede ordenar pruebas al tenor de lo consagrado en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004.

*“(...) De todas maneras, lo manifestado por el investigador de la SIJIN John Édison Peralta Castro, constituye elemento material probatorio u elemento físico (...) que erige como fundamento o sustento necesario para la medida de aseguramiento y en ese sentido lo avalará el suscrito juez, sin tener en cuenta obviamente lo manifestado por la Fiscalía en cuanto a testigos sin rostros que es el exabrupto jurídico más grande que he escuchado yo en los últimos diez años y obviamente el exabrupto jurídico avalado por el juez de control de garantías que también he escuchado durante los últimos diez años, porque eso no existe, y en el caso de que algún juez obviamente aceptara un testigo con esas calidades, pues creo que el que se iría para la cárcel sería el juez porque eso no existe dentro de nuestro ordenamiento procesal, **de todas maneras con respecto al testimonio del investigador de la Sijin John Édison Peralta Castro, como ya dije, constituye fundamento básico para la imposición de la medida de aseguramiento, recordándole de la manera más cortés y respetuosa al señor defensor que en el nuevo sistema procesal, la actuación probatoria se concentra es en el juicio (...)**”³⁸ (se destaca).*

6.1.5. El 20 de noviembre de 2008, el señor Juan Carlos Zuluaga Salazar ingresó al establecimiento carcelario de Manizales³⁹.

6.1.6. El 5 de marzo de 2009, se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación, oportunidad en la que se le endilgaron al implicado los delitos de

³⁸ Folio 88 del cuaderno de pruebas, CD 1, video 6.

³⁹ Folios 5 a 7 del cuaderno de pruebas.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

homicidio agravado en concurso homogéneo con homicidio tentado agravado y porte ilegal de armas de fuego⁴⁰.

6.1.7. El 16 de abril de 2009, se dio trámite a la audiencia preparatoria dentro de la que las partes enunciaron los medios de prueba que pretendían hacer valer en el juicio oral⁴¹.

6.1.8. El 8 de junio de 2009, se instaló la audiencia de juicio oral que se desarrolló hasta el 9 de junio del mismo año. Durante la misma, el acusado se declaró inocente; por su parte, la Fiscalía expuso como teoría del caso que se proponía demostrar la culpabilidad del señor Juan Carlos Zuluaga Salazar.

Adicionalmente, se escuchó en declaración al señor XXXX, en calidad de testigo protegido de la Fiscalía, quien se retractó de las declaraciones rendidas en la etapa investigativa, al aclarar que en el momento del reconocimiento fotográfico tenía ira por los hechos que le habían sucedido y que no estaba seguro que quien conducía la motocicleta en la que huyó el sujeto que les había disparado era el acusado que se encontraba en la sala de audiencias. A continuación se reproducen los apartes pertinentes de su declaración (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*"(...) **Jefferson qué persona era la que conducía la motocicleta:** lo que pasa es que la distancia en que esta la moto yo veo unas características yo veo un personaje sentado de medio lado más yo nunca lo veo de frente (...) yo creo que estaba a unos 30 o 40 metros de donde yo estaba (...) **por cuánto tiempo observó usted esa imagen de la motocicleta:** yo solamente la veo en cuestión de segundos mientras yo me paro del suelo herido. **Qué tipo de motocicleta alcanzó a ver usted:** yo veo una moto grande, lo único que alcanzo a ver es el tanque, sé que es negra, pero no le puedo decir marca ni le puedo decir qué clase porque no se y no conozco mucho de motos. **Jefferson respecto de estos hechos usted rindió alguna declaración:** si claro ante los agentes investigadores de la SIJIN encargados de homicidios (...) yo veo una moto con un joven sentado mirando de medio lado y sonriendo (...) yo alcanzo a ver un jean y una camisa tipo formal (...) no recuerdo pero era clara la camisa (...) por ahí veintidós vientos años (...) bajito corte bajito (...) tez blanca (...) él estaba de medio lado yo nunca lo estaba viendo de frente (...)"* (se destaca).

⁴⁰ Folios 32 y 33 del cuaderno de pruebas.

⁴¹ Folios 51 a 53 del cuaderno de pruebas.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

Luego, la Fiscalía le presentó al testigo la evidencia número 10, que consistía en varias fotografías y le preguntó si las reconocía, al respecto manifestó:

“(...) si lo reconozco (...) es unas fotos que me presentan de supuestas personas que participaron del atentado (...) yo siento que pa la diligencia del reconocimiento de la persona fue demasiado pronto por mi estado de convalecencia (...) a mí me empezaron a investigar desde que estaba en la clínica internado, desde ahí empecé a declarar, todavía con sondas (...)”.

Acto seguido, la defensa interrogó al testigo preguntándole por las características físicas de la persona que manejaba la motocicleta, ante lo que contestó:

“(...) lo que pasa es que cuando a mí me llevan un álbum yo tengo mucha ira por lo que me está sucediendo, por lo que me sucedió, y yo identifico a alguien que se me puede estar pareciendo (...) yo veo la persona y cuando me muestran un álbum pues quiero sacar si de pronto mi ira y lo que pasó, pero pues las personas nos parecemos todas entre sí (...)”⁴².

6.1.9. Una vez analizó esa declaración, la Fiscalía retiró los cargos presentados en contra de Juan Carlos Zuluaga Salazar y solicitó su absolución. Así se plasmó en el acta correspondiente (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

“4.4. FISCALÍA.

*“Que luego de haber revisado detenidamente el video de las audiencias que precedieron a esta audiencia ha llegado a una conclusión de no seguir dilatando el juicio, que con las pruebas que hacen falta sería inane, **y desde ya se vislumbra cual sería el sentido del fallo en este caso, luego de uno escuchar en vídeo la declaración del testigo de visu, la declaración del leso víctima en estos hechos, a uno como operador jurídico sólo le queda analizar que la Fiscalía se quedó sin caso, no obstante que este testigo JOSE JEFFERSON DURAN FRANCO, desde un principio argumentó que quien conducía la motocicleta era el señor JUAN CARLOS ZULUAGA, luego de haberlo reconocido a través de un reconocimiento fotográfico, pero en la audiencia dijo que lo había hecho por rabia, que la persona era de tez blanca y de 30 años, persona diferente a la que se encuentra acá presente y como titular de la acción penal que es la Fiscalía que corresponde investigar hechos y acusar por los mismos, bajo la misma facultad, bajo un sistema de partes reglamentado por la Ley 906 de 2004 es apenas viable que cuando un Fiscal se entera de que su teoría del caso sea caído, uno tiene que ser razonable. De allí que de conformidad con el artículo 448 C.P.P., (...) lo único que pretende es solicitar desde ya la absolución y el retiro de la acusación (...)**” (se destaca).*

⁴² Folio 229 del cuaderno 1, CD 4, video 1.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

6.1.10. El 9 de julio de 2009, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales clausuró la etapa de juicio y anunció el sentido del fallo, que sería absolutorio⁴³; además, ordenó la libertad del acusado, la cual se materializó ese mismo día.⁴⁴

6.1.11. El 23 de julio de 2009, esa Autoridad profirió la sentencia pertinente y como fundamento de su decisión, en síntesis, argumentó lo siguiente (se transcribe literal, incluso con errores):

"(...) En un principio la Fiscalía, al exponer la teoría del caso, pretendía que al final del juicio el sentido del fallo que se anunciara fuera de carácter condenatorio en contra del señor JUAN CARLOS ZULUAGA SALAZAR, debido a que del cumulo de evidencias acopiadas se desprendía, entre ellos, la entrevista del señor JOSE JEFFERSON DURAN FRANCO, quien quedara lesionado, y del reconocimiento que hiciera este por medio de fotografías del señalamiento del señor JUAN CARLOS ZULUAGA SALAZAR, no había otro camino sino solicitar en un principio la acusación y como consecuencia de ello la posterior declaratoria de responsabilidad (...).

"Pero para sorpresa del ente acusador, cuando se llevo al estrado al señor JOSE JEFFERSON DURAN FRANCO y al preguntársele si la persona que se encontraba en la sala como acusado era la que le hacía compañía a la que le había disparado, este manifestó que no era, que el que había señalado en el momento de la diligencia de reconocimiento fotográfico era el que él creía pero que eso lo había hecho por ira, porque tenía mucha rabia, pero que en esta oportunidad no estaba seguro de la persona que había conducido el velomotor estaba presente en la sala de audiencia.

"(...) el representante del ente acusador al advertir que la teoría del caso se ha quedado sin sustento, que no tiene cimientos para continuar, frente a una prueba directa como lo era el reconocimiento realizado por la víctima de uno de sus presuntos agresores, no le ha quedado otra alternativa, que la de retirar la acusación.

"Los cargos que le habían sido comunicados a ZULUAGA SALAZAR en la audiencia correspondiente, ya que se quedó sin asidero probatorio, ante el nulo reconocimiento por parte del testigo visu y clave de la Fiscalía, que era un lesionado en los hechos materia de este caso, porque qué mejor señalamiento si este provenía de uno de los lesionados y que precisamente era la persona que reconocía a su agresor, pero para su asombro y sorpresa dicho comprometimiento, que se tenía como base del caso para la acusación, se había efectuado bajo sentimientos de rabia o ira por las lesiones sufridas, además de las particulares condiciones en que se encontraba al momento de haberse llevado a cabo esa diligencia, con lo que el testimonio no soportaría una crítica conforme a persuasión racional y a las reglas establecidas en la ley.

⁴³ Folios 74 y 75 del cuaderno de pruebas.

⁴⁴ Folios 5 y 6 del cuaderno de pruebas.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

“Entonces, como en este caso no ha sido desvirtuada esa presunción, constituyéndose este en principio indefectible, imperativo y de cabal cumplimiento, es que se debe proceder en la forma como ya se ha anticipado, esto emitir el fallo absolutorio a favor del acusado ZULUAGA SALAZAR (...)”⁴⁵.

En las condiciones analizadas, la Sala encuentra que, en contra del señor Juan Carlos Zuluaga Salazar se adelantó un proceso penal, por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo con homicidio tentado agravado y porte ilegal de armas de fuego, dentro del cual, el 18 de junio de 2008, se ordenó su captura, que se hizo efectiva el 18 de noviembre de 2008; en esta misma fecha se le impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Asimismo, se observa que, el 23 de julio de 2009, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales dictó sentencia absolutoria en su favor, en cuanto la Fiscalía retiró la acusación porque su testigo protegido se retractó de las declaraciones suministradas durante la investigación.

No puede pasarse por alto que, de conformidad con los hechos probados en el *sub examine*, tanto la orden de captura como la imposición de medida de aseguramiento se fundamentaron en el testimonio del investigador de la Policía Nacional John Edison Peralta Castro, en razón a que durante las audiencias preliminares indicadas, el testigo protegido no fue presentado ante los jueces que tomaron esas decisiones.

En efecto, solo hasta el juicio oral la Fiscalía lo hizo comparecer ante el juez de conocimiento; oportunidad en la que no pudo sostener su versión inicial, retractándose de su declaración jurada y del reconocimiento fotográfico a través de los cuales inculcó al señor Juan Carlos Zuluaga Salazar.

Como consecuencia, en el presente asunto emerge que las órdenes que dispusieron la detención y la privación de la libertad del hoy demandante no se dictaron con base —única y exclusivamente— en las declaraciones del testigo protegido de la Fiscalía; si bien es cierto estas incidieron, también lo es que la

⁴⁵ Folios 76 a 86 del cuaderno de pruebas.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

prueba que fundamentó esas decisiones fue realmente el testimonio del investigador John Edison Peralta Castro.

De otra parte, en la demanda y su contestación, se alegó que al proceso penal se allegó una declaración ante notario, en la cual el investigador de la SIJIN Shems Eddin Arturo Salazar Rodríguez sostuvo que, por parte del “Sargento Aguirre”, le fue mostrada la fotografía de Juan Carlos Zuluaga, para que lo inculpara de los hechos ocurridos el 23 de febrero de 2008 y con el objeto de cobrar \$5'000.000 de recompensa que se ofrecían.

Sobre el particular, se tiene que ese aspecto no fue objeto de contradicción y debate en el juicio oral; además, la razón determinante para que la Fiscalía retirara su escrito de acusación y, posteriormente, el juez dictara sentencia absolutoria fue la retractación del testigo protegido de la Fiscalía.

Aunado a ello, no puede perderse de vista que el señor Shems Eddin Arturo Salazar Rodríguez, quien supuestamente trató de inculpar al demandante, no fue el policía que dirigió la investigación; en gracia de discusión, en el expediente tampoco se acreditó que el investigador John Edison Peralta Castro —que sí lo hizo— faltó a la verdad en sus declaraciones. Así las cosas, tal y como lo indicó el *a quo*, estas afirmaciones son carentes de sustento probatorio.

Ahora bien, el supuesto enunciado —el procesado no cometió el delito—, por regla general, de conformidad con la jurisprudencia unificada y reiterada de esta Sección, constituye uno de los eventos determinantes de la privación injusta de la libertad y, por ende, da lugar a la aplicación del régimen de responsabilidad de carácter objetivo.

En casos como el analizado, es posible recurrir a un régimen de responsabilidad de carácter subjetivo, pero siempre que se advierta la necesidad de efectuar un juicio de reproche sobre los actos de la Administración de Justicia, presupuesto que no se encuentra acreditado en el *sub júdice*, toda vez que no se advierte la configuración palmaria de un error jurisdiccional o de un defectuoso



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

funcionamiento del servicio de justicia que imponga la declaratoria de una falla en el servicio⁴⁶.

De otro lado, la Sala advierte que la privación injusta de la libertad por la que se demanda le resulta imputable a la Rama Judicial, en cuanto fue la autoridad que, como se dijo, ordenó la captura del señor Juan Carlos Zuluaga Salazar y le impuso la medida de aseguramiento objeto de controversia⁴⁷.

En relación con lo anterior, conviene aclarar que la adopción y desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico del Sistema Penal Acusatorio, mediante el Acto Legislativo 3 del 19 de diciembre de 2002⁴⁸ y, luego, a través de la Ley 906 de 2004, implicó un replanteamiento de las facultades de la Fiscalía General de la Nación, al punto de relevarla de las que la habilitaban para “asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento”⁴⁹, competencias que fueron asignadas a los Jueces de Control de Garantías, de ahí que la actuación del ente acusador se limite a la presentación de la solicitud en virtud de la cual la autoridad judicial debe resolver sobre estos asuntos. Al respecto, el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política, señala:

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencias de: i) 25 de enero de 2017, expediente 45.343, y ii) 8 de febrero de 2017, expediente 45.852, entre otras.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 24 de junio de 2015, expediente 38.524, M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón, reiterada en sentencias de 16 de abril de 2016, expediente 40.217. M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera; de 14 de julio de 2016, expediente 42.555; y de 14 de septiembre de 2016, expedientes 40.543 y 43.345, entre otras providencias.

⁴⁸ De conformidad con la Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005 de la Corte Constitucional. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se tiene que “(...) *En Colombia, la adopción mediante reforma constitucional, de este nuevo sistema procesal penal (Ley 906 de 2004), perseguía en líneas generales las siguientes finalidades: (i) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; (vii) crear la figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio (...)*” (se destaca).

⁴⁹ De conformidad con lo previsto, previo a su reforma, por el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

“Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito (...). Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

“En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

“1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal⁵⁰, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

“El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función (...).” (se destaca).

En concordancia con lo expuesto, el artículo 297 de la Ley 906 de 2004 señala que para *“la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados”*, decisión que, de manera excepcional, podrá ser adoptada por la Fiscalía General de la Nación, en los términos previstos en el artículo 300 *ejusdem*⁵¹.

A su vez, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal⁵² establece que los jueces penales, con funciones de control de garantías, se encuentran facultados

⁵⁰ Facultad ratificada por el legislador en el numeral 8 del artículo 114 de la Ley 906 de 2004, que señala que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde *“[s]olicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas”*.

⁵¹ *“Artículo 300. Captura excepcional por orden de la Fiscalía. El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente orden de captura escrita y motivada en los eventos en los que proceda la detención preventiva, cuando no se encuentre un juez que pueda ordenarla, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, y concurra cualquiera de las siguientes causales:*

“1. Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación.

“2. Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.

“3. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible.

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

⁵² Norma que para la época de ocurrencia de los hechos, esto es, sin las modificaciones introducidas por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011, señalaba:

“Artículo 306. El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

“Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

para resolver, a petición del ente acusador o de la víctima, sobre la procedencia de las medidas de aseguramiento.

La imposición de medidas como las que se cuestionan —captura y detención preventiva en establecimiento carcelario— requieren de una petición previa del ente acusador o de la víctima; sin embargo, tal presupuesto no puede considerarse como la causa de la privación de la libertad, porque para ello se requiere un mandato judicial proferido por el Juez de Control de Garantías, autoridad a la que le corresponde: i) valorar la evidencia física o los elementos materiales probatorios aportados por el solicitante, y ii) verificar si se cumplen o no los presupuestos de procedencia establecidos en los artículos 297 y 308 de la Ley 906 de 2004.

De este modo, es claro que las decisiones en virtud de las cuales se restringió el derecho a la libertad del señor Juan Carlos Zuluaga Salazar se profirieron en el marco de las competencias asignadas a los Jueces de Control de Garantías dentro del Sistema Penal Acusatorio, frente a las cuales no resultó determinante la actuación de la Fiscalía General de la Nación, pues su intervención se limitó a pedir que se decidiera sobre la procedencia de la captura y de la imposición de la medida de aseguramiento, obligación que recaía en la Jurisdicción Ordinaria, especialidad penal, dada su condición de titular de la facultad sancionatoria del Estado respecto de casos como el analizado, esto es, aquellos en los que se vulneran los bienes jurídicos protegidos por la normativa penal —Ley 599 del 2000—.

Si bien el ente acusador fue la autoridad que promovió la acción penal y recaudó los elementos materiales probatorios que llevaron a la imposición de la medida de aseguramiento, no es menos cierto que sus funciones constitucionales y legales no se encuentran encaminadas a lograr que en todos los eventos se emita condena, sino que las mismas, de conformidad con los artículos 250 de la

“La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia” (Declarada condicionalmente exequible, mediante sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007, “en el entendido de que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente a solicitar la medida correspondiente”).



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

Constitución Política⁵³ y 66 de la Ley 906 de 2004⁵⁴, tienen como finalidad que se investiguen los supuestos que revisten las características de delito, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia.

La Fiscalía General de la Nación, como en casos similares lo ha sostenido esta Subsección⁵⁵, no está llamada a responder por los perjuicios reclamados por los demandantes, dado que estos, por las razones expuestas, le son imputables a la Rama Judicial.

Finalmente, es del caso precisar que al plenario no se allegaron elementos probatorios que permitan inferir que la detención preventiva del señor Juan Carlos Zuluaga Salazar tuvo como fundamento conductas gravemente culposas o dolosas del ahora demandante, que hubiesen llevado a la Rama Judicial a considerar como necesaria la adopción de decisiones con la suficiencia de restringir su derecho a la libertad.

6.2. Representación judicial de la Nación

Ha sido postura consolidada e incluso unificada, aquella según la cual la Nación puede ser representada tanto por la Rama Judicial, como por la Fiscalía General y que, en tal sentido, ante la no comparecencia al proceso de alguno de dichos entes, en casos como el que aquí se analiza, no comporta una falta de legitimación en la causa, ni tampoco una indebida representación de la parte demandada, cuando esta sea la Nación.

⁵³ "Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo (...)".

⁵⁴ "Artículo 66. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este Código (...)".

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A, sentencia del 14 de septiembre de 2016, expediente 43345, reiterada en fallo del 24 de octubre de 2016, expediente 43943, entre otros.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

En ese sentido, la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en decisión unificadora de su jurisprudencia, concluyó que:

“(…) no se plantea un problema de falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que la persona jurídica demandada en el proceso es la Nación, y es ésta, a la que se le imputa el daño, distinto es que, en el proceso, haya estado representada por una autoridad diferente a la que establece el artículo 49 ibídem.

“(…)”.

“En conclusión, de los extractos jurisprudenciales reseñados, aparece clara la existencia de un precedente jurisprudencial aplicable al caso, toda vez que las consideraciones jurídicas expuestas tienen origen en situaciones fácticas esencialmente iguales a las del sub iudice, por tanto, se dará aplicación al precedente y, por ende, se revocará la decisión suplicada para, en su lugar, rechazar la nulidad planteada por el apoderado de la Fiscalía General de la Nación.

“(…)”.

“Estas son las razones que llevarán a la Sala, no sólo a no declarar la nulidad del proceso sub examine, sino a hacer extensivas las mismas razones y, por tanto, las mismas disposiciones en todos los procesos con igual supuesto de hecho, es decir, aquellos en los que se haya demandado a la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General, y aquélla hubiera sido representada judicialmente por el Director Ejecutivo de la Administración Judicial, **incluso en las demandas que hayan sido presentadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 446 de 1998.** En efecto, se hará uso de la aplicación retrospectiva de la jurisprudencia, para salvaguardar los valores fundamentales de justicia e igualdad, consagrados en la Constitución Política, pero con un fundamento aún superior, toda vez que son valores intrínsecos al concepto de humanidad y sociedad.

“(…)”.

“En consecuencia, apelando a la aplicación retrospectiva de la jurisprudencia, adoptada por esta Corporación, y en aras de respetar el derecho al acceso a la administración de justicia y la seguridad jurídica, se unificará la jurisprudencia en lo que se refiere a los procesos iniciados después de la ley 446 de 1998, en los que la Nación-Fiscalía General haya sido representada por el Director Ejecutivo de la Administración Judicial, para que se les apliquen las razones expuestas en esta providencia, de tal forma, que no pueda alegarse, al menos con éxito, la nulidad por indebida representación de la demandada⁵⁶ (Se destaca).

Aunque la postura que se ha dejado expuesta no es compartida por la Magistrada Ponente de esta decisión –para cuyo efecto se suscribirá de manera separada a

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, auto de 25 de septiembre de 2013, exp. 20.420(A). M.P. Dr. Enrique Gil Botero.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

este fallo la correspondiente aclaración de voto respecto de su misma ponencia–, lo cierto es que esa tesis será mantenida dentro del presente proveído, en aras de preservar y acatar la jurisprudencia unificada de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuestión que permite entonces concluir –con fundamento en dicho precedente– que, en este caso, la Nación estuvo debidamente representada por la Fiscalía General de la Nación y que, por tanto, las condenas que se profieran en la parte resolutive de la sentencia, en razón de las faltas demostradas, deberán ser asumidas pero con cargo al presupuesto de la de Rama Judicial.

Así las cosas, la Sala concluye que, en este caso, la Nación, al comparecer al *sub lite* a través del ente acusador, independientemente de que este no haya sido el órgano que adoptó las decisiones que generaron la privación de la libertad, se encuentra debidamente representada, por manera que se dictará condena con cargo al presupuesto de la Rama Judicial.

Como consecuencia, la indemnización que se reconocerá con ocasión de la privación injusta de la libertad del señor Juan Carlos Zuluaga Salazar comprometerá la responsabilidad de la Nación, empero, se pagará –en un 100%– con cargo al patrimonio de la Rama Judicial, por ser la autoridad que causó el daño objeto de las pretensiones y por contar con la autonomía requerida para tal fin.

7. Indemnización de perjuicios

La Sala se pronunciará respecto del monto de la condena por perjuicios morales proferida en primera instancia en favor de Juan Carlos Zuluaga Salazar y Claudia María Salazar Mejía, por tratarse de un punto apelado por los demandantes; sin embargo, no se pronunciará respecto del lucro cesante reconocido por no haber sido objeto de apelación, lo que no obsta para que, en ejercicio de sus facultades oficiosas, analice lo relacionado con la legitimación en la causa de la parte actora y actualice esas sumas de dinero.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

7.1. Legitimación

Con fundamento en las máximas de la experiencia, según la jurisprudencia reiterada y unificada de esta Corporación⁵⁷, es posible presumir que las personas sometidas a una medida restrictiva de la libertad sufren perjuicios de carácter moral, que deben ser indemnizados, supuesto que también resulta predicable de quienes concurren al proceso, debidamente acreditados, en condición de cónyuge, compañero(a) permanente y/o familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o civil

Al presente proceso, además de la víctima directa de la privación –Juan Carlos Zuluaga Salazar–, compareció la señora Claudia María Salazar Mejía, como madre del mencionado, calidad que la Sala encuentra acreditada con el registro civil de nacimiento obrante a folio 6 del cuaderno 1, documento que se aportó con la demanda.

7.2. Perjuicios morales

Ahora bien, el Tribunal *a quo* condenó por concepto de perjuicios morales al pago de 40 S.M.L.M.V en favor de Juan Carlos Zuluaga Salazar y de 15 S.M.L.M.V para su señora madre, entre tanto, en la apelación adhesiva el apoderado de los demandantes solicitó que la condena por estos conceptos se aumente a la suma de 70 S.M.L.M.V, de conformidad con la sentencia proferida por esta Corporación el 28 de agosto de 2013, dentro del proceso radicado con el número 05001233100019960065901.

En ese orden de ideas, se impone precisar que esta Sección, en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, proferida dentro del expediente con radicado 36.149, precisó que para la tasación de la indemnización de perjuicios morales en los casos de privación de la libertad solo se requería acreditar la pertenencia a

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 36.149, C.P. Hernán Andrade Rincón.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

alguno de los grados de afectación fijados en aquella oportunidad⁵⁸, los cuales se establecieron en los siguientes términos:

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

Sin embargo, el referido criterio no constituye una regla que deba aplicarse en todos los eventos, en cuanto, para el efecto, el juez, en ejercicio del arbitrio *iudicis*, con fundamento en los criterios de equidad y justicia, debe adoptar una decisión que resulte consecuente con otros asuntos en los que el daño antijurídico causado reviste una mayor gravedad, verbigracia, cuando se declara la responsabilidad del Estado por la muerte de una persona, toda vez que en este caso se exige demostrar tanto el parentesco como la afectación sufrida. Al respecto, esta Subsección ha señalado:

“[D]e conformidad con los parámetros definidos en la referenciada sentencia de unificación respecto de la tasación de la indemnización de perjuicios morales para los casos de privación injusta de la libertad, bastará para su reconocimiento la acreditación del parentesco, criterio que resulta incongruente de cara a lo dispuesto para la tasación del perjuicio moral en el mismo grado de parentesco cuando el daño consiste en la muerte de una persona, toda vez que en este último caso –que bien puede catalogarse como de mayor entidad–, se exige demostrar tanto el parentesco como la afectación sufrida, por lo que la pauta fijada para los casos de privación injusta de la libertad se muestra inconsecuente y apartada de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, equidad e igualdad con respecto de la regla probatoria para fijar la indemnización en caso de muerte de una persona, razón por la cual se considera imperativo superar la incongruencia que se pone de presente y requerir en el sub lite la prueba sobre el parentesco y la afectación moral derivada de la privación injusta de la libertad, exigencia que

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 28 de agosto de 2014, expediente 36.149, C.P. Hernán Andrade Rincón.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

*resulta razonable en aras de hacer efectiva la igualdad de trato para los demandantes que se encuentran en el tercer grado de consanguinidad y pretenden obtener el resarcimiento en cuestión (...)*⁵⁹.

Por lo anterior, se considera que en la presunción del perjuicio moral, tratándose de la privación injusta de la libertad, se predica solo de la víctima directa, de su cónyuge o compañero(a) permanente y de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, por manera que en relación con los parientes en tercer y cuarto grado de consanguinidad, así como aquellos en primer y segundo de afinidad, no solo se requiere la acreditación de esta condición, sino que también es necesaria la demostración de la afectación moral derivada de la detención. Al respecto, esta Subsección se ha pronunciado en los siguientes términos:

*“Ahora bien, en relación con la indemnización solicitada en la demanda a favor de los tíos, los sobrinos, los primos de la señora Dorys Virginia Ortiz Benítez resulta necesario aclarar aunque en la sentencia de unificación antes referenciada se señaló que para la tasación de la indemnización de perjuicios morales en los casos de privación injusta de la libertad, para esos grados de consanguinidad era suficiente para su reconocimiento la acreditación del parentesco, lo cierto es que ese criterio resulta incongruente en relación con los eventos en que fallece una persona, toda vez que en este último caso, se exige demostrar tanto el parentesco como la afectación sufrida. En ese sentido, se considera que en el caso en estudio se hace necesario la prueba sobre el parentesco y la afectación moral derivada de la privación injusta de la libertad”*⁶⁰.

Habida cuenta de lo anterior y en razón a que la privación de la libertad del demandante principal se prolongó por un lapso de 7 meses y 20 días, emerge que le asiste razón a los apelantes; por ende, la sentencia de primera instancia se modificará para en su lugar reconocer 70 S.M.L.M.V para cada una de las siguientes personas: i) la víctima directa —Juan Carlos Zuluaga Salazar—; ii) su madre —Claudia María Salazar Mejía—.

Debe ponerse de presente que con la demanda se reclamó indemnización por concepto de perjuicios morales y en favor de los seis tíos del señor Juan Carlos Zuluaga Salazar; sin embargo, esta solicitud se negó en la primera instancia porque

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, sentencia del 1º de agosto de 2016, expediente 43071, M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, sentencia del 23 de noviembre de 2016, expediente 42714.



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

no se probó ninguna afectación concreta; como esa decisión no fue objeto del recurso de apelación, la Sala no se pronunciara sobre el particular.

7.3. Actualización de la condena por perjuicios materiales

En relación con los perjuicios materiales, el *a quo* reconoció la suma de \$5'649.675 por lucro cesante, monto que se actualizará, con base en la siguiente fórmula:

$$\text{Valor actualizado} = \text{Valor histórico} \times \frac{(\text{IPC final})^{61}}{(\text{IPC inicial})^{62}}$$

Al remplazar:

$$\text{V.A} = \text{V.H} (\$5'649.375) \quad \frac{(138,07)}{(113,89)}$$

$$\text{V.A} = \$6'848.794$$

En las condiciones analizadas, la Nación pagará con cargo al presupuesto de la Rama Judicial al señor Juan Carlos Zuluaga Salazar por concepto de lucro cesante, la suma de \$6'848.794.

8. Condena en costas

Dado que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna de ellas actuó de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

⁶¹ IPC vigente a la fecha de la presente providencia (noviembre de 2017). Se precisa que se toma el IPC de octubre de 2017, habida cuenta de que estos índices se publican mes vencido.

⁶² IPC vigente para la fecha de la sentencia de la primera instancia (agosto de 2013).



Radicación: 17001233100020110036801(49.083)
Actor: Juan Carlos Zuluaga Salazar y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

FALLA:

1º: MODIFICAR la sentencia del 1º de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, cuya parte resolutive quedará así:

"PRIMERO. DECLARAR patrimonial y extracontractualmente responsable a la Nación, por los perjuicios ocasionados con la privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor Juan Carlos Zuluaga Salazar.

"SEGUNDO: CONDENAR a la Nación con cargo al presupuesto de la Rama Judicial, a pagar por perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero expresadas en salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia:

- "1. Para Juan Carlos Zuluaga Salazar: 70
- "2. Para Claudía María Salazar Mejía: 70

"TERCERO: CONDENAR a la Nación con cargo al presupuesto de la Rama Judicial, a pagar al señor Juan Carlos Zuluaga Salazar, por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, la suma de \$6'848.794.

"CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

"QUINTO: Las condenas se cumplirán en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

"SEXTO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 1995. Las copias destinadas a la parte actora se entregarán al apoderado que ha venido actuando.

"SÉPTIMO: Sin condena en costas".

2º: En firme la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA
Aclara voto


MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

