



CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

Radicación: 73001233100020080060801 (38506)

Actor: MARIA ELVIA AYA MORERA

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, POLICÍA NACIONAL Y LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Proceso: Acción de Reparación Directa

Asunto: Recurso de apelación

Contenido: Descriptor: Se revoca la sentencia que declaró la falta de legitimación por “pasiva” y en consecuencia negó las pretensiones de la demanda porque no se tuvo en cuenta que hubo absolución de la investigación penal y ello constituye un caso de privación injusta de la libertad Restrictor: Legitimación por activa. Derecho herencial. Presupuestos de la responsabilidad del Estado, El derecho a la libertad individual, Imputación de responsabilidad al Estado por privación injusta de la libertad.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 1 de marzo de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima¹, mediante la cual declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, formulada por la Fiscalía General de la Nación y negó las pretensiones de la demanda toda vez que la demanda no cumple con un presupuesto material.

I. ANTECEDENTES

¹ En aplicación del acta No. 10 de 25 de abril de 2013 por medio de la cual el Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera aprobó que los expedientes que están para fallo en relación con: (i) las personas privadas de la libertad, (ii) conscriptos y (iii) muerte de personas privadas de la libertad, podrán fallarse por las Subsecciones, sin sujeción al turno, pero respetando el año de ingreso al Consejo de Estado



1. La demanda

Fue presentada el 8 de agosto de 2008 por la señora María Elvia Aya Morera por intermedio de apoderado judicial contra la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación, en la que solicitó que se declarará que las demandadas son responsables de los perjuicios ocasionados con la privación injusta de la libertad del señor José de Jesús Penagos Castellanos, y que, en consecuencia, sean condenadas al pago de los perjuicios materiales \$150.000.00, daño fisiológico \$51.600.000.00, daños extra patrimoniales \$516.000.000 y morales \$103.200.000, los cuales pidió a favor suyo y de la víctima.

2. Los hechos en que se fundan las pretensiones

El 24 de octubre de 2003 la Unidad de Estructura de Apoyo de la Fiscalía Cuarenta Seccional, abrió investigación por el delito de rebelión y libró orden de captura contra el señor José de Jesús Penagos Castillo, con base en las informaciones de un desmovilizado de las FARC, información que fue corroborada por miembros de la Sijin.

El mismo 24 de octubre de 2003 el señor José de Jesús Penagos Castellanos fue capturado en el municipio de Icononzo, Tolima.

El 11 de noviembre de 2003 la Fiscalía Trece Seccional de Ibagué, dentro del sumario N° 133157 resolvió la situación jurídica del señor José de Jesús Penagos Castellanos y profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de rebelión, decisión que fue apelada.

El 26 de enero de 2004 la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué resolvió el recurso en el sentido de confirmar la medida de aseguramiento impuesta al señor Penagos Castellanos.

El 13 de junio de 2005 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Ibagué dentro del proceso con radicado N° 2004-260 le concedió la libertad provisional al señor José de Jesús Penagos Castellanos, toda vez que para ese momento ya habían transcurrido más de 6 meses, contados desde la ejecutoria de la resolución de acusación y a esa fecha no se había realizado la correspondiente audiencia pública.



El 29 de diciembre de 2005 el señor José de Jesús Penagos Castellanos falleció.

El 14 de marzo de 2008 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Ibagué en el proceso con radicado N° 2004-260 profirió sentencia en el sentido de absolver al señor José de Jesús Penagos Castellanos del cargo de rebelión y a su vez extinguió la acción penal por muerte del mismo, porque al analizar las pruebas obrantes en el proceso penal y los distintos testimonios, no encontró certeza de la comisión de la conducta punible de rebelión y la responsabilidad de los encartados.

3. El trámite procesal

El Juzgado Segundo Administrativo de Circuito de Ibagué admitió la demanda² y notificó al Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y a la Fiscalía General de la Nación de la existencia del proceso.

El Juzgado Segundo Administrativo de Circuito de Ibagué en providencia³ del 1 de septiembre de 2008 declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia funcional y remitió el expediente al Tribunal Administrativo del Tolima.

El Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda⁴ y notificó⁵ al Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y a la Fiscalía General de la Nación de la existencia del proceso. El asunto se fijó en lista.

El Ministerio de defensa dio respuesta⁶ en la que solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda pues con el proceder de esa institución no se generó ningún perjuicio al señor José de Jesús Penagos Castellanos ya que sólo realizó investigaciones de inteligencia corroborando la información suministrada por una persona que se entregó a las autoridades y que pertenecía al grupo subversivo de las FARC, recaudo probatorio que fue trasladado a la autoridad competente para que este lo evaluara y le diera el valor pertinente.

² Fl. 76 C.P

³ Fls 77 al 78 C.P

⁴ Fl. 82 C.P

⁵ Fls 84 al 86 C P

⁶ Fls.95 al 103 del C.P



La Fiscalía General de la Nación dio respuesta⁷ en la que solicitó i) que se denieguen las pretensiones de la demanda toda vez que dentro del proceso adelantado contra el señor José de Jesús Penagos Castellanos este contó con la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción, además, se le respetó el debido proceso, ii) señaló que para proferir medida de aseguramiento como la resolución acusatoria no es necesario que exista certeza sobre la responsabilidad penal del sindicado, pues este grado de convicción solo es necesario para proferir sentencia condenatoria, iii) propuso como excepción la falta de legitimación en la causa por activa pues en su consideración la demandante no probó que convivía con el señor Penagos Castellanos en unión libre, como lo establece la Ley 979 de 2005 en los artículos 1 y 2, la cual modificó la Ley 54 de 1990 señalan cuando se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanente y cuando hay lugar a declararla.

Después de decretar⁸ y practicar pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión⁹, oportunidad que fue aprovechada por la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Defensa – Policía Nacional y la parte demandante.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El 1 de marzo de 2010 el Tribunal Administrativo del Tolima declaró la falta de legitimación en la causa por “pasiva” y negó las pretensiones de la demanda al considerar que la señora Aya Morera no acreditó la unión marital de hecho como lo establece la Ley 979 de 2005.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación¹⁰ e indicó que la señora María Elvia Aya Morera sí cuenta con la legitimación por activa para reclamar la indemnización por la privación injusta de la libertad que sufrió el señor José de Jesús Castellanos, pues dentro del expediente está probada la calidad de compañera permanente: i) con la declaración de la señora María Elvia Aya Morera ante la Inspección de Policía de Iconozo, mediante la cual bajo gravedad de juramento manifestó que vivió en unión libre con el señor José de Jesús Penagos, ii) con el

⁷ Fls. 116 al 121 C.P

⁸ Fls 129 al 130 C. P.

⁹ Fl 142 C.P

¹⁰ Fls. 188 al 191 C.P2



certificado de defunción del señor José de Jesús Penagos Castellanos, iii) con la providencia del 14 de marzo de 2008 del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Ibagué en la que en el acápite de individualización de los procesados reseña que el señor Penagos Castellanos vivía en unión libre con la señora Aya Morera, y iv) con el testimonio de la señora Ana Judith Martínez Devia.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio en este asunto.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos previos

1.1 Legitimación en la causa

En primer lugar, la jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa, como la “*calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso*”¹¹, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas.

Por su parte, esta Corporación¹² ha sostenido que la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones.

Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.

¹² Sentencia del 23 de octubre de 1990. Expediente No. 6054.



1.1.1 Legitimación en la causa de quien alega la calidad de compañera permanente

En cuanto a la demandante María Elvia Aya Moreno, quien derivó los perjuicios peticionados en el libelo introductorio de su condición de compañera permanente de la víctima. Al respecto, para establecer el medio probatorio idóneo en la acreditación de la calidad alegada por esta demandante, se resalta la naturaleza fáctica de la unión marital, pues como se desprende de la misma norma, ésta comporta una situación de hecho, que no jurídica, no obstante los efectos jurídicos que de ella se derivan.

Con relación a la prueba de la unión marital de hecho¹³, como lo disponía el texto inicial del artículo 4° de la Ley 54 de 1990, antes de la modificación introducida por el artículo 2° de la Ley 979 de 2005, la existencia de la unión marital de hecho se establece por los medios ordinarios de prueba, consagrados en el Código de Procedimiento Civil, es decir, por los contenidos en el artículo 175 ibídem, a saber: la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

Al respecto, la Sala advierte que obran en el plenario los siguientes medios probatorios:

-La declaración extraprocesal¹⁴ del 19 de mayo de 2008 rendida de manera unilateral por la señora María Elvia Anaya Morera en la que manifestó que convivió “con el señor José de Jesús

¹³ Sobre la noción de unión marital de hecho, de la cual surge la condición de compañera o compañero permanente, la Ley 54 de 1990, vigente para la época de los hechos, denominó unión marital de hecho a aquella relación “formada entre un hombre y una mujer que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular y, asimismo, nominó al hombre y a la mujer que forman parte de la unión marital de hecho como “compañero y compañera permanente”.

¹⁴ En cuanto las **declaraciones extra proceso**, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 12 de noviembre de 2014. Exp.: 27.578 y de 27 de agosto de 2015. Exp.:48.995 “El artículo 298 del C.P.C. taxativamente establecía en cabeza del juez el deber de rechazar de plano los testimonios extraproceso que pretendieran usarse para fines judiciales, cuando estos no cumplieran con los requisitos allí establecidos, es decir: (i) cuando no se trataran como prueba anticipada, (ii) cuando no se practicaran por persona gravemente enferma y (iii) cuando se omitiera la citación de la parte contraria, a menos que se declarara bajo la gravedad de juramento que se ignoraba su ubicación. Sin embargo, en ambos casos, esto es cuando el testimonio extraprocesal se rendía con fines extra judiciales o judiciales, para que pudiera ser apreciable por el juez, se requería del cumplimiento de los requisitos de la ratificación, según el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil. (...) No obstante lo anterior, la Sala prevé que actualmente los artículos 188 y 222 del nuevo Código General del Proceso permitieron que “las declaraciones extraprocesales que se aporten con la demanda pueden ser valoradas sin necesidad de que sean ratificadas (...) aun cuando no hayan sido practicadas con audiencia de la entidad demandada (...)”. En este sentido, aunque la norma citada no es aplicable al caso concreto, por cuanto es posterior a la práctica de la declaración extra proceso sobre la cuales se discute e, incluso, es posterior a la presentación e iniciación del proceso que aquí se debate, también es claro que ella recoge el giró que en materia probatoria ha dado nuestro derecho procesal e ilumina la interpretación o valoración que el Juez contencioso



Penagos Castellanos identificado con cédula de ciudadanía número 2.993.114 de Chía (Q.E.P.D), durante un periodo 30 años, del cual dependía económicamente del salario que devengaba mensualmente como contratista de Obra Calificada que ascendía a UN MILLON DOSCIENTOS MIL PESOS MENSUALES (\$1.200.000).

Como manifesté al punto anterior, dependía económicamente de mi compañero permanente JOSÉ DE JESÚS PENAGOS CASTELLANOS, en todo lo relacionado con alimentación, vestuario, techo, servicios Médicos profesionales, salud y demás gastos que se me presentan en el hogar.”

-El testimonio jurado del 18 de julio de 2009 de la señora Ana Judith Martínez Devia el cual rindió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “B” mediante el cual manifestó que conoció al señor José de Jesús Penagos porque era “*el esposo de mi cuñada, la hermana de mi esposo*”, indicó que él vivía “*con su esposa María Elvia y con su suegra*”, manifestó que él mantenía a la señora María Elvia y María Emperatriz Morera.

-Oficio N° 6141 de la Seccional de Policía Judicial mediante el cual dejó a disposición a ocho personas entre ellos al señor José Penagos Castellanos “*identificado con cédula de ciudadanía 2.993.114 de Chía-Cundinamarca, 46 años de edad, unión libre con la señora María Elvia Aya, estudios primarios, profesión albañil, residente en el barrio La Uribe Icononzo sin datos*”.

Lo cual es suficiente para acreditar la vida marital entre la demandante María Elvia Aya Morera y la víctima José de Jesús Penagos Castellanos, a los cuales se suman como hechos indicadores que en el acta de levantamiento del cadáver y en el registro civil de defunción se consignó como estado civil de la víctima “*unión libre*” pero no se identificó con quien, junto con las anteriores pruebas se encuentra acreditada la calidad de la demandante y en consecuencia entrará a resolver las peticiones de la demanda y de la apelación presentada.

1.1.2 Legitimación en la causa por pasiva

administrativo, dentro del Estado Social de Derecho debe hacer de la prueba, en atención a los principios de prevalencia del interés sustancial o material de los derechos subjetivos sobre el simplemente formal o procesal”.



En el caso de autos la parte actora solicitó que se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la Fiscalía General de la Nación y a la Policía Nacional de la privación injusta de la libertad del señor José de Jesús Penagos Castellanos, como posible autor del delito de rebelión.

Al respecto, la Sala observa que de conformidad con el artículo 331 del Código de Procedimiento Penal – Ley 600 de 2000, vigente para la época de los hechos, es competencia de la Fiscalía General de la Nación, abrir la instrucción penal con el fin de determinar si se ha infringido la ley penal, quien o quienes son los autores o partícipes de la conducta punible, los motivos determinantes que influyeron en la violación de la ley penal, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó la conducta, entre otros factores.

Asimismo, el ente investigador una vez haya abierto la instrucción penal y escuchado al procesado en indagatoria, por medio de Resolución interlocutoria deberá definir la situación jurídica de éste, indicando si hay lugar o no a imponer medida de aseguramiento de detención preventiva, en los términos del artículo 354 de la normatividad en comento.

En consecuencia, en el caso de autos la Sala considera que es la Fiscalía General de la Nación la llamada a responder en caso de encontrarse injusta la privación de la libertad de Miguel Antonio Buitrago, por cuanto es en ella y no en la Policía Nacional, en quien recae la facultad de definir la situación jurídica del procesado, aun cuando esta última haya actuado a lo largo del proceso, en ejercicio de sus facultades de policía judicial.

Pues en virtud de lo dispuesto en los artículos 311 y 312 del Código de Procedimiento Penal – Ley 600 de 2000, el Fiscal General de la Nación o sus delegados son los servidores competentes para dirigir y coordinar las funciones de Policía Judicial.

Según lo previsto en el artículo 316 *ibidem*, una vez iniciada la investigación penal, sólo podrá actuar a órdenes de la Fiscalía.

En conclusión, la Sala considera que es la Fiscalía General de la Nación quien decide la imposición de la medida de aseguramiento y que si bien la Policía Nacional actúa como policía judicial, esta función la ejerce bajo la coordinación de la Fiscalía General de la Nación.



Por lo cual en el caso de autos hay lugar a declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva, en cabeza de la Policía Nacional.

2. Transmisibilidad de la reparación de los perjuicios.

Al respecto, en el caso de autos es pertinente resolver el siguiente problema jurídico; ¿es transmisible la reparación de los perjuicios cuando la víctima directa, esto es, el sujeto que los experimenta, fallece sin antes haber por lo menos ejercido la acción indemnizatoria encaminada a su reconocimiento?

La Sala, considera que, frente a los principios del derecho a la reparación integral, la transmisibilidad del derecho a la reparación de los daños causados a la víctima directa, es procedente, por regla general, porque una vez causado el daño, el derecho a la reparación se convierte en un derecho patrimonial que hace parte del acervo hereditario¹⁵.

En efecto, debe sostenerse que el derecho a la indemnización es de carácter patrimonial y, por ende, la obligación indemnizatoria se transmite a los herederos de la víctima, por tratarse de un derecho de naturaleza patrimonial que se concreta en la facultad de exigir del responsable la indemnización correspondiente, toda vez que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe disposición de carácter legal expresa prohibitiva y, por el contrario, la regla general indica que todos los activos, derechos y acciones de carácter patrimonial forman parte de la masa herencial transmitible y, por ende, los sucesores mortis causa reciben la herencia con todo su contenido patrimonial y el derecho al resarcimiento, o lo que es igual, la titularidad del crédito indemnizatorio, no se puede confundir con el derecho subjetivo de la personalidad vulnerado¹⁶.

¹⁵ Al respecto, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 10 de septiembre de 1998 “*De cara al ordenamiento jurídico colombiano y específicamente desde la óptica del art. 90 de la Constitución Política es indudable que la transmisibilidad del derecho a la reparación originado en daño moral padecido por la víctima se impone, máxime si se tiene presente que, tanto el ordenamiento jurídico privado ex-art. 2.341 Código Civil consagra como regla general el resarcimiento de todo daño, y, en el ámbito penal, el daño moral cuya resarcibilidad está consagrada expresamente ex-art. 103 Código Penal, puede ser reclamado por “las personas naturales, o sus sucesores”;* de otra parte, no existe como se observó, en el ordenamiento colombiano precepto prohibitivo y resulta incompatible a la luz de las normas precitadas, afirmar la intransmisibilidad de un derecho de naturaleza patrimonial que desde luego puede ser ejercido bien directamente por la víctima ora por los continuadores de su personalidad, sucesores mortis causa, que en su condición de herederos representan al de cujus, o dijérase más propiamente, ocupan el lugar y la posición jurídica que ostentaba el causante frente a la totalidad de los derechos y acciones de contenido patrimonial transmitidas por virtud del fallecimiento”.

¹⁶ Se atribuye a Vélez Sársfield, la siguiente reflexión a propósito del equívoco aludido: “*Hay derechos, y los más importantes ... que no son bienes; tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etcétera. Sin duda la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituye un bien, jurídicamente hablando; pero en la acción nada hay de personal: es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Sí, pues, los*



De lo expuesto es claro que la reparación a los daños ocasionados por la privación injusta de la libertad del señor José de Jesús Penagos Castellanos es transmisible a los herederos, siempre que ellos acudan en calidad de tal.

En el caso de autos, la Sala observa que la demandante no adujo ni acreditó la calidad de heredera de José Jesús Penagos Castellanos.

En consecuencia, en el evento de declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Entidad demandada, no reconocerá el pago de los perjuicios fisiológicos ni materiales correspondientes a María Elvia Aya Morera.

3. Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado

Con relación a la responsabilidad del Estado, la Carta Política de 1991 produjo su “*constitucionalización*” al erigirla como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación o interés.

De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que esta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro.

En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración.

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “irrazonable,” sin depender “*de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.*”¹⁷.

derechos personales pueden venir a ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos un bien de iure”. Cfr. ZANONI, Ob. Cit. pág. 132.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.



La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto.

Finalmente, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede ser concebida simplemente como una herramienta destinada a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo¹⁸ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

4. El derecho a la libertad individual

Dentro del catálogo de derechos contenido en la Constitución Nacional, la garantía de la libertad ocupa un especial e importantísimo lugar, esto es, la posición de derecho fundamental cuya eficacia emerge como el hilo conductor de todo el ordenamiento democrático y vincula a todas las manifestaciones del poder público y, fundamentalmente, al juez de responsabilidad extracontractual del Estado a quien se le impone el velar por la reparación integral de los perjuicios.

Es por esto que la limitación o restricción al derecho de libertad lleva consigo la configuración de un daño antijurídico que, en principio, el ciudadano no está obligado a soportar, en tanto no haya una razón jurídica que imponga tal carga, como es la comisión de una conducta punible, caso en el cual el particular puede ser restringido o privado del ejercicio de la libertad.

5. Imputación de responsabilidad al Estado por privación injusta de la libertad

La responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad en su construcción normativa y jurisprudencial ha pasado por las siguientes etapas:

¹⁸ “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.174.



En la primera etapa se consideró que debía aplicarse la teoría subjetiva o restrictiva, según la cual, esa responsabilidad estaba condicionada a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir, que debía demostrarse el error judicial¹⁹.

También se sostuvo que dicho error debía ser producto “*de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso*”²⁰.

Así las cosas, tal declaratoria de responsabilidad procedía porque la privación de la libertad fue ilegal porque la captura se produjo sin que la persona se encontrara en situación de flagrancia o porque se realizó sin orden judicial previa.

Dijo entonces el Consejo de Estado:

“Ella [la sindicada] fue retenida en el curso de la investigación relacionada con el aludido secuestro; y del hecho de que hubiera sido absuelta al final no puede inferirse que fue indebida su retención. La justificación de la medida aparece plausible y nada hace pensar que en ella mediarán circunstancias extralegales o deseos de simple venganza”.

*“La investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual. Y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención. Este extremo, de tan delicado manejo, requería pruebas robustas y serias y no meras inferencias o conjeturas.”*²¹

En una segunda etapa, el Consejo de Estado consideró que la privación injusta de la libertad por “error judicial” comprendía casos diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal,²²⁻²³ eventos aquellos en los cuales la víctima debe demostrar lo injusto de su detención toda vez que en los del artículo 414 se presumen:

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1 de octubre de 1992, expediente: 10923.

²⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 2 de mayo de 200, Expediente: 15989.

²¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 25 de julio de 1994, expediente: 8666.

²² Otros casos de detención injusta, distintos de los tres previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, podrían ser, por vía de ejemplo, los siguientes: detención por delitos cuya acción se encuentra prescrita; detención por un delito que la legislación sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exige querrela de parte para el ejercicio de la acción penal, etc.

²³ Decreto 2700 de 1991, artículo 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios.



“En este orden de ideas, fuera de los casos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en los cuales la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad, cuando se pretenda obtener indemnización de perjuicios por esta causa, el demandante debe demostrar que la detención preventiva que se dispuso en su contra fue injusta; y, en tales eventos, habiéndose producido la detención preventiva por una providencia judicial, la fuente de la responsabilidad no será otra que el error jurisdiccional”²⁴

En la tercera, que es la que prohíja la Sala actualmente, sostiene que se puede derivar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación), incluyendo el evento del *in dubio pro reo*, aunque para la privación se hayan cumplido todas las exigencias legales ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho vea limitado su derecho a la libertad para luego resultar absuelto del cargo imputado.

Y es que en un Estado Social de Derecho la privación de la libertad sólo debería ser consecuencia de una sentencia condenatoria, con el fin de proteger el principio universal de la presunción de inocencia establecido en el artículo 29 de la Constitución.

En consecuencia, se reitera que una vez que el juez de lo contencioso administrativo encuentre probado que el derecho fundamental a la libertad de una persona ha sido vulnerado como consecuencia de una decisión judicial, lo que constituye un daño antijurídico a la luz del artículo 90 de la C.P, debe ordenar su reparación.

En síntesis, la privación injusta de la libertad no se limita a las hipótesis previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y además no interesa que ella sea intramural, domiciliaria, o consista en restricciones para salir del país o para cambiar de domicilio.

Esta idea vertebral se encuentra expresada como postulado en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 al disponer que “[q]uien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios,” sin perder de vista que el artículo 70 de esa misma Ley prevé que “[e]l daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de

Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.

²⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 17 de noviembre de 1995, expediente: 10056.



responsabilidad al Estado.”

6. Unificación jurisprudencial sobre la indemnización del perjuicio moral en los casos de privación injusta de la libertad

En sentencia del 28 de agosto de 2014, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, la reparación del perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad se determina en salarios mínimos mensuales vigentes, a partir de cinco niveles que se configuran teniendo en cuenta el parentesco o la cercanía afectiva existente entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados, y el término de duración de la privación de la libertad, así:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima 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

Para los niveles 1 y 2 se requiere la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros; para los niveles 3 y 4 es indispensable además la prueba de la relación afectiva; y para el nivel 5 sólo se exige la prueba de la relación afectiva.

7. Caso concreto

En este asunto aparece demostrado que el señor José de Jesús Penagos Castellanos fue privado de su libertad el 31 de octubre de 2003²⁵ al ser capturado²⁶ y dejado a disposición de la Fiscalía

²⁵ Fecha en la que se ejecutó la providencia del 21 de octubre de 2003 mediante la cual libró orden de captura contra el señor Penagos Castellanos y otros. Fls 3 y 4 C.3



Cuarenta Seccional Estructura de Apoyo de Ibagué, para que se adelantara la investigación penal por el delito de rebelión la cual se inició por las declaraciones de los reinsertados del frente 21 de las FARC Jhon Mario Quintero Uribe, Oscar Yacinto Yaguma, Elkin Cardona Bohórquez quienes lo señalaron como miliciano de la guerrilla en el municipio de Icononzo, Tolima.

Dentro del expediente se encuentra constancia expedida por el Director y la Jefe de la Oficina de Dactiloscopia del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario (ERE) de Ibagué del 26 de mayo de 2009 en el que señalaron que *“el señor PENAGOS CASTELLANOS JOSÉ DE JESÚS, identificado con C.C 2.993.114 de Chía, Cundinamarca registra las siguientes entradas ALTA: 6/11/2003 Procedente de la sijn sindicado del delito de Rebelión por cuenta de la fiscalía 13 seccional de Ibagué. Fecha de detención 31/10/2003 BAJA: 16/06/2005 Libertad ordenada por el Juzgado 3 penal del circuito de Ibagué, mediante boleta N° 1343 y confirmado mediante oficio N° 1344 del 16/06/2005. Radicado 2004-00260”*²⁷.

Asimismo, aparece que la Fiscalía Trece de la Unidad Primera de Patrimonio Económico el 11 de noviembre de 2003 resolvió la situación jurídica de los sindicados entre ellos la del señor Penagos Castellanos en el sentido de proferir medida de aseguramiento de detención preventiva como presuntos autores responsables del delito de rebelión²⁸.

Está demostrado igualmente que la Fiscalía Trece de la Unidad Primera de Patrimonio Económico mediante providencia del 28 de abril de 2004 profirió contra el señor Penagos Castellanos y los demás sindicados resolución de acusación como presuntos autores responsables del delito de rebelión²⁹.

También se encuentra que el Juzgado Tercero Penal del Circuito profirió providencia el 13 de junio de 2005 en el sentido de conceder la libertad provisional de los sindicados en aplicación del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal que establece *“que el detenido tiende derecho a la libertad provisional cuando hayan transcurrido más de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, sin que se hubiere celebrado la correspondiente*

²⁶ Fls.2 al 4 C.3.

²⁷ Fl.1 C.3

²⁸ Fls.20 al 37 C.3

²⁹ Fls.47 al 75 C.3



audiencia pública, salvo que se hubiere decretado pruebas en el exterior”, en consecuencia, les impuso una caución y suscribieron la correspondiente diligencia de compromiso³⁰.

Finalmente, se encuentra probado que el Juez Tercero Penal del Circuito dictó sentencia el 14 de marzo de 2008 en la que lo absolvió del delito de rebelión al señor José de Jesús Penagos Castellanos, porque las pruebas obrantes en el proceso y las distintas versiones, no dieron certeza de la comisión de la conducta punible de rebelión y la responsabilidad de los encartados frente a este delito³¹, asimismo, extinguió la acción penal respecto de la víctima por muerte del sumariado.

Pues bien, todas estas probanzas demuestran que el señor José de Jesús Penagos Castellanos fue privado injustamente de su libertad puesto que estuvo detenido desde el 31 de octubre de 2003 al 13 de junio de 2005, es decir 20,4 meses en virtud de un proceso penal que a la postre fue precluído a su favor, porque las *“pruebas recaudadas por la Fiscalía eran deficientes y en ningún momento, las que se encuentran inmersas en el proceso cuentan con la capacidad de desvirtuar la presunción de inocencia que opera a favor de los encartados”*.

Así que entonces se abre paso la responsabilidad del Estado.

6. Liquidación de perjuicios a favor de María Elva Aya Morera.

6.1 Perjuicio moral

Como se dejó dicho en el punto 6 de estas consideraciones, la Sección Tercera del Consejo de Estado determinó la tasación del perjuicio moral en atención al término de duración de la privación y el nivel de cercanía afectiva existente entre la víctima directa y los perjudicados.

Se encuentra acreditado que la privación injusta de la libertad tuvo lugar por el término de 20,4 meses, contados entre el 31 de octubre 2003 y el 13 de junio de 2005, inclusive.

³⁰ Fls 80 al 82 c3

³¹ Indicó que *“el ente acusador no inicio una investigación acorde a los derroteros exigidos por la ley para acusar, pues la prueba de cargo que milita en contra de los procesados, está compuesta única y exclusivamente por la declaración de tres (3) testigos desmovilizados, quienes además de no tener congruencia en sus relatos, realizan toda clase de señalamientos para lograr los beneficios de ley, es tanto así que expresaron que funcionarios judicial y estatales eran colaboradores de la guerrilla, pero fue tan deficiente la prueba que estos empleados no fueron acusados(...)”*



Todo lo anterior significa que la demandante se encuentra en el primer nivel de cercanía afectivo en la tabla y en el primer rango indemnizatorio, esto es, el correspondiente al periodo de privación superior a dieciocho (18) mes, cuya cuantificación se limita a 100 s.ml.m.v.

En consecuencia, la Sala reconocerá por concepto de perjuicio moral la suma equivalente a 100 SMLMV.

Con fundamento en todo lo anterior la Sala revocará la sentencia del 1 de marzo de 2010 del Tribunal Administrativo del Tolima por los argumentos esbozados en la parte motiva de esta providencia, y de declarará la responsabilidad patrimonial y administrativa de la Fiscalía General de la Nación.

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

RESUELVE

REVOCAR la sentencia proferida el 1 de marzo de 2010 por el Tribunal Administrativo del Tolima y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la casusa por pasiva propuesta por la Policía Nacional.

SEGUNDO:DECLARAR responsable a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** de los perjuicios sufridos por la demandante como consecuencia de la privación injusta de la libertad de que fue víctima el señor José de Jesús Penagos Castellanos.

TERCERO: CONDENAR a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar a título de perjuicios morales, a favor de la sseñora María Elvia Aya Morera, la suma equivalente a 100 SMLMV.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones, por lo expuesto en la parte motiva.



18

*Expediente 38506
Acción de Reparación Directa
Recurso de Apelación*

QUINTO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

Aclara voto Cfr. Rad. 37100/16 y # 5 Rad. 51388/15

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente