



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

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 50001-23-31-000-2009-00437-01 (53017)

Actor: JHON JAIRO DURANGO REYES

Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL –FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

TEMAS: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / Falla del servicio.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Nación-Fiscalía General de la Nación- contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, el 22 de enero de 2013, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 28 de marzo de 2007, el señor Jhon Jairo Durango Reyes fue capturado por miembros del CTI con sede en Villavicencio como supuesto autor del delito de rebelión. Estuvo privado de la libertad por un período de 41 días. La Fiscalía 21 Especializada de Bogotá, profirió medida restrictiva de la libertad, con fundamento en los testimonios que daban cuenta de que el hoy demandante, pertenecía a grupos al margen de la ley.

La investigación terminó con preclusión de la instrucción por “*in dubio pro reo*”, mediante resolución de la Fiscalía Treinta Seccional Mitú (Vaupés), de 24 de septiembre de 2007, por considerarse que no existían suficientes elementos de juicio que desvirtuaran la presunción de inocencia del sindicado, y se ordenó su libertad inmediata.

I.- ANTECEDENTES

1.- La demanda

El 15 de diciembre de 2009 (fls. 4 a 7 cuaderno N° 1), el señor Jhon Jairo Durango Reyes, por conducto de apoderado judicial (fl.1, c. 1) interpuso demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra de la Nación - Fiscalía General de la Nación, con el fin de que se le declarara patrimonialmente responsable por los perjuicios causados con motivo de la privación injusta de la libertad que soportó entre el 28 de marzo de 2007 y el 9 de mayo del mismo año.

En concreto, el actor solicitó que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

Primera.- *La Fiscalía General de la Nación es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados al señor JHON JAIRO DURANGO REYES, por la detención preventiva por el (sic) que fue objeto y haberse decretado preclusión de la investigación.*

Segunda.- *Condenar en consecuencia, a la Nación Colombiana-Fiscalía General de la Nación-, a pagar al accionante o a quien represente legamente sus derechos, como reparación o indemnización, los perjuicios de orden material y moral, los cuales se estiman como mínimo en la suma de DOSCIENTOS SIETE MILLONES DE PESOS (\$207.000.000) y/o conforme a lo que resulte probado dentro del proceso.*

Tercera.- *La condena respectiva será actualizada en la forma prevista por el artículo 178 del C.C.A., y se reajustará en su valor tomando como base para la liquidación la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha de la privación injusta de la libertad hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.*

Cuarta.- *El organismo demandado dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.¹.*

Como fundamentos fácticos de la demanda, se narró, en síntesis, lo siguiente:

¹ Fl. 4 cuaderno N° 1.

El 8 de febrero de 2007, el señor Jhon Jairo Durango Reyes², fue privado de la libertad, por agentes del CTI, según orden emanada de la Fiscalía 21 Especializada de Bogotá, Delegada ante las Fuerzas Militares, por el presunto delito de rebelión.

Se relató que la detención preventiva impuesta al señor Jhon Jairo Durango Reyes, no fue causada por dolo o culpa grave imputable a él, sino por suposiciones, sin ningún fundamento probatorio, constituyéndose en una privación injusta de la libertad. Fue por eso que, al calificar el mérito del sumario, la Fiscalía 30 Seccional Mitú, en septiembre de 2007, dictó en su favor preclusión de la investigación por el delito de Rebelión.

Por último, se relató que de la imposición de dicha medida se derivaron: *“a) El pago de honorarios a un profesional del derecho, b) El sufrimiento y dolor durante el tiempo que su detención y el de sus señores padres y c) Una irrogación de perjuicios que deben ser valorados, atendiendo los principios de reparación integral y equidad. Daños que resultan causalmente relacionados con la detención preventiva como se probará en el proceso y, por consiguiente, procede la indemnización de perjuicios a favor del accionante”* (fls. 4 a 5. c.1).

Como fundamentos jurídicos de la demanda, la parte actora aseguró que de los hechos relatados se desprende la responsabilidad objetiva de la entidad demandada, conforme a los artículos 2³, 21⁴, y 90⁵ de la Constitución Política, artículos 414 del Código de Procedimiento Penal, y artículo 68 de la Ley 270 de 1996⁶.

² Fue capturado el 28 de marzo de 2007, según Acta de Derechos del Capturado, visible a folio 64 del cuaderno 4 de la Fiscalía 30 Seccional Mitú (Vaupés).

³ “Artículo 2. (...)” *Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares...*”.

⁴ “Artículo 21. Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección.

⁵ “Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste...”.

⁶ “De conformidad con el principio *tura novit curia* y reiterada jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, no es imprescindible emitir concepto sobre la incidencia de las normas transcritas” folio 5 c.1.

El 11 de diciembre de 2009, el actor y la entidad demandada celebraron audiencia de conciliación, en la Procuraduría 48 Judicial II Administrativa ante el Tribunal Administrativo del Meta (fls. 2 a 3 c.1), la cual resultó fallida.

2. Trámite de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Meta, mediante auto de 11 de febrero de 2010 (fl. 49 a 50 c.1), admitió la demanda, corrió traslado a la Fiscalía General de la Nación, al Ministerio Público y reconoció personería al apoderado de la parte actora. Esa decisión se notificó en debida forma a las partes (fl. 58 c.1).

La Fiscalía General de la Nación, en memorial de 17 de agosto de 2010 (fl. 60 a 70 c.1), contestó la demanda dentro de la oportunidad legal y manifestó su oposición a las pretensiones. Solicitó declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva en cuanto que el daño alegado se derivó de la medida de aseguramiento impuesta en cumplimiento de un mandato legal, el cual disponía que esa medida debía imponerse cuando contra el sindicato obraran por lo menos dos indicios graves de responsabilidad, con base en pruebas legalmente producidas en el proceso. Por tanto, el daño en este caso no se derivaba de un hecho de la entidad, sino, de uno propio del legislador, y, por tanto, se trataba de un daño antijurídico que los individuos deberían soportar por causa de una norma.

Afirmó que la presunción de inocencia que asiste a todas las personas, como norma de carácter fundamental, se mantiene hasta tanto se dicte y quede en firme el fallo que lo condene, como autor o partícipe del hecho que se le atribuye; y que esa presunción no puede esgrimirse como excepción o motivo para deslegitimar la aplicación del *ius puniendi* por vía de la restricción de la libertad, como facultad legal que asiste al operador judicial de la Fiscalía General de la Nación.

Concluyó que, en el presente caso, de las pruebas aportadas por la parte demandante, se puede evidenciar claramente que no realizaron el más mínimo esfuerzo para demostrar que la víctima directa entró en un estado de zozobra, o decaimiento del ánimo, como consecuencia del supuesto daño antijurídico padecido, como tampoco dan certeza sobre la existencia de los daños inmateriales (morales) y, en consecuencia, debía negarse el derecho de los demandantes a ser indemnizados.

El Tribunal Administrativo del Meta, mediante providencia del 19 de enero de 2011 (fl. 80 c.1), abrió el proceso a pruebas y en auto del 30 de agosto de 2012, corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para presentar concepto.

La Fiscalía General de la Nación reiteró que la privación de la libertad de que fue sujeto el señor Jhon Jairo Durango Reyes tuvo fundamento en pruebas valoradas bajo la regla de la sana crítica y que este fue absuelto por duda, y no por haberse probado su absoluta inocencia; por tanto, ésta decisión, por sí misma, no desvirtúa o deslegitima la medida de aseguramiento de detención preventiva que le fue impuesta en su momento.

Añadió que en la investigación penal adelantada en contra del demandante no se incurrió en “error judicial”, pues para que este se configure se requiere que la providencia cuestionada contenga una decisión abiertamente ilegal, lo cual no ocurrió en el presente caso. En cuanto a los perjuicios solicitados, aseguró que el proceso carece del material probatorio para acreditarlos.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

3. La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 22 de enero de 2013 (fls. 147 a 173 c. ppl.), el Tribunal Administrativo del Meta accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia es del siguiente tenor:

PRIMERO.- NIÉGUESE la excepción propuesta por la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DECLÁRASE administrativamente responsable a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por los daños y perjuicios ocasionados al actor JHON JAIRO DURANGO REYES, con ocasión de la privación injusta de la libertad de la que fue objeto.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior CONDENAR a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, al pago de los PERJUICIOS MORALES y MATERIALES, en abstracto de conformidad con los artículos 172 del C.C.A. y 137 y 307 del C.P.C., mediante trámite incidental y teniendo en cuenta las pautas señaladas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO.- Si no fuere objeto de recursos, archívese las presentes diligencias.

Consideró el a quo que, en consideración a la forma cómo sucedieron los hechos, el daño sufrido por el señor Jhon Jairo Durango Reyes le resulta imputable al Estado, porque fue en el curso de una investigación penal y con fundamento en indicios que se determinó que existían los presupuestos legales para imponer medida de aseguramiento, como fue la detención preventiva.

Agregó que si bien el Estado está legitimado para privar preventivamente de la libertad a las personas que sean sometidas a una investigación penal cuando se cumplan estrictamente los requisitos previstos para la imposición de esa medida de aseguramiento, la persona que sufra dicha limitación tendrá derecho a que se le indemnicen los daños que con la misma le hubieren causado.

Aseguró que revisadas las actuaciones de la Fiscalía en la etapa instructiva de la investigación y de acuerdo con el contenido de la resolución que resolvió la situación jurídica del señor Durango Reyes, la cual no fue tachada de falsa por el ente demandado, se infirió que efectivamente se causó un daño antijurídico con la privación injusta de la libertad.

Advirtió que *“si bien no existe certeza de la fecha de la captura como de su puesta en libertad, con la resolución de preclusión es suficiente inferir la existencia del daño derivado de la medida que le acarreó una investigación penal y la privación injusta de la libertad”* (fl. 167 c.1).

Conforme a lo expuesto, concluyó que es clara la existencia del perjuicio moral del señor Durango Reyes, por haber sido la persona que estuvo privada de la libertad, con todas las incomodidades y sufrimientos que la restricción conlleva, sin que sea necesario aportar pruebas adicionales para acreditarlo, y en cuanto los perjuicios materiales en modalidad de lucro cesante reclamados, consideró que el demandante se encontraba en edad productiva y se dedicaba a una actividad lícita, por lo que se presume que devengaba al menos un salario mínimo, el cual debe reconocerse por el lapso que estuvo privado de la libertad.

4. El recurso de apelación

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada interpuso recurso de apelación y como sustento de su inconformidad, manifestó que, al momento de resolverle la

situación jurídica al hoy demandante, la Fiscalía de conocimiento le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, con base en las pruebas aportadas hasta ese momento y de las cuales se podía inferir que se podría estar ante la comisión de un punible.

Aseguró que al fiscal encargado de la instrucción le correspondía pronunciarse jurídicamente, de acuerdo con la naturaleza del hecho investigado, y para proferir la medida de aseguramiento se basó en pruebas que satisfacían los requisitos exigidos para la época de los hechos, sin que fuera necesario que las mismas

brindaran certeza sobre la responsabilidad penal del sindicado, pues este grado de convicción solo era necesario para proferir sentencia condenatoria.

Aseguró que, en el presente caso, la entidad siempre respetó el debido proceso y el derecho de defensa del señor Durango Reyes, el cual tuvo la oportunidad de interponer los recursos de ley ante la resolución que le decretó medida de aseguramiento, si consideraba que ésta era ilegal o injusta, situación que no se presentó, razón por la cual el Estado debe ser exonerado.

El 8 de mayo de 2014, el Tribunal Administrativo del Meta celebró la audiencia de conciliación (art. 70 de la Ley 1395 de 2010), pero la declaró fallida, porque la entidad demandada manifestó que no tenía ánimo conciliatorio (fls 224 a 225 c. ppl.).

5. El trámite de segunda instancia

El recurso de apelación fue concedido en proveído de 27 de junio de 2014 (fl.226 c. ppl.) y fue admitido por auto de 12 de febrero de 2015 (fl. 231 c.ppl.). El 12 de marzo del mismo año, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl. 234 c. ppl.).

La Fiscalía General de la Nación reiteró sus argumentos, en el sentido de señalar que la privación de la libertad de que fue víctima el señor Durango Reyes no puede tildarse de injusta, ya que su actuación se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación que no se puede calificar como defectuosa, ni mucho menos, como generadora de un daño antijurídico, por privación injusta de la libertad del actor.

Adujo que en el proceso no se logró demostrar la responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación, por la supuesta detención injusta del sindicado por la conducta punible de rebelión, en tanto no existió daño

antijurídico por error judicial. Destacó que no puede pretenderse que el solo hecho de que se absuelva al sindicado de un delito, comprometa la responsabilidad patrimonial del Estado, porque eso sería tanto como aceptar que la Fiscalía no pudiera adelantar una investigación penal, e impediría a los fiscales actuar con independencia, con autonomía y libertad para recaudar las pruebas y poder esclarecer los hechos punibles y sus presuntos autores.

Concluyó que la medida de aseguramiento del señor Jhon Jairo Durango Reyes, no puede tildarse de injusta, dado que estuvo fundada en las pruebas que fueron legalmente aportadas a la investigación, existió mérito suficiente para adelantar la investigación, proferir medida de aseguramiento y calificar el mérito del sumario con preclusión de la investigación, y del hecho de que se le hubiera absuelto no se podía predicar que las actuaciones de la Fiscalía fueran ilegítimas (fls.235 a 242 c. ppl.).

Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

Mediante auto del 16 de agosto de 2018 (fls. 259 a 260 c.ppl.), la Subsección consideró que, para el esclarecimiento de la verdad, era necesario ordenar como prueba de oficio⁷ que se trasladara copia del proceso penal N° 75.089, adelantado por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito, Fiscalía Treinta Seccional de Mitú (Vaupés), y que se certificara la fecha y ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación contra el señor Durango Reyes.

El 27 de agosto de 2018, la Fiscalía Treinta Seccional de Mitú, Vaupés, (fls. 262 c. ppl.) remitió la investigación N° 75.089 seguida contra Jhon Jairo Durango Reyes y otros (consta de 5 cuadernos). Igualmente informó que a folio 244 y siguientes de la carpeta 1 se hallaba la resolución, mediante la cual se precluyó la investigación a favor entre otros, del demandante. Aclaró que la providencia estaba contenida en 12 páginas, pero que no se encontró la página 1, y que en el folio 12 aparecía la constancia de ejecutoria (fls. 244 a 255 c. 1 Fiscalía).

⁷ Corte Constitucional sentencia SU-636 de 2015.

II. CONSIDERACIONES

1. Prelación de fallo

Mediante acta No. 10 del 25 de abril de 2013, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado definió que los eventos de privación injusta de la libertad podrán fallarse por las Subsecciones, sin sujeción al turno respectivo, pero respetando el año de ingreso del expediente al Consejo de Estado.

2. Competencia de la Sala

La Sala es competente para conocer de este proceso en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 22 de enero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, dado que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, la competencia para conocer de las acciones de reparación directa que se instauren por error jurisdiccional, por privación injusta de la libertad o por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, se encuentra radicada en los Tribunales Administrativos en primera instancia y en el Consejo de Estado en segunda instancia sin consideración a la cuantía del proceso⁸.

3. Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto en el numeral 8 del 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, de la omisión, de la operación administrativa o de 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

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Auto de Sala Plena del 9 de septiembre de 2008. Exp. 11001-03-26-000-2008-00009-00. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

momento en que quede en libertad el procesado, lo último que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad⁹.

En el caso bajo estudio, encuentra la Sala que en el proceso penal N° 75.089, remitido por la Fiscalía Treinta de Mitú, Vaupés, obra copia de la constancia de ejecutoria de la decisión de preclusión en favor del señor Jhon Jairo Durango Reyes y otros, resolución del 24 de septiembre de 2007, (fls. 36 a 47 c.1. y 244 a 254 c.1 Fiscalía)¹⁰, decisión que quedó ejecutoriada el 19 de octubre de 2007¹¹.

En ese sentido, se infiere que el término de caducidad de la presente acción debe contabilizarse a partir del día siguiente a la ejecutoria de dicha decisión, es decir, desde el 20 de octubre de 2007, y, por tanto, el mismo se venció el 20 de octubre de 2009.

En el expediente obra constancia expedida por el Procurador 48 Judicial II Administrativo del Meta, en la cual se evidencia que la parte actora presentó solicitud de conciliación prejudicial el 24 de septiembre de 2009 (fls. 2 a 3 c.1), es decir, faltando 25 días para que se venciera el término de caducidad. Por tanto, desde esa fecha, el término de caducidad quedó suspendido.

El aludido cómputo se reanudó con la expedición del acta que declaró fallida la conciliación¹² que lo fue el 11 de diciembre de 2009¹³, de modo que a partir del día

⁹ Al respecto consultar la sentencia del 22 de junio de 2017, expediente 44784, Magistrado Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón, sentencia del 24 de mayo de 2017, expediente 42979, Magistrado Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón, sentencia del 10 de noviembre de 2017, expediente 47874, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 28 de septiembre de 2017, expediente 52.897 y sentencia del 10 de noviembre de 2017, expediente 47.294, entre muchas otras providencias.

¹⁰ La preclusión se ordenó en favor de todos los procesados, incluido el señor Jhon Jairo Durango Reyes, a quien no se le impuso la medida de aseguramiento.

¹¹ De conformidad con la constancia de firmeza obrante al revés del folio 254 del expediente penal, cuaderno 1.

¹² Ley 640 de 2001: *“ARTICULO 2. CONSTANCIAS. El conciliador expedirá constancia al interesado en la que se indicará la fecha de presentación de la solicitud y la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, y se expresará sucintamente el asunto objeto de conciliación, en cualquiera de los siguientes eventos:*

“1. Cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre acuerdo”.

*ARTICULO 21. Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley **o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley** o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable” (se destaca).*

siguiente a esa fecha se retomó el conteo del término de caducidad. Así las cosas, el plazo para impetrar la demanda expiraba el 6 de enero de 2010 y, dado que la misma se presentó el 15 de diciembre del 2009 (fl. 7 c.1), se impone concluir que la acción de reparación directa se interpuso en tiempo, de conformidad con lo normado en el ordinal 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

4. La legitimación en la causa

El demandante Jhon Jairo Durango Reyes fue la víctima directa del daño alegado, esto es, la persona privada de la libertad, por tanto, tiene interés directo para solicitar la indemnización por los perjuicios causados y, por tanto, cuenta con legitimación en la causa por activa.

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, se observa que las pretensiones se dirigieron en contra de la Nación - Fiscalía General de la Nación, porque se le imputan unos daños en razón de la investigación penal y posterior captura del señor Jhon Jairo Durango Reyes, motivo por el que considera la Sala que la entidad goza de legitimación para actuar dentro del presente asunto y está debidamente representada (fls. 70 a 79, 94 a 99, 107, 204 y 243, c. 1).

5. La responsabilidad del Estado por la privación de la libertad con fundamento artículo 90 de la Constitución Política

5.1. La Sección Tercera venía sosteniendo que en los casos en que una persona era detenida preventivamente, por disposición de una autoridad judicial, y luego recuperaba la libertad, bien porque resultaba absuelta bajo supuestos de que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no era constitutiva de hecho punible o en aplicación del principio *in dubio pro reo*, inmediatamente surgía un daño que esa persona no estaba en la obligación de soportar y que, por tanto, el Estado era patrimonialmente responsable, en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de daño especial. Esto, sin importar si el agente judicial actuó o no conforme a la ley, por cuanto estaban en juego derechos y principios de estirpe

¹³ Folio 3 del cuaderno No. 1.

constitucional como la libertad personal y la presunción de inocencia, la cual, al no ser desvirtuada por el Estado, tornaba en injusta la privación la privación¹⁴.

Debe aclararse, en todo caso, que la Sección Tercera del Consejo de Estado no descartaba la aplicación de la falla del servicio para la declaración de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. Así lo ha declarado en asuntos donde resulta evidente que se trata de una detención ilegal o arbitraria, en eventos de homonimia o cuando se trata de capturas realizadas para efectos de indagatoria, surtidas las cuales, no se dicta una medida de aseguramiento en contra del imputado¹⁵.

5.2. Dicho criterio jurisprudencial, sin embargo, fue modificado recientemente en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena de esta Sección, en la cual se concluyó que no basta con probar la restricción de la libertad y la posterior ausencia de condena, sino que es menester analizar si el daño derivado de la privación de la libertad es o no antijurídico, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, lo que implica cuatro pasos: i) si el privado de la libertad incurrió en dolo o culpa grave; ii) cuál es la autoridad llamada a reparar y, iii) en virtud del principio *iura novit curia* encausar el asunto bajo el título de imputación que se considere pertinente y, claro está, de acuerdo con el caso concreto y expresando de forma razonada los fundamentos de la decisión. La Sala señaló en la mencionada sentencia¹⁶:

Así las cosas y como al tenor de los pronunciamientos de esta Sala la privación de la libertad de una persona puede ser imputada al Estado siempre y cuando ella no haya incurrido, bajo la perspectiva de lo civil, en culpa grave o dolo civil, es menester determinar si, a la luz del artículo 63 del Código Civil¹⁷, la conducta

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo del 2007, expediente No. 15463. Reiterada en sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del 6 de abril de 2011, expediente No. 21563. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre del 2006, expediente No. 13468. Reiterada en sentencia de unificación de 17 de octubre del 2013, expediente No. 23354. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁵ Al respecto, entre otras múltiples de la subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se pueden consultar las siguientes sentencias: 19 de julio de 2017, exp. 45466, 14 de septiembre de 2017, exp. 47800, 12 de octubre de 2017, exp. 48048, 1 de febrero de 2018, expedientes 46817 y 45146, 10 de mayo de 2018, exp. 45358, 5 de julio de 2018, exp. 47854, 19 de julio de 2018, exp. 52399, 27 de septiembre de 2018, exp. 52404.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 15 de agosto de 2018, expediente 46.947, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁷ "La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

"Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

"Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal y si, por consiguiente, fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos.

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

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio *iura novit curia*, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello¹⁸.

“El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

“Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

¹⁸ Consideración que resulta congruente con la parte resolutive del mismo fallo:

PRIMERO: MODIFÍCASE LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y **UNIFÍCANSE** criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:

1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;

2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

3) Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

En virtud del principio *iura novit curia*, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecuaba al caso concreto.

5.3. Las consideraciones anteriores no resultan contradictorias con las conclusiones de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, SU 072/18¹⁹, sobre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable en eventos de privación injusta de la libertad.

En efecto, la Corte precisa que, ni el artículo 90 de la Constitución Política, como tampoco el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que establece la privación injusta de la libertad como un evento resarcible, así como la sentencia C-037 de 1996, que determinó la exequibilidad condicionada de ese artículo, estipulan un régimen específico de responsabilidad patrimonial del Estado en eventos de privación injusta de la libertad²⁰.

En ese sentido reitera que en materia de reparación directa se acepta la aplicación del principio *iura novit curia*, de acuerdo con las particularidades de cada caso y que definir de manera rigurosa el título de imputación en estos eventos contraviene la interpretación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y de contera el régimen general de responsabilidad estatal del artículo 90 de la Constitución Política²¹.

En el mismo sentido precisa que en determinados eventos, entre los cuales hace referencia a la absolución por *in dubio pro reo*, no se acreditó el dolo o se declaró atipicidad subjetiva, la aplicación automática de un régimen de responsabilidad objetiva, sin que medie un razonamiento sobre si la privación de la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria vulnera el precedente constitucional con efectos erga omnes, esto es la sentencia C-037 de 1996²².

De acuerdo con la providencia, el juez puede escoger entre un título de imputación subjetivo u objetivo, de acuerdo con el carácter demostrativo de la prueba recaudada o la absoluta inexistencia de la misma y agrega que la nominación de las causales de privación injusta de la libertad no se agotan en las que prescribía el derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991.

Por último, en lo que tiene que ver con la unificación de la Corte Constitucional, en el mismo sentido de la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P: José Fernando Reyes Cuartas.

²⁰ Ibidem. Acápites 117 y 118.

²¹ Ibidem, Acápites 119 y 120.

²² Ibidem, Acápites 121.

Estado, en todos los casos en los que se reclame por un evento de privación injusta de la libertad debe considerarse la culpa exclusiva de la víctima²³.

5.4. Para llegar a las anteriores conclusiones, la Corte Constitucional pone de presente que la libertad es uno de los bastiones del Estado social de derecho de carácter multidimensional, como valor, principio y derecho fundamental, como se deduce del preámbulo y los artículos 1, 2 y 28 de la Constitución política, entre otros, bajo el entendido que valores tales como la democracia, el pluralismo y la dignidad humana no pueden ser entendidos sino tienen como punto de partida la libertad²⁴.

Sin embargo, la libertad, como otros derechos, no tiene carácter ilimitado y puede ceder en casos excepcionalísimos al disfrute de los derechos por parte de otros individuos o a la búsqueda del bienestar general. La fuente principal de esas restricciones es el derecho punitivo, que al mismo tiempo lo reconoce de manera principalísima como un principio²⁵²⁶.

Esas restricciones excepcionales a la libertad, además de los límites constitucionales, están sometidas de manera superlativa a estrictas reglas de competencia, de tiempo para verificar su legalidad, así como a la posibilidad de revisar la pertinencia de la restricción. En el mismo sentido debe hacerse una diferenciación tajante entre dos figuras, pena y detención preventiva, y que esta no puede implicar, de ninguna manera, una vulneración al principio de presunción de inocencia y que, conforme al bloque de constitucionalidad, se encuentran sometidas al criterio irreductible de que sean absolutamente necesarias²⁷.

Pero además de la necesidad, ese ejercicio punitivo preventivo del Estado está encuentra otro límite, como es el principio de proporcionalidad, que permite desde el ámbito constitucional examinar y neutralizar los excesos de la potestad de configuración del legislador penal, en particular las medidas cautelares dirigidas a afectar la libertad personal de una persona imputada por un hecho punible. La regla de proporcionalidad impone que los beneficios de las medidas preventivas deben ser superiores o

²³ Ibidem, Acápito 124

²⁴ Ibidem, Acápites 67 a 69.

²⁵ Ibidem. Acápites 69 y 70.

²⁶ Artículos 4 del Decreto Ley 2700 de 1991, 3 de la Ley 600 de 200 y 2 de la Ley 906 de 2004.

²⁷ Ibidem. Acápito 70. Sentencia C-106 de 1994.

razonablemente equivalentes a las restricciones que imponen a los afectados por ellas²⁸.

Bajo los anteriores parámetros, la Corte Constitucional, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, reconoce que el Consejo de Estado, en aras del principio de seguridad jurídica, ha acudido tanto a un régimen de responsabilidad subjetivo como objetivo en determinados eventos, lo cual no contradice, en principio, la jurisprudencia constitucional en cuanto a la interpretación integral del artículo 90 de la Constitución Política²⁹.

Sin embargo, señala que en cuatro eventos de absoluciones, como son que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o porque se aplicó el principio del *indubio pro reo*, se ha aplicado el título objetivo de imputación del daño especial.

Con fundamento en todo lo anterior, la Corte Constitucional señala que en la sentencia C-037 de 1996 se concluyó que, cualquiera que sea el régimen a aplicar, la calificación de injusta de una privación de la libertad, implica necesariamente “*definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho*”³⁰. Frente a este punto prescribe:

*En este punto se precisa que esa comprensión fue plasmada como condicionamiento de dicho artículo, al consignar en el numeral tercero de la parte resolutoria que se declaraban exequibles “pero bajo las condiciones previstas en esta providencia, (...)”, entre otros, el artículo 68, sobre el cual en la parte considerativa se había determinado que las reflexiones transcritas eran las condiciones para declararlo exequible*³¹.

Ahora bien, la Corte señala que las normas que contienen los diferentes supuestos en los que procede la detención preventiva en los ordenamientos procesales penales³², vigentes desde la vigencia del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, le son inherentes el juicio de razonabilidad y de proporcionalidad. Sin embargo, los requisitos para imponer la medida de aseguramiento han variado de uno a otro de acuerdo al grado de convicción probatoria requerida, mientras el Decreto Ley 2700 de 1991 y la Ley 600 de

²⁸ Ibidem. Acápito 71. Sentencia C-106 de 1994.

²⁹ Ibidem. Acápito 101.

³⁰ Ibidem. Acápito 102.

³¹ Ibidem. Acápito 102.

³² La Corte hace referencia al Decreto Ley 2700 de 1991, artículos 355 Y 356 de la Ley 600 de 2000 y 308 de la Ley 908 de 2004

2000, solicitaban de uno o dos indicios graves de responsabilidad, respectivamente, la Ley 906 exige de una inferencia razonable de autoría o participación del imputado³³.

La Corte insiste en que para una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el juez administrativo a la hora de definir si una privación de la libertad es injusta o no, independientemente del título de imputación que se elija aplicar, debe considerar si las decisiones adoptadas por el funcionario judicial se enmarcan en los presupuestos de “razonabilidad, proporcionalidad y legalidad”³⁴³⁵. Al respecto concluye:

*Lo anterior significa que los adjetivos usados por la Corte [razonabilidad, proporcionalidad y legalidad] **definen la actuación judicial, no el título de imputación** (falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional), esto es, aunque aquellos parecieran inscribir la conclusión de la Corte en un régimen de responsabilidad subjetivo; entenderlo así no sería más que un juicio apriorístico e insular respecto del compendio jurisprudencial que gravita en torno del entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en tanto, debe reiterarse, la Corte estableció una base de interpretación: la responsabilidad por la actividad judicial depende exclusivamente del artículo 90 de la Constitución, el cual no establece un título de imputación definitivo, al haberse limitado a señalar que el Estado responderá por los daños antijurídicos que se le hubieren causado a los particulares³⁶.*

Luego insiste en que el elemento común que exige el artículo 90 de la Constitución Política es la existencia de un daño antijurídico y que la responsabilidad patrimonial se define a partir de cualquiera de los títulos de imputación, frente a lo cual señala que, la sentencia C-037 de 1996 es consecuente con ese razonamiento a partir de la interpretación del artículo 65 de la Ley 270 de 1996, que es la cláusula general de responsabilidad del Estado en lo que tiene que ver con la actividad judicial, en la que no se adscribió a ningún título de imputación específico. Y en lo que tiene que ver con la privación injusta de la libertad señaló:

De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse³⁷.

³³ Ibidem. Acápito 103.

³⁴ Ibidem. Acápito 104.

³⁵ Más adelante señala:

112. En suma, la aplicación de cualquier de los regímenes de responsabilidad del Estado mantienen incólumes la excepcionalidad y los juicios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, así como la presunción de inocencia que preceden a la imposición de una medida de aseguramiento...

³⁶ Ibidem. Acápito 104.

³⁷ Ibidem. Acápito 104.

La Corte señala que lo anterior no impide que se creen reglas en pro de ofrecer homogeneidad en materia de decisiones judiciales, pero estas deben fundamentarse en un análisis concienzudo de las fuentes del daño y no en generalizaciones normativas, que no tomen en cuenta las posibilidades que giran en torno a esas fuentes.

5.5. De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional señala que en dos eventos establecidos por el Consejo de Estado, resulta factible aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, estos son cuando el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica, en ambas situaciones la privación de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada, por lo que “*el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos*”.

En criterio de la Corte desde el inicio de la investigación el fiscal o juez deben tener claro que el hecho sí se presentó y que es objetivamente típico, ya que disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos. En el primer caso el funcionario judicial debe tener en claro esa información desde un principio y en el segundo se trata de una tarea más sencilla, que consiste en el cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipifican como tal³⁸.

Las dos causales anteriores se contrastan con las absoluciones consistente en que el procesado no cometió el delito y la aplicación del principio *in dubio pro reo*, la Corte considera que estas requieren de mayores disquisiciones por parte de los fiscales o jueces para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma. En un sistema como el acusatorio no resulta exigible al fiscal y la juez con función de garantías que en etapas tempranas de la investigación penal definir si el imputado ejecutó la conducta, pues será en etapas posteriores que el funcionario judicial definirá tales asuntos, que solo se pueden definir en la contradicción probatoria durante un juicio oral³⁹.

Lo mismo pasaría respecto de eventos de absolución en los que concurre una causal de justificación o una de ausencia de culpabilidad, en los que la conducta resulta objetivamente típica, pero no lo era desde el punto de vista subjetivo⁴⁰.

³⁸ Ibidem. Acápites 105.

³⁹ Ibidem. Acápites 106.

⁴⁰ Ibidem. Acápites 106.

5.6. En conclusión, las sentencias de unificación del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, establecen que en eventos de privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue razonable y proporcionada.

En la misma vía, en todos los eventos posibles, será necesario descartar si el imputado o sindicado con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a la medida de privación de la libertad.

Bajo los anteriores parámetros entra a considerarse el caso concreto.

6. Problema jurídico

La Sala deberá decidir si en el presente caso se reúnen o no los presupuestos necesarios para declarar a la Nación -Fiscalía General de la Nación- patrimonialmente responsable por los daños sufridos por la privación de la libertad del señor Jhon Jairo Durango Reyes, ordenada dentro de la investigación penal que se adelantó en su contra por el delito de rebelión y que culminó con resolución de preclusión de la instrucción, *por in dubio pro reo*, de la Fiscalía Treinta Seccional de Mitú, Vaupés.

En el evento en que se concluya la configuración de la responsabilidad de la parte demandada, la Sala procederá a verificar que la condena que se imponga esté debidamente sustentada en las pruebas que obran en el expediente, en la ley y en los criterios jurisprudenciales que ha desarrollado la Corporación.

6.1. El daño

Con el fin de abordar integralmente la problemática que supone el recurso de apelación interpuesto, la Sala analizará la demostración del daño, toda vez que se trata del primer elemento que debe dilucidarse para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado. Una vez establecida la alegada afectación de los intereses de la parte demandante, se entrará a estudiar la posibilidad de imputarla a la demandada.

En el caso concreto, el daño alegado es la privación de la libertad del señor Jhon Jairo Durango Reyes sufrida en el marco del proceso penal que se adelantó en su contra.

La Sala considera que no hay duda de la existencia del daño alegado, pues se encuentra acreditado que el señor Jhon Jairo Durango Reyes fue procesado penalmente y privado de su libertad en establecimiento carcelario desde el 28 de marzo de 2007 hasta el 9 de mayo de 2007⁴¹, tal como se acreditó con las pruebas que fueron trasladadas del proceso penal remitido por la Fiscalía General de la Nación, a solicitud del Consejo de Estado, en las cuales consta que el demandante:

Fue capturado el 28 de marzo de 2007, según Acta de Derechos del Capturado FPJ5-visible a folio 64 del cuaderno 4 de la Fiscalía 30, Seccional Mitú (Vaupés):

El 28 del Mes de MARZO del 2007, siendo las 13:25 Horas en la MANZANA 5 CASA 6 BARRIO MARIA PAZ, se cumple el procedimiento de captura de una persona a quien inmediatamente se le hace saber el contenido de la presente acta, quien enterado del mismo manifestó:

NOMBRES Y APELLIDOS	: JHON JAIRO DURANGO REYES
IDENTIFICACIÓN	: 86.051.271 DE VILLAVICENCIO META
FECHA DE NACIMIENTO	: 18 DE AGOSTO DE 1.975
LUGAR DE NACIMIENTO	: CARURU VAUPES
NOMBRE DE LOS PADRES	: MARÍA ARGENIS Y EDILBERTO
ESTADO CIVIL	: CASADO
OCUPACIÓN U OFICIO	: AGRICULTOR

Fue dejado en libertad el 9 de mayo de 2007, según Boleta de Libertad, oficio N° 0461, de la Fiscalía Cuarenta y Tres Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito, visible a folio 226 cuaderno 1 de la Fiscalía 30, Seccional Mitú (Vaupés), remitida al director de la Cárcel Distrito Judicial de Villavicencio:

Asunto: Sumario	: D.C. 167.565
Delito	: REBELIÓN
Sindicado	: JHN JAIRO DURANGO REYES Y OTROS

En forma comedida, me permito informarle que mediante Resolución de fecha 07 de mayo 2007, la Fiscalía 30 Seccional Delegada ante el Juez Promiscuo del Circuito de Mitú (Vaupés), dispuso la libertad en forma inmediata del señor JHON JAIRO DURANGO REYES, identificado con la C.C. N° xxxx...”

⁴¹ Y no desde el 8 de febrero de 2007 hasta el 24 de septiembre de 2007, fechas establecidas por el señor Jhon Jairo Durango Reyes en la demanda.

6.3. Imputación

Previo a decidir el fondo del asunto, la Sala considera pertinente precisar que si bien la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial ostenta la representación de la Nación en casos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por hechos imputables a la Administración de Justicia (inciso segundo del artículo 49 de la Ley 446 de 1998⁴²), lo cierto es que las decisiones que se discuten en el presente litigio y que habrían ocasionado el daño por cuya indemnización se reclama, fueron proferidas por la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual una vez efectuado el recuento probatorio, se concretará si el aludido daño antijurídico reclamado se encuentra acreditado y, de estarlo, se establecerá si el mismo le resulta imputable a esa entidad, la cual fue debidamente notificada y representada⁴³.

Obran en el expediente copias de las decisiones judiciales adoptadas en el proceso penal adelantado en contra del señor Jhon Jairo Durango Reyes, las cuales fueron aportadas por la Fiscalía 30, Seccional Mitú –Vaupés-, solicitadas por esta Corporación⁴⁴, de las cuales resulta pertinente relacionar las siguientes:

- La Fiscalía Especializada Delegada ante el Ejército Nacional, el 11 de diciembre de 2006 (fls. 85 a 87 c. 4 Fiscalía), teniendo en cuenta el informe N° 014 CTI-R4 del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, abrió formalmente la indagación preliminar contra el señor Jhon Jairo Durango Reyes y otros.

- La Fiscalía General de la Nación, el 1 de febrero de 2007, declaró formalmente abierta la instrucción en contra del señor Jhon Jairo Durango Reyes y otros (Fls. 133 a 134).

⁴² “En los procesos Contencioso Administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho”.

⁴³ En ese mismo sentido consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias proferidas el 8 de julio del 2009, Exp. 17.517, del 23 de abril de 2008, Exp. 17.534 y del 15 de abril de 2010, Exp. 18.284, entre otras., toda con ponencia del Consejero, Doctor Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia de 30 de abril de 2014, Exp. 38.276 M.P. Doctor Hernán Andrade Rincón.

⁴⁴ Tal y como consta en el auto del 16 de agosto de 2018 (fls. 259 a 260 c.ppl.), la Subsección, ordenó una prueba de oficio para que se aportara al plenario copia del proceso penal N° 75.089 adelantado por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito, Fiscalía Treinta Seccional de Mitú (Vaupés) y que certificaran la fecha y ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación contra el señor Durango Reyes.

- En providencia del 3 de abril de 2007, la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Mitú, decidió imponer medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra del señor Jhon Jairo Durango Reyes por el delito de rebelión (fls. 97 a 108, c. 4 Fiscalía).

- Se encontró la diligencia de indagatoria del señor Jhon Jairo Durango Reyes por parte de la Fiscalía 21 Especializada Delegada ante el Ejército Nacional (fls. 141 a 149 c.4 Fiscalía).

- La Fiscalía Tercera Delegada, el 4 de abril de 2007, notificó la resolución del 3 de abril de 2007, al señor Jhon Jairo Durango Reyes y libró boleta de detención a nombre del mismo (fl. 168 c. 4 Fiscalía).

- Providencia del 7 de mayo de 2007, proferida por la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Mitú Vaupés, mediante la cual se decidió "...SEGUNDO: Revocar la medida de aseguramiento a favor de los ciudadanos Itaulino Valencia, Jesús Valencia, Jhon Jairo Durango e Isidro Gaona...TERCERO: Como corolario a lo anterior, se entrará a conceder el beneficio de libertad provisional a favor de Itaulino Valencia, Jesús Valencia, Jhon Jairo Durango e Isidro Gaona, previa suscripción de la respectiva acta de compromiso, con las obligaciones allí previstas..." (fls. 211 a 253 c.1 Fiscalía).

En dicha decisión se expusieron los siguientes argumentos:

Ahora bien, con relación a los ciudadanos..., Jhon Jairo Durango e Isidro Gaona, considera la Instancia que las revelaciones dadas por Luis Nelson Adrián Gutiérrez, Wilson Restrepo Bernal, Lilián Arenas Barreto, Luis Enoc Arias Reyes y Efrén Gómez Cárdenas, derrumban las manifestaciones provenientes de algunos presuntos reinsertados, por cuanto provienen de algunas personas, que llevan residiendo en Carurú largo tiempo, donde han observado las diferentes labores desarrolladas por aquellos, cuando son personas de bien.

(...)

Es de público conocimiento y así se deberá reconocer por parte de la Fiscalía Treinta, en aquellas partes donde hace presencia alguno de los dos grupos al margen de la Ley y desgraciadamente no hay presencia estatal, ellos son los que investigan y sancionan a las personas que infringen la norma establecida por ellos, a manera de ejemplo, para los chismosos, son atadas sus extremidades y

les colocan un letrero donde le da a conocer a la población el motivo de ello; para quienes ingieren licor, son amarrados, a los amigos de lo ajeno, pueden llegar a ser ultimados, incluso, les está prohibido el adulterio, fijándoseles sanciones por esto.

Si recurridos a los demás medios de prueba que se allegaron con posterioridad a la resolución donde se les impuso medida restrictiva al derecho fundamental de libertad, se puede concluir y sin hacer una sindéresis muy profunda, derrumban todas las sindicaciones hechas por los reinsertados, cuando los deponentes, personas que llevan cierto tiempo residiendo en Carurú, algunos tienen dignidades públicas, recordemos, la primera autoridad administrativa y el coordinador del PAB con sede en aquel Ente Territorial, dan a conocer con lujos de detalles, las diferentes actividades desarrolladas por cada uno de los ciudadanos aquí investigados.

Valga las anteriores elucubraciones, para proceder a revocar la medida de aseguramiento a los ciudadanos Itaulino Valencia, Jesús Valencia, Jhon Jairo Durango e Isidro Gaona, como fue expuesto en los renglones precedentes, debiéndose otorgar la gracia de libertad provisional en forma inmediata, previa suscripción de la respectiva acta de compromiso con las obligaciones previstas en el ordenamiento orgánico. Para notificar el presente proveído se comisionará a un señor Fiscal Seccional con sede en la ciudad de Villavicencio, para notificar en forma personal a cada uno de los interesados y libre las respectivas boletas ante el señor Director del Centro Reclusorio (fls. 220 a 222 c. 4 Fiscalía).

- Mediante providencia del 24 de septiembre de 2007 (fls. 36 a 47 c. 1), la Fiscalía Treinta Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito, profirió preclusión de la instrucción y ordenó el archivo definitivo del proceso:

Se puede colegir con la fuerza suficiente, los declarantes que figuran a partir de los folios 187 a 198 del cuaderno dos del original, son claros y por demás precisos en mencionar cada una de las actividades desarrolladas por los encartados, de donde obtienen un ingreso para la manutención de su grupo familiar, por ende, son personas de bien y como es afirmado por parte del señor Juez al momento de resolver el recurso legal de control a la medida de aseguramiento, afirma "...Valga la pena recalcar que los detenidos son personas ampliamente conocidas en el Municipio de Carurú, como lo atestiguan las personas que declararon ante la Fiscalía 30 Seccional...", debiendo a derrumbar las afirmaciones hechas por personas quienes no son conocidas en la región, excepto la del almacenista del Municipio.

Se puede colegir con la fuerza suficiente del acimut probatorio arrimado hasta este momento procesal, todas las personas aquí investigadas, siempre ha permanecido en el casco urbano, es decir, casi nunca se han alejado de allí excepto está, cuando deben de ir a alguna comunidad a desarrollar una misión específica, mucho de ellos, son contratistas del Municipio de Carurú, debiendo salir en búsqueda de algún árbol para arrancar y de allí obtener la madera para la contratación, otros para sus chagras, cultivar la tierra para tener los alimentos más básicos de la canasta familiar, pero ello no es una actividad ilícita, todo lo contrario, es un ejercicio legal, por el cual obtiene una gratificación y no necesariamente proveniente de la guerrilla.

Como fue expuesto a lo largo del proveído mediante la cual, esta Agencia procedió a revocar la medida de aseguramiento impuesta por la homologada Delegada ante las Fuerzas Militares, las dicciones provenientes de personas que han vivido casi toda su existencia al interior de Carurú y quienes vivieron las afugias realizadas por estos malhechores, por consiguiente, es entendible que la mayoría de ellas efectivamente prestaron una ayuda para el grupo insurgente, pero no fue por una determinación libre de ellos, todo lo contrario, fue una imposición impuesta en cualquier reunión o una determinación del resorte del comandante, la cual era una orden y contra ella no procedía ningún recurso, se cumplía o se caía en desgracia con éstos, por ende, la existencia y sus bienes corrían peligros.

Pero es de resorte para la Fiscalía General de la Nación, si los encartados fueran activista de la guerrilla, por ende, no hubieran permanecido en el Municipio de Carurú, ellos sabían que al momento de hacer presencia la Fuerza Pública, ellos serían los primeros en recibir todo el peso de la justicia, por cuanto habrían señalamiento proveniente de los habitantes, personas quienes directamente los tildarían como milicianos o incluso combatientes, concurriendo cualquier habitante ante la autoridad legalmente constituida y poner en conocimiento, aspecto que huelga a predicarse, brilla por su ausencia el barrunto, constituyéndose muy a las claras, que ellos no han tenido, mucho menos tienen algún grado de actividad del grupo al margen de la Ley.

Adversa la Instancia, si bien es cierto, la existencia de algunas personas quienes permanecieron al servicio de las fuerzas armadas revolucionarias de Colombia, por un largo período, ocho y doce años aproximadamente como es mencionado en las dicciones rendidas ante el organismo con funciones de policía judicial perteneciente al órgano instructor, también lo es, ese trayecto, Cururú no contaba con la representación del Estado, estaban huérfanos de cualquier protección de la Nación, quien cobardemente los desampara a la suerte de la guerrilla, por ende, perfecta y ante todo es, entendible, las personas aquí vinculadas deberían de cumplir a la letra las órdenes impartidas, pero tal acatamiento nunca podrá constituir como una actividad deliberada, es decir, compartir con los ideales de la subversión, todo lo contrario, los cumplían porque ellos tenían las armas, por ende, la fuerza, pero no constituye nunca una manifestación propia para derrocar o al menos desestabilizar los cimientos del Estado nacional.

No puede dejarse pasar por alto la Fiscalía Treinta Seccional, nótese que al momento de realizarse las capturas por parte del Cuerpo Técnico de investigación, investigadores que se desplazaron desde la ciudad de Bogotá y hasta Cururú, desarrollaron un sinnúmero de registros y allanamientos a los inmuebles donde residían las personas aquí vinculadas al plenario, pero nunca hallaron algún elemento que los inculpara en la comisión del delito de rebelión, todo lo contrario al interior de cada una de las casas, estaban huérfanas de algún elemento que se pensará lógicamente la categoría de rebeldes para alguno de ellos, debiéndose a derrumbar las argumentaciones sostenidas al momento de imponerse la medida restrictiva.

Como fue expuesto en los renglones anteriores, surgen muchas dudas, las cuales nunca podrán ser dilucidadas por la Fiscalía, debiéndose dar aplicación al principio universal del in dubio pro reo, debiéndose prorrumpir a favor de Honorio Palomino Palomino, Itaulio Valencia Gómez, Rodolfo Ayala Velásquez, Isidro Gaona Girón, Jesús Alberto Valencia Peña, Luz Mery Pérez Acosta, Martha Ofelia Neira Díaz, Norberto Valencia y Jhon Jairo Durango Reyes, preclusión de la instrucción, debiéndose cancelar todo lo pendiente, darse los avisos de Ley y en firme la

determinación, la actuación pasará al archivo, previo descuento en los libros llevados a la Agencia.

En el caso *sub examine*, de las pruebas aportadas al proceso se puede establecer:

i) Que, mediante providencia del 3 de abril de 2007, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Mitú, decidió imponer medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra del señor Jhon Jairo Durango Reyes por el delito de rebelión, el cual estuvo retenido entre el 28 de marzo y el 9 de mayo de 2007.

ii) Que el 7 de mayo de 2007, la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Mitú Vaupés, revocó la medida de aseguramiento del señor Jhon Jairo Durango Reyes y le concedió libertad provisional.

iii) Que el 24 de septiembre de 2007, la Fiscalía Treinta Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito, profirió a favor del señor Jhon Jairo Durango Reyes, preclusión de la instrucción, por *in dubio pro reo* y ordenó el archivo definitivo del proceso.

En definitiva, la Fiscalía General de la Nación ordenó la detención preventiva del señor Jhon Jairo Durango Reyes y otros, con base en: (i) las labores de inteligencia realizadas por el Cuerpo Técnico de Investigación con sede en la ciudad de Villavicencio, que daban a conocer que alzados en armas permanecían al interior del municipio de Cururú, en calidad de milicianos, pertenecientes a la cuadrilla “Armando Ríos” del frente primero de las FARC, y (ii) las declaraciones de algunos exmilitantes que se reinsertaron a la vida civil, quienes declararon sobre las actividades ejercidas dentro de dicha organización, por el señor Durango Reyes, como miembro activo y como posible autor del delito de rebelión.

En consecuencia, la Sala procede a verificar si dichos medios probatorios constituían indicios graves, que ameritaran la adopción de la medida de aseguramiento de detención preventiva, conforme a lo requerido por el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, para determinar si se presentó o no una falla del servicio.

En línea con lo manifestado por la Corte Constitucional⁴⁵ y lo previsto en el artículo 314 de la Ley 600 de 2000, la jurisprudencia reiterada de esta Corporación entiende que la

⁴⁵ “El art. 50 incorpora un inciso final al art. 313 del C.P.P., en el sentido de señalar que en ningún caso los informes de la Policía Judicial y las versiones suministradas por informantes tendrán valor probatorio

información contenida en los informes de inteligencia puede servir como criterio orientador de las investigaciones, pero no pueden tener valor probatorio, “[...] *por tratarse de actuaciones extraprocesales, que no han sido controvertidas por las personas contra las cuales se les oponen en un proceso penal*”⁴⁶. Por ende, dichos informes “[...] *pueden ser utilizados como guía o referente para buscar nuevas pruebas, o lograr su autorización, mas no como evidencia de la responsabilidad penal de la persona implicada por ellos, en ningún momento procesal, ni en la sentencia, ni en decisiones precedentes*”⁴⁷. En este orden de ideas, los informes de inteligencia referenciados, deben descartarse como indicios graves de responsabilidad del señor Jhon Jairo Durango Reyes, como autor del delito de rebelión y, en consecuencia, como fundamento de la detención preventiva ordenada en su contra.

Los únicos medios probatorios que fundamentaron la medida de aseguramiento adoptada fueron las declaraciones rendidas por Wilson Restrepo Bernal, Rubiela Caicedo Vásquez, Ricardo Mancipe Rojas y Javier Rodríguez Alcala⁴⁸ quienes narraron las actividades desarrolladas por los milicianos, y aseguraron que el señor Durango Reyes, pertenecía a las FARC. El primero de los testigos manifestó que “*él estaba en la guerrilla, siendo las misiones específicas, vigilar las obras desarrolladas en las diferentes comunidades, que tenía que observar los movimientos de los ciudadanos... los ojos de la algarada, transportar víveres, combustible para la sublevación...*” declaración que en principio, podría considerarse una prueba directa de la autoría del delito de rebelión del imputado en el momento que se dictó la medida de aseguramiento.

Precisa la Sala que dichas declaraciones fueron el fundamento de la detención privativa del señor Jhon Jairo Durango Reyes, como lo advirtió la Fiscalía en las providencias del 7 de mayo de 2007 que revocó la medida de aseguramiento (fls. 217 a 222 c.4 Fiscalía) y la del 24 de septiembre de 2007, que absolvió al sindicado (fls. 36 a 47 c.1).

Sin embargo, esos testimonios fueron desvirtuados por otros testigos que gozaban de mayor credibilidad. En efecto, la investigación, la unidad de Fiscalía Delegada ante el

en el proceso. || La mencionada disposición se ajusta plenamente a la Constitución, en la medida en que no le asigna valor probatorio a los mencionados informes y versiones, por tratarse de actuaciones extraprocesales no controvertidas por las personas a las cuales se podían oponer dentro del proceso”. Corte Constitucional. Sentencia C-392 de 2000.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 24 de octubre de 2013, exp. 25822.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 27 de junio de 2017, exp. 39127.

⁴⁸ Como se evidencia en la resolución del 3 de abril de 2007 de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Mitú, Vaupés que resolvió imponer medida de aseguramiento en contra del demandante y negó el beneficio de libertad provisional.

Juzgado Penal del Circuito de Mitú, en la providencia del 7 de mayo de 2007, aclaró que “...las revelaciones dadas por Luis Nelson Adrian Gutierrez Ramírez, Wilson Restrepo Bernal, Lilian Arenas Barreto, Luis Enoc Arias Reyes y Efrén Gómez Cárdenas, derrumban las manifestaciones provenientes de algunos presuntos reinsertados, por cuanto provienen de algunas personas, que llevan residiendo en Carurú largo tiempo, donde han observado las diferentes labores desarrolladas por aquellos, cuando son personas de bien...”.

Las declaraciones rendidas por los últimos testigos eran coherentes entre sí. Su fuerza de convicción le restaba credibilidad a lo afirmado en las declaraciones de Wilson Restrepo Bernal y otros. Al ser desvirtuadas estas declaraciones no existía mérito para considerar que el señor Durango Reyes en realidad hubiera pertenecido a la cuadrilla “Armando Ríos” del frente primero de las FARC, y, al no contarse con pruebas que permitieran fundamentar la detención preventiva del demandante, se configuró una falla en el servicio en el caso concreto.

A una conclusión análoga llegó esta Corporación en la sentencia de 2 de mayo de 2017, en la cual se decidieron las pretensiones reparatorias de quienes habían sido capturados y sometidos a detención preventiva, como presuntos autores del delito de rebelión, con base en el testimonio de un reinsertado de las FARC e informes de inteligencia militar que relataban su presunta colaboración con el grupo subversivo. Teniendo en cuenta que los informes de inteligencia no son un medio de convicción válido y que, en consecuencia, el material probatorio era insuficiente, la Sala concluyó que la autoridad judicial había inobservado los requisitos establecidos en la normativa procesal, por lo que se acreditaba una falla del servicio⁴⁹.

Así, al no contar la Fiscalía General de la Nación con dos indicios graves de la responsabilidad del señor Jhon Jairo Durango Reyes como autor del delito de rebelión al momento de ordenar su detención preventiva, se configura en el *sub júdice* una falla del servicio.

Bajo las circunstancias anteriores, resulta desde todo punto de vista desproporcionado pretender que se le pueda exigir al señor Jhon Jairo Durango Reyes que asuma de manera impasible y como si se tratara de una carga pública, que todos los asociados debieran asumir en condiciones de igualdad, una privación de sus derechos a la libertad durante 41 días, en aras de salvaguardar la eficacia de las decisiones del Estado.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 2 de mayo de 2017, exp. 40772.

Teniendo en cuenta las circunstancias fácticas descritas, se impone concluir que no estaba el señor Jhon Jairo Durango Reyes en la obligación de soportar el daño, por falla del servicio, que el Estado les irrogó y que, por tanto, debe ser calificado como antijurídico, calificación que determina la consecuente obligación para la Administración de resarcirle los perjuicios que dicha medida le causó.

Esta sola circunstancia constituye un evento determinante de privación injusta de la libertad, puesto que antes, durante y después del proceso penal al cual fue vinculado el ahora demandante, siempre mantuvo intacta la presunción constitucional de inocencia que lo ampara y que el Estado, jamás le desvirtuó.

Sobre el particular, debe decirse que en casos como este no corresponde a la parte actora acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la responsabilidad: daño antijurídico e imputación, extremos que se encuentran suficientemente acreditados en el expediente, pues una decisión de la Administración de Justicia, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, determinó que el señor Jhon Jairo Durango Reyes tuviera que padecer la limitación a su libertad durante 41 días, hasta que se lo absolvió de responsabilidad penal por el delito de rebelión; en cambio, es a la entidad demandada a quien correspondía demostrar, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, que, sí se había dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiera entenderse configurada una causal de exoneración, tal como la culpa exclusiva y determinante de la víctima y ocurre que ninguna de esas eximentes fue acreditada en el plenario⁵⁰.

En consecuencia, no es posible considerar que el señor Jhon Jairo Durango Reyes hubiera estado en la obligación de soportar las consecuencias de la medida cautelar restrictiva de su libertad, en los términos en que en ese entonces le impuso la Fiscalía General de la Nación.

Con fundamento en los argumentos expuestos, la Sala confirmará la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, el 22 de enero de 2013, que declaró administrativamente la responsabilidad a la Nación- Fiscalía General de la Nación por los hechos materia de este asunto. En consecuencia, se estudiará la pretensión indemnizatoria de la demanda.

⁵⁰ Al respecto ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009, Exp. 17.517 y del 15 de abril de 2010, Exp. 18.284, entre otras.

7.- Indemnización de perjuicios.

- Perjuicios morales.

Según se indicó en el acápite de la cuantía de la demanda, se solicitó por concepto de indemnización de perjuicios morales, el monto de \$200'000.000⁵¹ a favor del demandante y por perjuicios materiales \$2'000.000, más, por pago de honorarios de abogado 5'000.000 para un total de \$207'000.000 millones de pesos (fl. 6 c.1).

Para el caso *sub lite*, entiende la Sala que la restricción de la libertad a la cual fue sometido el señor Jhon Jairo Durango Reyes durante 41 días, produjo una afección moral que debe ser indemnizada en su favor.

En efecto, aplicando el criterio sostenido de manera reiterada por la Sala, con base en las máximas de la experiencia y en las pruebas recaudadas, puede inferirse que el señor Jhon Jairo Durango Reyes padeció el perjuicio moral por cuya reparación demandó, comoquiera que es propio de la naturaleza humana que toda persona privada injustamente de la libertad, experimente un profundo sufrimiento de angustia, temor, impotencia e inseguridad por causa de dicha situación.

En este caso, el Tribunal *a quo* condenó en abstracto a la entidad a reparar el perjuicio moral, para lo cual fijó los siguientes parámetros:

III. LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS

A. Perjuicios Morales y Materiales

En primer lugar, considera la Sala que en relación con el demandante Jhon Jairo Durango Reyes, es clara la existencia del perjuicio moral que para él se derivó, por haber sido la persona que estuvo injustamente privado de la libertad, con todas las incomodidades y sufrimientos que la restricción al mencionado derecho fundamental conlleva, sin que sea necesario aportar pruebas adicionales para acreditarlo, pues así lo enseñan las reglas de la experiencia, acogidas ampliamente por la jurisprudencia de la Sala.

El honorable Consejo de Estado en su jurisprudencia sobre el perjuicio moral ha reconocido para eventos de mayor dolor; como el caso de la muerte de un familiar, la pérdida total de la capacidad laboral, el equivalente a 1000 gramos oro, y a partir de la sentencia de 6 de septiembre de 2001, 100 salarios mínimos, sin que ello constituya un tope inmodificable. Y frente a situaciones de privación de la

⁵¹ "1. Perjuicios morales: la estimo en 4.000 gramos oro o su equivalente en salarios mínimos legales mensuales o sea 416 salarios mínimos equivalentes DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS".

libertad no se ha indicado un parámetro de referencia, por cuanto si bien el mantenerse detenida injustamente a una persona es ya causante de dolor moral para ella y para su familiares cercanos, deben valorarse las circunstancias de cada caso, entre ellas el tiempo de la detención, la condición de la persona y el delito imputado.

II. Por otra parte, advierte la Sala que el H. Consejo de Estado ha señalado que cuando se trate de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante reclamados por daños ocasionados a personas reclusas en centros carcelarios o penitenciarios, y no se encuentre acreditado el monto dejado de percibir durante el lapso que estuvo privado de la libertad, se colige que la persona se encontraba en edad productiva y se dedicaba a una actividad lícita, por lo que se presume que devengaba al menos el salario mínimo legal mensual, el cual debe reconocerse por el lapso en que estuvo privado de la libertad.

III. Conforme hasta lo ahora expuesto, al no tenerse certeza de la duración de la investigación penal seguida contra JHON JAIRO DURANGO REYES hasta la preclusión de la instrucción como la fecha de la captura y aquella en la que fue puesto en libertad, para la Sala es evidente la existencia del daño antijurídico que el actor no estaba en la obligación de soportar, lo que permite inferir la existencia de los perjuicios materiales y morales solicitados, se proferirá condena en abstracto, con el fin de que se adelante la respectiva liquidación mediante trámite incidental, el cual deberá promoverse por el interesado mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto que ordene cumplir lo dispuesto en esta providencia, de conformidad con lo establecido por el artículo 172 del C.C.A.

Para efectos de la liquidación de la condena, se debe tener la certeza del inicio de la investigación, período de privación de la libertad del demandante acreditándose la fecha de la captura como terminación de la detención y en caso del lucro cesante y daño emergente, allegar las constancias que acrediten su vinculación laboral y salarios así como los gastos de honorarios sufragados al abogado durante la investigación penal (fls. 169 a 172 c.ppl.)

Con las pruebas que obran en la investigación penal que fue trasladada en segunda instancia se pudo acreditar que el tiempo durante el cual permaneció recluso el demandante en un centro carcelario fue de 41 días.

Así pues, teniendo en cuenta que la valoración de dichos perjuicios debe ser hecha por el juzgador, en cada caso concreto, según su prudente juicio y de acuerdo con parámetros establecidos por la jurisprudencia de esta Sección⁵², en el presente asunto se considera que la indemnización a favor del señor Jhon Jairo Durango Reyes debe ser el equivalente en pesos a 35 SMLMV⁵³.

⁵² Al respecto consultar la sentencia de unificación de la Sección Tercera proferida el veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014) Radicación número: 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149) M.P. Hernán Andrade Rincón, en las cuales se reconoció el mismo monto por perjuicios morales a favor de la víctima directa y sus parientes en primer grado de consanguinidad.

⁵³ Superior a 1 e inferior a 3 meses.

Perjuicios materiales.

- Daño emergente.

La Sala recuerda que el artículo 1614 del Código Civil define el daño emergente como *“el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”*. En tal virtud, como lo ha sostenido reiteradamente la Sección, estos perjuicios se traducen en las pérdidas económicas que se causan con ocasión de un hecho, acción, omisión u operación administrativa imputable a la entidad demandada que origina el derecho a la reparación y que en consideración al principio de reparación integral del daño, consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1.998, solamente pueden indemnizarse a título de daño emergente los valores que efectivamente empobrecieron a la víctima o que debieron sufragarse como consecuencia de la ocurrencia del hecho dañoso y del daño mismo.

No cabe duda a la Sala que los gastos de honorarios profesionales en que se haya incurrido para la defensa legal de quien estuvo privado de la libertad injustamente, constituye un daño emergente que debe ser reparado en la medida que se compruebe, al menos, la gestión del abogado y el pago por los servicios prestados para que se le reconozca tal perjuicio a quien asumió el gasto⁵⁴.

Así las cosas, no le asiste la razón al recurrente, en tanto no está acreditado el pago de los mencionados honorarios profesionales, por lo que no hay lugar a su reconocimiento en esta instancia.

Lucro cesante

De conformidad con la jurisprudencia reiterada⁵⁵ y unificada⁵⁶ de esta Sección, el perjuicio material a indemnizar, en la modalidad de lucro cesante, debe ser cierto y, por ende, edificarse en situaciones reales, existentes al momento de ocurrencia del evento dañino, toda vez que el perjuicio eventual o hipotético, por no corresponder a la

⁵⁴ Este criterio fue expuesto por esta Subsección en sentencia de 30 de enero de 2013, Expediente: 25000-23-26-000-1999-02014-01 (27.070).

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de: i) 4 de diciembre de 2006, radicación: 13168, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; ii) 12 de febrero de 2014, radicación: 31583, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, y iii) de 29 de mayo de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón, radicación: 35930, entre otras.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, M.P. (e) Hernán Andrade Rincón radicación: 36.149.

prolongación real y directa del estado de cosas producido por el daño, no es susceptible de reparación.

No obstante, advierte la Sala que no resulta procedente aumentar el salario mínimo en un 25% por razón de lo dejado de percibir por concepto de prestaciones sociales ni el 8,75 correspondientes plazo que, según el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, es el que requiere una persona económicamente activa para conseguir trabajo o acondicionarse en una actividad laboral, en la medida en que el actor, si bien probó que para la época en que fue privado de la libertad se encontraba en edad productiva, no manifestó en la demanda en que trabajaba ni que labores desempeñaba, tampoco acreditó la condición de trabajador dependiente⁵⁷, solo dijo que devenga la suma de \$1'000.000 (fl.6 c.1).

En cuanto al período a reconocer por dicho concepto, este será el comprendido entre el 28 de marzo de 2007 hasta el 9 de mayo de 2007⁵⁸, período que estuvo dentro del establecimiento de reclusión, tal como se encontró en el proceso penal remitido por la Fiscalía General de la Nación a solicitud del Consejo de Estado (fls. 64 c. 4 y 226 c.1 Fiscalía).

En ese sentido, a efectos de calcular la indemnización con fundamento únicamente en el salario mínimo, así, se procede hacer el siguiente cálculo:

Ingresos de la víctima al momento de la detención (2007): \$433.700

Período a indemnizar: 41 días.

Actualización de la base:

$$\bullet \text{ RA} = \text{VH} \frac{\text{Ind. final – octubre 2018 (143,26)}}{\text{Ind. Inicial – marzo 2007 (90,66)}}$$

RA = \$685.328,3, que por ser inferior al salario mínimo legal mensual que rige para el año 2019 (\$828.116⁵⁹), se tomará éste último para la liquidación, por razones de equidad. En las condiciones analizadas, la indemnización por perjuicios materiales, en

⁵⁷ En ese sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 3 de agosto de 2017, radicado 51017.

⁵⁸ Y no desde el 8 de febrero de 2007 hasta el 24 de septiembre de 2007, fechas establecidas por el señor Jhon Jairo Durango Reyes en la demanda.

⁵⁹ Decretos 2451 y 2452 del 27 de diciembre de 2018.

la modalidad de lucro cesante, se calculará de conformidad con las anteriores precisiones y con aplicación de la siguiente fórmula:

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

En donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = \$828.116

N = Número de meses que comprende el período indemnizable (1,36).

I = Interés puro o técnico: 0.004867

Entonces:

$$S = \$828.116 \frac{(1+0.004867)^{1,36} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$1'127.223,4$$

Por lo anterior, la Fiscalía General de la Nación pagará por concepto de lucro cesante la suma de un millón cincuenta y cinco mil quinientos setenta y cuatro pesos, con cuatro centavos (\$1'127.223,4) al señor Jhon Jairo Durando Reyes.

Total perjuicios materiales por lucro cesante: un millón sesenta y tres mil cuatrocientos diecinueve pesos (\$1'127.223,4).

8. Condena en costas

En vista de que en este caso no se observa temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta del 22 de enero de 2013.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** patrimonialmente responsable a la Fiscalía General de la Nación por los perjuicios causados al señor Jhon Jairo Durango Reyes, señalados en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: En consecuencia, **CONDENAR** a la Fiscalía General de la Nación, a pagar las siguientes sumas de dinero:

3.1. Por lucro cesante para el señor Jhon Jairo Durango Reyes, la suma de un millón sesenta y tres mil cuatrocientos diecinueve pesos (\$1'063.419,00).

3.2. Por daño moral, a favor del señor Jhon Jairo Durango Reyes, la suma equivalente en pesos a treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.

CUARTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: CÚMPLASE lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO: Sin condena en costas.

SEPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

OCTAVO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA