



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN

Popayán, Septiembre Diez (10) de dos mil veinte (2020)

Expediente No.: 19001-33-33-006-2016-00234-00
Demandante: CARLOS ALBERTO IJALI BONILLA Y OTROS
Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL (DESAJ)- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA

SENTENCIA N° 133

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹.

Los señores (as) CARLOS ALBERTO IJALI BONILLA identificado con la C.C. No. 1.061.714.985 de Popayán (C), quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos MILAN MATIAS IJALI HOYOS y LUIZA FERNANDA IJALI HOYOS; YURI FERNANDA HOYOS LASSO, identificada con la C.C. No. 1.061.725.195 de Bolívar (C); GLORIA NINIA BONILLA, identificada con la C.C. No. 25.492732 de la Vega (C), quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos YEIMI TATIANA MORCILLO BONILLA y RONAL DABI MORCILLO BONILLA; MARILINDA BONILLA, identificada con C.C No. 34.567.937 de Popayán (C)), actuando en nombre propio y en representación de su hija LESLY JULISSA BUITRON BONILLA; JESUS ARVEY BONILLA HURTADO, identificado con C.C No. 10.585.356 de la Vega (C); LUCIA MILEYDI HURTADO BONILLA, identificada con C.C. No. 1.061.722.552 de la Vega (C), actuando en nombre propio y en representación de su hijo DADDYE ALEJANDRO HURTADO BONILLA; JOSE EIDER MORCILLO, identificado con C.C. No. 76.302.199 de El Tambo (C); ANGY LEANY BUITRON BONILLA, identificada con C.C No. 1.061.732.123 de Popayán (C); ASTRID YURANI BUITRON BONILLA, identificada con C.C No. 1.061.767.331 de Popayán (C), KELLY JOHANA HOYOS ORDOÑEZ, identificada con C.C No. 1.061.772.083 de Bolívar (C), actuando en nombre propio y en representación de sus hijos LARRY STEVEN AJALI HOYOS y CRISTOPHER EVANS IJALI HOYOS; HUMBERTO HOYOS ORDOÑEZ, identificado con C.C No. 4.635.017 de Bolívar (C) y DILUBINA LASSO MUÑOZ, identificada con C.C No. 34.495.820 de Bolívar (C), por medio de apoderada y en ejercicio del medio de control de reparación directa, solicitan que se declare a la NACIÓN–RAMA JUDICIAL–DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL (DESAJ) y la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN administrativa y patrimonialmente

¹ Folio 221-234 Cuaderno principal 2.

responsables por los perjuicios ocasionados por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA.

Como consecuencia de tal declaración, se les condene al pago de las siguientes indemnizaciones:

a. Por perjuicios inmateriales:

- Morales.

A favor de cada uno de los demandantes, la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, teniendo en cuenta el profundo dolor, la pena, la angustia, la afectación moral y el profundo trauma psíquico que ocasionó la privación injusta del señor CARLOS IJAJI BONILLA.

1. Daño a la salud:

A favor de cada uno de los demandantes, la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales, en razón de las afectaciones severas en su salud psíquica en el área psicoafectiva y emotiva sufriendo desajustes graves y significativos a nivel familiar, moral, social, asociados a la privación injusta de la libertad de la víctima directa lo que conllevó a un estado de estrés, ansiedad, depresión y desesperación.

2. Daño al buen nombre:

A favor de cada uno de los demandantes, la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales, en razón del daño al buen nombre, al quedar en tela de juicio la honorabilidad ante la sociedad y su familia.

3. Daño a la vida de relación:

A favor de cada uno de los demandantes, la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales, de conformidad con lo expuesto en la sentencia de fecha 06 de septiembre de 2001, proferida por la sección tercera del Honorable Consejo de Estado, siendo Magistrado Ponente el Doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez.

4. Afectación a intereses y derechos constitucionalmente protegidos:

A favor de cada uno de los demandantes, la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales, en virtud de la restricción arbitraria, desproporcionada e injusta del derecho fundamental de la libertad al que fue sometido el señor CARLOS IJAJI BONILLA.

b. Por perjuicios materiales:

- Daño emergente:

La suma de veinte millones de pesos (\$ 20.000.000), para el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, por concepto de atención a gastos de representación judicial y defensa técnica.

- Lucro cesante:

A favor del señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, las sumas dejadas de percibir durante el tiempo que estuvo privado injustamente de su libertad y por el tiempo que duró su vinculación injustificada a un proceso por espacio de 32 meses, más el tiempo que dura una persona en conseguir trabajo, más el porcentaje respectivo para el pago de prestaciones sociales.

1.1. Hechos que sirven de fundamento.

La parte actora a través de su apoderada, expuso como fundamentos fácticos, los siguientes:

El día 01 de mayo de 2012 el joven OSCAR DAVID MERA ESPAÑA (Q.E.P.D), fue herido por dos personas que se movilizaban en una motocicleta a la altura del barrio “nueva florida” de la ciudad de Popayán; el joven posteriormente y a raíz de las graves heridas fallece en un centro hospitalario. A raíz de estos hechos, el Juzgado Promiscuo Municipal de Sotará Cauca con funciones de control de garantías libra orden de captura y el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA es aprehendido el día 02 de mayo de 2012, junto a otro procesado.

El día 02 de mayo de 2012, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de control de garantías de Popayán, se efectúan las audiencias preliminares de legalización de captura, imputación y medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario en contra del hoy demandante.

La boleta de encarcelación No. 40 fue emitida el día 02 de mayo de 2012, por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de control de garantías de Popayán, Cauca.

Señala que una vez se giró la boleta de encarcelamiento el hoy demandante estuvo recluido en establecimiento penitenciario carcelario San Isidro de Popayán, momento en que fue privado físicamente de su libertad.

El día 12 de julio de 2012, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Popayán con funciones de control de garantías se abstiene de conceder la revocatoria de la medida de aseguramiento solicitada por el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, a quien posteriormente el juzgado primero penal municipal de Popayán con funciones de control de garantías le concede el beneficio liberatorio al revocar la medida de aseguramiento que se le impusiera. Se ordenó la libertad inmediata, girando para ello la boleta de liberad por el término de dos (2) meses y once (11) días, pero quedo en tela de juicio su

honorabilidad y buen nombre al ser señalado ante la sociedad, su familia y sus amigos como un delincuente.

El día 24 de julio de 2012, la Fiscalía general de la Nación presenta escrito de acusación en contra de los procesados la cual se verbaliza el 27 de septiembre de 2012 ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Popayán con funciones de conocimiento.

El día 05 de diciembre de 2012, se efectúa la audiencia preparatoria dándose inicio al juicio oral a partir del día 14 de marzo de 2013, el mismo que culmina luego de haberse desarrollado en varias oportunidades el día 16 de diciembre de 2015, en donde se anuncia el correspondiente sentido del fallo profiriéndose sentencia absolutoria a favor del señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA.

2. Contestación de la demanda.

2.1. De la Nación – Rama Judicial².

La apoderada de la Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva Seccional de administración Judicial de Popayán; se opuso a las pretensiones de la parte actora dado que los hechos en que se fundan, no constituyen privación injusta de la libertad, error judicial, ni defectuoso funcionamiento de la administración de justicia atribuible a la Nación-Rama Judicial.

Señaló que son los Jueces Penales o Promiscuos con funciones de control de garantías, en vigencias del Sistema Penal Acusatorio consagrado en la Ley 906 de 2004, los encargados de proferir las medidas de aseguramiento en contra de los procesados en materia penal. No obstante, dicha actuación se despliega en respuesta a la solicitud de la Fiscalía General de la Nación sobre la imposición de medidas de aseguramiento en cada proceso penal cuando hay lugar conforme a los materiales probatorios que la institución presente.

La actuación de la Fiscalía fue la determinante para la actuación del Juez de Control de Garantías, al impulsar y llevar a la imposición de la medida de aseguramiento en contra el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, por contar con elementos materiales de prueba que permitían inferir razonablemente que el hoy demandante era coautor material del delito que se endilgaba, teniendo en cuenta que dicha conducta es grave, lo que torna necesaria la imposición de la medida.

Manifestó que el Juez de Control de Garantías debe velar para que en el proceso se garanticen y protejan los derechos constitucionales del imputado, de tal suerte que, para legalizar la captura, formular la imputación y decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva, solicitada previamente por la Fiscalía con base en la investigación iniciada por el organismo

² Folios 317-324 Cuaderno Principal 2.

investigador.

Así las cosas, señala que la Ley 906 de 2004 vigente en el Distrito Judicial de Popayán a partir de enero de 2007, establece que para imponer la medida de aseguramiento solicitada por la Fiscalía General de la Nación con base en las pruebas que la misma entidad allega, el Juez de control de garantías verificará que ésta tienda a asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas, en desarrollo del artículo 250 de la constitución Política.

La actuación se despliega como respuesta a la solicitud efectuada por la Fiscalía General de la Nación sobre la imposición de la medida de aseguramiento en cada uno de los procesos penales cuando entiende que a ello hay lugar, conforme a los elementos materiales que dicha institución le presente para tales menesteres, en virtud a este mandato constitucional la participación de los operadores de justicia consistió precisamente en tomar decisiones con base en las pruebas y argumentos presentados por la Fiscalía en sus respectivos momentos tanto para la imposición de la medida de aseguramiento como la absolución del acusado, pues debe tenerse en cuenta que si bien el Juez es quien toma la decisión, lo hace basándose en la realidad procesal presentada por la Fiscalía y controvertida por la defensa, lo que permite inferir de la lectura del acta de audiencias preliminares, que el Juez de control de garantías encontró configurados los requisitos o elementos, necesarios para la imposición de la misma, lo que respalda la decisión del Juez de control de garantías que impuso la medida y que no fue deliberada su decisión, por lo tanto exigirle al Juez otra decisión sería imponerle que incurra en el delito de prevaricato, es decir, al estar ante una justicia rogada, al Juez Penal de control de garantías no le es dable desligarse de las peticiones realizadas en audiencia, máxime si como en este caso la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, cumplía los requisitos legales.

Manifiesta que la Fiscalía solicitó la imposición de medida de aseguramiento, y llevó al pleno convencimiento al Juez de que esa medida era necesaria, tanto que el Juez impone la medida atendiendo dicha solicitud; además debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que las medidas de aseguramiento no tienen un fin sancionatorio sino de carácter preventivo y esto para evitar que los implicados evadan la acción de la justicia y hagan más daño a sus víctimas, situación que era necesaria teniendo en cuenta los elementos presentados por la Fiscalía; este tipo de audiencias, ameritan el estudio de dos aspectos importantes como son uno de carácter objetivo y el otro de carácter subjetivo, el de carácter objetivo implica la necesidad de imponer una medida de aseguramiento en aquellos delitos cuya pena sea o exceda de 4 años de prisión tal como lo establece el numeral 2 en el artículo 308 del CPP, el señor Fiscal solicitó se impusiera una medida de aseguramiento por el aspecto objetivo y subjetivo y es que esta persona eventualmente constituye un peligro para la comunidad además existía inferencia razonable de autoría también establecida en el artículo

mencionado, es decir, que se tuvo en cuenta la situación fáctica con detención para imponer tal medida, tal y como se desprende del acta de audiencias preliminar en donde el Juez realiza un estudio detallado de los requisitos legales para la imposición de la misma, desglosando el cumplimiento de cada uno de ellos.

En el caso en concreto, la Fiscalía solicitó la imposición de medida de aseguramiento, y lleva al pleno convencimiento al Juez de que esa medida era necesaria, tanto que el Juez impone la medida atendiendo dicha solicitud, es decir, el Juez de control de garantías que impuso la medida realizó un estudio de las posibilidades frente al caso concreto y no fue deliberada su decisión de imposición de medida, se reunían los requisitos para tal medida. Debe tenerse en cuenta que el delito por el cual se iniciaba la investigación es grave y atenta contra el régimen constitucional y legal.

Concluye que la decisión judicial de privar de la libertad al hoy demandante estuvo basada en los hechos y pruebas aportadas con la solicitud de imposición de medida de aseguramiento hecha por la Fiscalía General que crearon en el Juez la convicción de la necesidad de proferir la medida de aseguramiento se debe tener en cuenta que la primera etapa del nuevo sistema penal.

Frente a la decisión de absolver al señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, no tenía otro camino el Juez de conocimiento, pues de la manera más garantista al encontrar manto de duda sobre la responsabilidad del señor en mención, resolvió a su favor, otorgando la libertad y la liberación de dicha investigación, motivo por el cual no se encuentra que haya actuado por fuera de lo legalmente impuesto, lo que libra de cualquier tipo de responsabilidad a la entidad demandada, frente a los presuntos perjuicios causados por la privación de la libertad a la que fue sometido, en su momento justificada desde el actuar de los jueces de la república en cumplimiento de sus funciones.

Manifiesta que respecto a la presunta privación injusta de la libertad, la Fiscalía General de la Nación, concluyó inicialmente y en esa forma se realizó la solicitud de medida de aseguramiento, que el mencionado participó en la materialidad de la conducta penal que se investigaba, circunstancia a partir de la cual se concluye que los actos jurisprudenciales restrictivos de la libertad del demandante fueron actos legales y normales de la administración de justicia y no arbitrarios, razón por la cual no hubo privación injusta de la libertad.

Téngase en cuenta que la imposición de la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad se trata de un examen que debe enfrentar el juez de control de garantías acerca del cumplimiento de los requisitos legales, en orden a establecer las condiciones objetivas y subjetivas para su imposición, la gravedad de la conducta imputada y la pena a imponer.

A pesar de que el Estado controla la persecución y el juzgamiento, el proceso penal en contra del demandante no se abrió oficiosamente por el Juez, sino que se inició por solicitud del ente investigador y acusador, ya que el ejercicio de la acción penal y, por ende, la responsabilidad por la oficiosidad del proceso penal y de su inicio corresponde a la Fiscalía General de la Nación, pues la esencia de este proceso reside en el imperativo de realizar por parte de ese organismo una imputación y una acusación previa sustentadas en las pruebas recaudadas.

Aduce que el proceso penal al que fue vinculado el señor IJAJI BONILLA, se desató conforme a las previsiones del nuevo procedimiento penal, según el cual, es la Fiscalía General de la Nación quien solicita la imposición de la medida de aseguramiento, y es éste quien lleva al convencimiento al Juez de que la medida se torna necesaria para garantizar los fines de la misma con base en las pruebas aportadas en su momento.

La decisión proferida por el operador de justicia, no ha sido controvertida por ninguna autoridad judicial, lo que lleva a concluir que las decisiones tomadas desde el inicio se encuentran ajustadas al ordenamiento jurídico legal.

Arguye que los hechos en que se funda la demanda, no constituyen error judicial, ni falla en el servicio, ni privación injusta de la libertad atribuible a la entidad, ya que la misma no ostenta el ejercicio de la acción penal del Estado, ni da inicio a las investigaciones por conocimiento de hechos delictuales, como tampoco pudo emitir ningún tipo de condena, como se buscaba al haber dictado la imposición de la medida de aseguramiento, teniendo en cuenta que quien incumplió la función de desvirtuar la presunción de inocencia del señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, fue la Fiscalía General de la Nación, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 250 de la Constitución Política.

Manifiesta que la Fiscalía General de la Nación goza de autonomía organizativa o funcional frente a los demás entes estatales, pues es la única que puede ejercer la acción penal del Estado, adelantando la investigación y acusando a los presuntos responsables de los delitos.

En tal medida, cuando el funcionario judicial afronta el diagnóstico de establecer si es viable la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, debe acometer una evaluación compleja que no solo comprende presupuestos formales y sustanciales, sino también en torno a su necesidad, elementos que fueron observados por el operador judicial al dictar la medida de aseguramiento solicitada con base en los argumentos presentados por la Fiscalía.

Lo anterior expuesto lleva a concluir que en el evento hipotético de probarse la privación injusta de la libertad, quien está llamado a responder es el órgano investigador que no recaudó el material probatorio necesario, generando su actuar el consecuente inicio trámite de un proceso que terminó en absolucón,

quedando así exenta de toda responsabilidad administrativa la Rama Judicial, en virtud a que la participación de los operadores de justicia consistió precisamente en decisiones con base en las pruebas y argumentos presentados por la Fiscalía en sus respectivos momentos, tanto para la imposición de la medida de aseguramiento como para la absolución del acusado.

Expuesto lo anterior, la decisión del Juez de Conocimiento fue ajustada al principio de legalidad que debía rodear esta actuación, al punto que habiendo verificado el cumplimiento de los requisitos para la estructuración de la causal normativa que justificaba tal decisión, dirimiendo fondo el conflicto. El Juez cumplió con el deber legal de salvaguardar los derechos constitucionales y legales del imputado, los cuales no fueron afectados en modo alguno por la absolución del hoy demandante.

Insiste en que se presenta ausencia de nexo causal, toda vez que las actuaciones y decisiones de los Jueces que intervinieron en el proceso penal el cual resultó vinculado el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, se emitieron en cumplimiento de la Ley y la Constitución Política, no existiendo nexo de causalidad entre el daño antijurídico alegado por los demandantes y la actuación de la Rama Judicial.

Expuesto lo anterior, última que los hechos en que se funda la demanda, no constituyen privación injusta de la libertad, error judicial, ni defectuoso funcionamiento de la administración atribuible a la entidad, por lo que si el Despacho determina que hubo detención injusta, me permito solicitar respetuosamente que se ordene que los perjuicios concedidos en la sentencia sean pagados por la Fiscalía General de la Nación, ya que era quien ostentaba la obligación de acreditar la responsabilidad del procesado, motivo por el cual no podía iniciarse, proseguirse y mucho menos solicitarle la imposición de una medida de aseguramiento sin que mediaran elementos materiales de prueba que comprometieran realmente la responsabilidad del imputado.

En consecuencia, formuló las siguientes excepciones:

- Ausencia de nexo causal.
- Hecho de un tercero.
- Inexistencia de perjuicios.
- Falta de legitimación en la causa por pasiva.
- Excepción innominada.

2.2. De la Nación-Fiscalía General de la Nación³.

El apoderado de la Fiscalía General de la Nación contestó la demanda en los siguientes términos:

Se opuso a las pretensiones de la demanda y condenas solicitadas, toda vez

³ Folio 284-301 Cuaderno Principal 2.

que el sub judice no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad en cabeza de la entidad.

La actuación de la Fiscalía General de la Nación, se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no es ajustada a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ninguna clase de error, ni mucho menos privación injusta de la libertad del señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA.

Señala que en el sub judice se tiene sin lugar a dudas ni a equivoco alguno, que la investigación en la cual se vio involucrado el hoy demandante, tuvo su origen como lo afirma el apoderado del demandante en el líbelo demandatorio, el día 01 de mayo de 2012, en el que el Juzgado Promiscuo Municipal de Sotará Cauca con función en control de garantías, libra orden de captura contra el hoy demandante y una vez legalizadas las audiencias concentradas, se le profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

Aduce que la entidad demandada ajustó sus actuaciones a la ley vigente para ello, por lo que fue el Juez de control de garantías quien determinó y expidió la orden de captura, siendo que dicho funcionario si no hubiese encontrado procedente se habría abstenido de expedirla, sin que en dicha decisión hubiera actuación de la Fiscalía.

Así mismo, solicita que al momento de proferir el fallo que en derecho corresponda, se tenga en cuenta la falta de legitimación en la causa por pasiva, señalando que de conformidad con lo previsto en el actual sistema penal acusatorio regulado por la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación asume el papel de acusador frente a conductas punibles, más no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo este el fundamento principal que conlleva a que en el presente caso la Fiscalía General de la Nación quede eximida de responsabilidad frente a una detención calificada por los demandantes como injusta, pues su legalidad fue avalada por el respectivo Juez de garantías competente.

Por lo que el sistema penal acusatorio establecido en la Ley 906 de 2004, impide que sea la Fiscalía quien decida sobre la detención o procedimiento que pueda generar la reparación pretendida, al punto que, como se vislumbra de la norma jurídica y la jurisprudencia, la actuación desplegada por la Fiscalía debe ser avalada y controlada por el Juez de garantías y posteriormente también advierte la eventual responsabilidad de éste y del Juez de conocimiento en una posible irregularidad.

Aduce que, se tiene que el día 16 de diciembre de 2015, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Popayán con función de conocimiento anunció el sentido del fallo, decretando sentencia absolutoria a favor del hoy demandante.

Siendo el Fiscal quien dirige, coordina, controla y ejerce verificación técnico científica sobre la investigación y las actividades de policía judicial; sin embargo, no tiene la facultad de privar de la libertad de las personas, salvo las excepciones contempladas en la Ley, pues dicha función le corresponde al Juez de control de garantías por solicitud del Fiscal, como se establece en su artículo 297 y siguientes, y por tal, en vigencia del nuevo sistema penal acusatorio, las decisiones que impliquen la privación de la libertad de una persona, únicamente corresponde adoptarla a los Jueces en función de control de garantías.

Aduce que en las sentencias C- 873 de 2003, C- 591 de 2005 y C- 730 de 2005, que refieren a los elementos esenciales y las principales características del sistema penal de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, introducido por acto legislativo 03 de 2002, que reformó los artículos 116, 250, y 251 de la Constitución, en los que se concluye que la Fiscalía no debe resultar responsable por los daños antijurídicos que se le pudieran imputar por detención injusta, porque la entidad no es la encargada de asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la acción penal.

El nuevo sistema penal le corresponde a la Fiscalía General de la Nación y a sus delegadas, detectar, proteger e identificar los elementos físicos de las evidencias y conseguir información general sobre un hecho delictivo o en general diseñar el programa metodológico de la investigación con el propósito de inferir que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga y proceder a formular una imputación ante el juez de control de garantías. En ese momento, la Fiscalía debe describir al imputado, dar su nombre y/o número de identificación y condiciones civiles como profesión estado civil, nombre de los padres, ciudad donde es oriundo y demás para identificarlo plenamente; como también, relatar claramente los hechos y solicitarla medida de aseguramiento que le corresponde imponer al juez de control de garantías, como lo señala el artículo 306 ibídem.

En el presente caso, se tiene que el 16 de diciembre de 2015, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Popayán con función de conocimiento anunció el sentido de fallo, decretando sentencia absolutoria a favor del hoy demandante.

Señala que el Fiscal no tiene la facultad de privar de la libertad a las personas, salvo las excepciones contempladas en la Ley (art. 300 ib.) pues dicha función le corresponde al Juez de control de garantías por solicitud del Fiscal.

De manera que, respecto a la responsabilidad por la privación de la libertad del señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, no se le pudo atribuir a la Fiscalía General de la Nación, por cuanto en primer término no fue la autoridad que ordenó o dispuso esa medida, y a pesar de que tal entidad solicitó ante el Juez la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, la decisión acerca de si la decretaba o no, como también la de legalizar o no la

captura realizada de manera excepcional por personal de la Policía Judicial adscrita a la Policía Nacional como lo permite la misma Ley, era labor del Juez de Control de garantías.

Hace alusión a la detención legítima y la ausencia de error judicial, señalando que no puede pretenderse que porque se absuelve al sindicado de un delito, se compromete a no incurrir en el mismo, sería tanto como aceptar que la Fiscalía General de la Nación no pudiera adelantar una investigación penal ya que, los Fiscales estarían atados de pies y manos, sin autonomía, sin independencia, sin poderes de instrucción, sin libertad para recaudar las pruebas para el cabal esclarecimiento de los hechos punibles y de sus presuntos autores.

Destaca como uno de los elementos de la responsabilidad, el nexo causal que debe existir entre el hecho y el perjuicio. Haciendo referencia a lo dicho por el profesor Arturo Alessandri Rodríguez: "Hay relación de causalidad cuando el hecho –o la omisión- doloso o culpable es la causa directa y necesaria del daño, cuando sin él este no se hubiera producido".

Tiene por presupuesto la existencia de un hecho o una omisión por el caso imputable a la Fiscalía General de la Nación, sin embargo, corresponde la carga de la prueba a quien alega su ocurrencia. En el caso concreto, no se incurrió en falla para que se despache favorablemente las pretensiones de la demanda, cual es "una falla o falta del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración".

Concluye que a la Fiscalía General de la Nación no se le puede imputar la comisión de los hechos expuestos en la demanda, por consiguiente no puede llegar a preciarse lo inexistente como anormalmente o como deficiente, simplemente en el caso que nos ocupa, la entidad en el giro ordinario de su actividad, cumple con los deberes que impone la Ley y sus reglamentos cuyo desconocimiento acarrearía consecuencias desfavorables tanto penales como disciplinarias, al servidor que no cumpla con dicho mandato.

Manifiesta que para que pueda estructurarse responsabilidad patrimonial de un ente público no basta con que exista falla del servicio, sin que además, exista un daño antijurídico sufrido por la víctima y que ese daño sea el efecto directo de la falla. Para determinar el alcance de la responsabilidad patrimonial de las entidades del Estado por sus acciones u omisiones, es necesario identificar o determinar claramente las obligaciones que desde el punto de vista legal, están llamadas a cumplir.

No cabe duda que para la instancia procesal en la que se profirió la medida de aseguramiento se reunían los suficientes elementos demostrativos de la comisión del ilícito penal, así como los requisitos legales y procesales, sin que pueda considerarse dicha decisión como una actuación grosera y flagrante,

ni que se hayan quebrado los criterios establecidos en la Ley procesal.

Es menester señalar, que la Fiscalía en su actuar dentro de la investigación adelantada contra el señor IJAJI BONILLA, obró de conformidad con la obligación y funciones establecidas en el artículo 250 de la Carta política y la Ley 906 de 2004.

Señala que le corresponde a la Fiscalía adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, solicitar, como medida preventiva la detención del sindicado, correspondiéndole al Juez de garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, y decretar las que estime procedentes, para luego si establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, que en últimas, si todo se ajusta a derecho, es el Juez de garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer.

Así mismo, manifiesta que el apoderado de la parte demandante, en el acápite fundamentos de Derecho de la demanda, hace referencia al artículo 90 de la Constitución Política, al respecto, fuerza precisar y aclarar que en los casos en los cuales la Ley presume que se presenta la detención injusta de la libertad, cuando se pretende lograr indemnización de perjuicios por esta causa, los actores demostrar que la detención preventiva surtida fue injusta e injustificada, lo que en este proceso no se ha demostrado, ni mucho menos probado, porque en estos casos, la responsabilidad administrativa no es automática por el hecho que la detención preventiva sea revocada.

En consecuencia, formuló la siguiente excepción:

- Falta de legitimación por pasiva.

3. Relación de etapas surtidas.

La demanda fue presentada el día 18 de julio de 2016⁴, siendo admitida por auto interlocutorio No. 1452 del 22 de noviembre de 2016⁵, se llevó a cabo audiencia inicial el día 05 de junio de 2019⁶, y audiencia de pruebas el día 28 agosto de 2019⁷, en la que se declaró clausurada la etapa probatoria y se corrió traslado para alegar de conclusión.

4. Alegatos de conclusión.

4.1. Parte actora⁸.

La apoderada de la parte actora, hace referencia a lo probado dentro del proceso, así mismo, señala la responsabilidad de Estado de conformidad con

⁴ Folio 237 Cuaderno Principal 2.

⁵ Folio 239-240 Cuaderno Principal 2.

⁶ Folio 327-330 Cuaderno Principal 2.

⁷ Folio 344- 345 Cuaderno Principal 2.

⁸ Folio 353-362 Cuaderno Principal 2.

la jurisprudencia del H. Consejo de Estado y la acreditación de los dos elementos a saber: i) el daño antijurídico, consistente en la lesión a un derecho respecto del cual es titular el demandante y ii) la imputación jurídica o atribución jurídica del daño antijurídico al demandado.

La responsabilidad del Estado por las acciones u omisiones de las autoridades judiciales, no escapa a la regla general de responsabilidad patrimonial consagrada en la Constitución Política, cuyo artículo 90 estableció el deber de reparar los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Señala que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que corresponde al juzgador analizar si se configurar o no la causal de exoneración de responsabilidad por el hecho de la víctima, cuando esta con su actuación exclusiva y determinante dio lugar a que se profiera en su contra medida de aseguramiento.

Solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda, por considerar que el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA no estaba en la obligación de soportar la privación de la libertad en curso de la investigación penal que se le adelantó, pues, quedó demostrado que por tales hechos se dictó sentencia absolutoria, con argumentos de fondo que desmaterializan la participación del hoy demandante en la comisión del hecho delictuoso.

Así mismo, manifiesta que no se puede desvirtuar la calificación de antijurídico del daño demandado, como tampoco que se haya configurado la culpa exclusiva de la víctima, toda vez que no se evidencia un comportamiento irregular en que incurriera el hoy demandante, con el que diera lugar a la investigación penal que se adelantó en su contra con la consecuente privación de su derecho fundamental a la libertad.

4.2. De la Nación-Rama Judicial⁹.

El apoderado de la RAMA JUDICIAL-DESAJ, en síntesis, refirió que el proceso penal por el cual se demanda, se desarrolló con el nuevo sistema penal contenido en la Ley 906 de 2004, en la que se identifican de manera clara ciertas etapas, como: preliminar, investigación y de juicio oral, por lo que es de tener en cuenta la función que desempeña tanto la Fiscalía General de la Nación como la de los Jueces de la Republica en cada una, a fin de determinar la responsabilidad que devenga en su accionar, pues como es conocido el juez de Control de Garantías atiende la solicitud efectuada por la Fiscalía respecto de imponer medidas de aseguramiento, conforme a los elementos materiales probatorios o evidencia física que dicha entidad presente en su momento.

En el caso en particular, no se vislumbra de ninguna manera algún tipo de

⁹ Folio 347-352 Cuaderno Principal 2.

accionar arbitrario o ilegal por parte del Juez Cuarto Penal Municipal de Popayán Cauca, con función de garantías, más cuando la captura del señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, obedeció a circunstancias especiales que dieron lugar a que se evidenciara como necesaria la imposición de la medida de aseguramiento, pues fue capturado con fundamento a los testimonios de YEFERSON MERA, JHON FEDY ROSERO MUÑOZ, JESUS ALBERTO ESPAÑA y MARIA EUGENIA MERA, quien lo sindicaron de ser la persona que acompaña al señor EDWUAR JOSE IBARRA BUITRON y es quien conduce la moto en la que llegan al lugar de los hechos, por lo tanto lo involucran como partícipe del homicidio del adolescente OSCAR DAVID MERA ESPAÑA.

Así, al realizar un previo análisis lógico de estos acontecimientos y de las circunstancias en las que se llevó a cabo la captura del hoy demandante, es de suponer que no le quedaba otro camino al Juez de la República con función de Control de Garantías que proceder a decretar la medida de aseguramiento privativa de la libertad ante la clara evidencia que allegó la Fiscalía General de la Nación a su despacho.

Aduce que la medida preventiva de aseguramiento fue revocada por parte del Juez Primero Penal Municipal de Popayán Cauca con función de garantías, con fundamento a prueba sobreviniente que no se contaba en las audiencias preliminar, además frente a la decisión judicial posterior de declarar la absolución a favor del señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, por el delito de homicidio agravado en concurso de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas, así entonces también es pertinente señalar que el Juez Primero Penal del Circuito con función de conocimiento actuó conforme al mandato constitucional y legal, pues fue la Fiscalía General de la Nación la que debía desvirtuar la presunción de inocencia del acusado conforme el artículo 66 de la Ley 906 de 2004; situación que nunca se concretó. Situación que pone de manifiesto nuevamente que el actuar del Juez fue todo garantista y respetuosa conforme a su deber constitucional, pues se debe tener en cuenta la Sentencia absolutoria del día 20 de enero del año 2015, proferida por el Juez primero Penal del Circuito de Popayán Cauca con función de conocimiento se dio con fundamento al principio de congruencia, debido a la solicitud de absolución por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Acogiendo lo señalado en la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, Sentencia 10 de agosto de 2015, Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en el presente caso encuadra una excepción a la aplicación del régimen de responsabilidad objetivo a los casos de privación injusta de la libertad, establecida en la sentencia de unificación de la sala plena de sección tercera del 17 de octubre de 2013, al facultar al Juez administrativo para estudiar de manera crítica el material probatorio en orden a determinar si el funcionario de la exoneración penal en realidad escondía deficiencias en la actividad investigativa de recaudo o de valoración probatoria, procediendo así una excepción a la imputabilidad de responsabilidad del Estado. En concordancia también con la sentencia de

unificación de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, expediente 24392, que determinó la procedencia del examen de los diferentes fundamentos de responsabilidad, sin limitar el juzgamiento a uno u otro punto específico.

Solicita, se tenga en cuenta lo ocurrido en el proceso penal, tal y como lo expone el Dr. Santofimio en su providencia, especialmente frente a “deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas con las que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación penal a su favor.

Manifiesta que todo el despliegue investigativo en orden a obtener el material probatorio para nutrir el plenario, estuvo a cargo de la Fiscalía y de acuerdo a ese acopio, procedió a solicitar medida de aseguramiento para en todo caso no ser capaz de desvirtuar la presunción de inocencia del sindicado, frente a lo cual el Juez de conocimiento no podía proferir decisión diferente a la absolución.

La función del Juez de control de garantías es precisamente avalar la legalidad de una captura e imponer, si a ello hay lugar, una medida restrictiva de la libertad que asegure la comparecencia del indiciado y garantice que por su peligrosidad no cometerá nuevas conductas delictivas mientras se desarrollan las etapas procesales, sin olvidar que esa decisión se adopta con base en la previa solicitud elevada por la Fiscalía con sustento en elementos e informes indiciarios de responsabilidad.

Corolario a lo anterior, concluye que en el evento hipotético de probarse el supuesto error judicial o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia o privación injusta de la libertad, quien está llamado a responder es el órgano investigador que no recaudó el material probatorio necesario, generando su actuar el consecuente inicio al trámite de un proceso que terminó con la preclusión, quedando así exenta de toda responsabilidad la Rama Judicial, en virtud a que la participación los operadores de justicia consistió en tomar decisiones con base en las pruebas y argumentos presentados por la Fiscalía en sus respectivos momentos, tanto para la imposición de la medida de aseguramiento como para la absolución del procesado.

Así mismo, debe tenerse en cuenta lo dicho por el Consejo de Estado en considerar que “... la responsabilidad penal no se transmite de manera idéntica frente a la responsabilidad directa... “... si bien una persona puede ser exonerada penalmente... no significa que el Estado deba ser automáticamente declarado responsable por la privación de la libertad y condenado a indemnizar al daño causado... mal haría en considerarse que la libertad es un derecho absolutorio que no admite restricciones...”, si bien la investigación en contra del hoy demandante terminó con la preclusión de la investigación, no se puede pasar por alto que fue el comportamiento del hoy demandante lo que ocasionó que se movilizara el aparato judicial en la

búsqueda de esclarecer los hechos, y tal como se ha demostrado en el proceso penal existían indicios serios que comprometían al acusado.

Señala que los hechos en que se funda la demanda no constituyen falla en el servicio, ni error judicial, ni privación injusta de la libertad atribuible a la nación-rama Judicial- Dirección ejecutiva de administración Judicial, toda vez que no se encuentra demostrado el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la entidad.

La falla de la administración de justicia para que pueda considerarse verdaderamente como causa de perjuicio y comprometa su responsabilidad no puede ser cualquier tipo de falla.

Ella debe ser de tal entidad, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio que la conducta de la administración pueda considerarse como anormalmente deficiente, además, ésta entidad no ostenta el ejercicio de la acción penal, ni da inicios a investigaciones por conocimiento de hechos con características a delito, como tampoco podía emitir ningún tipo de condena en la fase preliminar pues la función de desvirtuar la presunción de inocencia correspondía en su momento al ente investigador.

Considera que se presenta ausencia de nexo causal, toda vez que las actuaciones y decisiones de los jueces que intervinieron en el proceso penal al cual resultó vinculado el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, se emitieron en cumplimiento de la Ley y la Constitución Política, razón por la cual, no existe nexo de causalidad entre el daño antijurídico alegado por los demandantes y la actuación de la entidad demandada.

La privación de la libertad a la que fue sometido el hoy demandante obedeció a que la Fiscalía al solicitar y sustentarla imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad creó en el Juez con función de control de garantías el convencimiento de la necesidad de proferir dicha medida, decisión que resultaba proporcional y necesaria en su momento pues el ente investigador allegó pruebas contundentes en esa etapa procesal, pues se contaba con los testimonios de familiares quienes lo señalan de ser partícipe del homicidio del adolescente OSCAR DAVID MERA ESPAÑA, por ser la persona que acompaña a su agresor el señor EDWARD JOSE IBARRA BUITRON, además el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, fue la persona que condujo la motocicleta, en la que llegan y ultimaron al adolescente; por otra parte el señor EDWARD JOSE IBARRA BUITRON fue condenado por estos hechos, persona por lo demás que contaba con antecedentes penal y estaba involucrado en los delitos de hurto según lo informado por los mismos testigos el cual es el respaldo por los antecedentes penales allegados en el proceso, que por lo mismo se hacía más imperiosa la necesidad de imponer la medida de aseguramiento con fundamento al principio de necesidad de imponer la medida de aseguramiento con fundamento al principio de prevalencia de los derechos de los menores y de acuerdo a las disposiciones de la Ley 1098 de

2006.

Así mismo, señala que en caso sub examine se configura la causal eximente de la culpa exclusiva de la víctima, toda vez que dentro del proceso penal se evidenció que la conducta del señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA fue efectiva a fin de que se lo involucrara de su participación en la conducta de homicidio agravado en concurso de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas, pues si bien es cierto que no se logró demostrar su participación en el delito que se le enrostraba, si se pudo establecer que era amigo del agresor adolescente, el cual tenía antecedentes penales por hurto de ahí que se pusiera riesgo por la amistad con esta clase de personas, pues cada quien asume las consecuencias inconvenientes que estos le pueda generar.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, se vislumbra que las decisiones tomadas por los Jueces de la República se basaron en la investigación penal adelantada por la Fiscalía que es quien tiene la potestad legal de ejercer la acción penal del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 250 de la constitución política, quedando demostrada la participación del ente investigador, o instructor en el proceso penal que es el origen de este medio de control, además de encontrarse configurada la culpa exclusiva de la víctima, quien con su actuar puso en funcionamiento el aparato judicial.

Manifiesta que se configura otra causal de eximente de responsabilidad, hecho de un tercero, puesto que la captura del señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA se materializó por los testimonios de YEFERSON MERA, JHON FEDY ROSERO MUÑOZ, JESUS ALBERTO ESPAÑA y MARIA EUGENIA MERA, quien lo sindicaron de ser la persona que acompaña al señor EDUARDO JOSE IBARRA BUITRON y es quien conduce la moto en la que llegan al lugar de los hechos, por lo tanto fueron las personas que lo involucraron como partícipe del homicidio del adolescente OSCAR DAVID MERA ESPAÑA.

Hace referencia a los daños morales, indicando que los hermanos, tíos y sobrinos no especifican cual fue el dolor sufrido directamente por ellos, pues las pruebas no demuestran su grado de afectación, simplemente al igual que la demanda se dedican a hacer declaraciones de manera general sin hacer detalles, por tanto, trae a colación la sentencia del consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de septiembre de 2001, radicación 1323-15646. Así como lo referente al daño a la salud, al buen nombre, vida en relación y afectación a los intereses y derechos constitucionalmente protegidos del demandante y sus familiares no se especifica, ni se demuestra como sufrieron cada uno de los demandantes cada uno de estos perjuicios.

Respecto a los daños materiales, bajo la modalidad de daño emergente y lucro cesante por los demandantes, no fueron demostrados, de conformidad con la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 18 de julio de 2019 radicación 44.572, Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera. Pues, respecto al primero no obra prueba, como es la factura de pago o similar por parte del apoderado que lo representó en el proceso penal y respecto del

segundo tampoco se demostró que el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA hubiese mantenido vínculo laboral alguno, pues se trataba de un trabajador independiente en su caso de mototaxista del cual de sus ingresos se desconoce, pues los testigos solicitados por el apoderado solo dan cuenta en lo que trabajaba, pero no dan razón exactamente de los ingresos que éste percibía, solo declaran con base en presunciones.

En consecuencia, reitera la petición principal de negar todas las pretensiones del presente del presente medio de control en atención a que se concluye que los hechos en que se funda la demanda, no evidencian privación injusta de la libertad, error judicial, ni defectuoso funcionamiento de la administración de justicia atribuida a la entidad.

4.3. De la Nación-Fiscalía General de la Nación¹⁰.

La apoderada de la Fiscalía General de la Nación, refirió que en el sub judice no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad en cabeza de la entidad investigadora, por las siguientes razones:

Señala que la Fiscalía General de la Nación, se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no es ajustado a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ni mucho menos un daño antijurídico por privación injusta de la libertad del señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA.

Analizado el libelo y las pruebas que reposan en el proveído, se verifica que la Fiscalía obró en cumplimiento del deber legal, toda vez que su actuación se ajustó a su deber legal y realizó todas y cada una de las gestiones inherentes a su rol dentro de la etapa investigativa y en consecuencia la entidad esta eximida de responsabilidad.

El señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, fue puesto a disposición del juez con función de control de garantías en vigencia Ley 906 de 2004, razón por la cual, las atribuciones y competencias de la entidad cambian en el trámite penal cuyo protagonista es el Juez de control de garantías, pues la Fiscalía General de la Nación se convierte en un sujeto procesal más, destacando que en el tal sistema, ya no es la institución la que impone la medida de aseguramiento porque no tiene facultades jurisdiccionales, sino que dicha función está en cabeza del Juez de la República, lo que sucedió en este caso.

Manifiesta que para este caso en concreto, el Juez consideró que se daban los requisitos exigidos por la norma procedimental y conforme al caudal de elementos probatorios allegados a la investigación, legalizó la captura del hoy demandante y le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva,

¹⁰ Folio 363-416 Cuaderno Principal 2.

luego de ninguna manera puede endilgarse a la Fiscalía General de la Nación la responsabilidad deprecada en la demanda en ocasión de la privación de la libertad del demandante, pues si la solicitud de la medida de aseguramiento de detención preventiva elevada por el ente acusador no estaba ajustada a derecho porque reunía los requisitos exigidos para su imposición, no existían los elementos materiales probatorios suficientes que acreditaran la participación del hoy demandante, bien pudo el Juez de control de garantías no decretarla y por ende evitar la detención de aquel como autor de los punibles endilgados, al haber previamente confirmado la información suministrada por la entidad, reitera que la función de la Fiscalía es solicitar la imposición de la medida preventiva de restricción de libertad y no se trata de una orden que los Jueces de la República deban cumplir en atención a las peticiones que el ente fiscal solicite ante sus estrados.

La actuación de la Fiscalía se ajustó a las disposiciones que desarrollaban la materia, las que le imponen la obligación de ejercer la acción penal y de asegurar la comparecencia al proceso del, o lo presuntos infractores de la Ley penal; por lo que se cumplían con los requisitos en su momento para ordenar la captura, existiendo pruebas graves de responsabilidad sobre la base de documentos y testimonios ampliamente detalles en el proceso penal; que conllevaron al Juez de control de garantías del caso a comprometer la responsabilidad de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA.

Manifiesta que no es dable exponer que una persona que haya sido privada de su libertad, como consecuencia de una orden de captura, una medida de aseguramiento o una sentencia condenatoria y que posteriormente la recupere, se configura una privación injusta de la libertad pues todos los ciudadanos por cuenta de hechos como los ocurridos en la persona de la convocante con presuntas consecuencias penales, están expuestos a las dificultades que esas consecuencias traen y los daños que la protección del orden público y la armonía social, les puedan ocasionar.

Solicita que en este caso, no se pase por alto que la declaratoria de responsabilidad por privación de la libertad solo procede cuando se verifique la existencia de una falla en el servicio o de un error jurisdiccional, en los que incurrió el ente investigador, pues sus actuaciones lejos de ser arbitrarias, estuvieron ceñidas a las disposiciones que las desarrollan, se desplegaron en cumplimiento de sus finalidades constitucionales que fueron asignadas y con fundamento en las pruebas obrantes en el expediente , de las que se desprendía el indicio grave de responsabilidad necesario para que procediera la medida de aseguramiento.

Así mismo, solicita al Despacho, considerar que CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, no exigió el control de legalidad de la medida de aseguramiento por cuenta del recurso de alzada que en ejercicio de los derechos de contradicción y defensa hubieran podido interponer en impugnación de la medida privativa de la libertad, por lo que se presentó culpa exclusiva de la víctima en la consolidación del daño que ahora reclaman. La configuración

de éste eximente de responsabilidad se impone como conclusión si se tiene en cuenta la pasividad o aceptación de la decisión de imposición de la medida de aseguramiento interpuesta por el Juez de control de garantías, al no interponer contra la los recursos de ley para que la decisión fuera revisada por el superior, incurriendo el hoy demandante en culpa y nadie puede aprovecharse de su propia negligencia para pretender que se le indemnice por ello.

Con lo expuesto, no se configuraron los supuestos estructurales de la imputación como el elemento o vínculo que permita evidenciar relación sustancial o causal entre el daño alegado y el sujeto que lo produjo.

Aduce que las actuaciones de la Fiscalía durante el proceso penal estuvieron ajustadas al análisis jurídico que en su competencia constitucional y legal podía desarrollar y si quizá no coinciden en forma y/o fondo con la decisión proferidas con el Juzgado de conocimiento, eso de ninguna manera puede interpretarse o inferirse subjetivamente como una actuación irregular o ilegal, y en ese sentido, la detención no puede considerarse como injusta.

Tampoco es dable aceptar que las actuaciones y/o diligencias de la Fiscalía hubieren sido violatorias del debido proceso, razón por la cual el supuesto daño esgrimido por la accionante no es antijurídico; de ahí, para que el quebranto patrimonial sufrido por un particular tenga el carácter de perjuicio indemnizable, requiere ser antijurídico. Para que opere la responsabilidad objetiva no basta con que la providencia absolutoria esté fundada en cualquiera de las tres circunstancias ampliamente conocidas bajo la Ley penal i) inexistencia del hecho, ii) el sindicado no lo cometió, iii) la conducta no constituía delito, sino que también se requiere que la detención preventiva se hubiere causado por dolo o culpa.

Manifiesta que indudablemente estaban dados los presupuestos mínimos y necesarios para vincular a la investigación a CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, proferir la medida de aseguramiento en su contra, porque existían para la época de los hechos, los presupuestos legales para imponerla. Se debe descartar la posibilidad de reconocer indemnización, ya que para que exista la indemnización patrimonial, el proceso ha de haber arrojado certidumbre acerca de la inocencia, pues, en caso contrario la persona no obstante de no ser condenada penamente, no podrá reclamar reparación vía administrativa y como en el caso en concreto absolvió pero no por absoluta inocencia.

Insiste en la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación, toda vez que frente a la detención de acuerdo a lo previsto en el actual sistema penal acusatorio regulado en la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación es quien asume el papel acusador frente a conductas punibles, más no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo este el fundamento principal que conlleva a que en el presente caso la entidad quede eximida de responsabilidad frente a la detención calificada por los demandantes como falla en el servicio, pues la

legalidad fue avalada por el respectivo Juez competente.

Respecto al eximente de responsabilidad culpa exclusiva de la víctima, señala que se configura dicho eximente, cuando el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, desplegó una conducta claramente ilícita con presencia del factor volitivo, es decir, el señor al conducir el vehículo y/o participado en la agreción mortal que hiciera su compañero de causa, en contra del joven CARLOS DAVID MERA ESPAÑA (Q.E.P.D), mediando la fuerza, la violencia y falta de proporción entre el ataque y la capacidad de reacción del joven por la incapacidad de reacción ante un arma de fuego, por lo que su accionar, no podía ser excusado por la justicia, puesto que además, debe obrar el conocimiento general de que transportar a una persona agrader con arma de fuego y herirlo causándole la muerte, a otra la hacía incurrir en una conducta delictiva, por la cual debió soportar la vinculación al proceso penal y como consecuencia, soportar también, la privación que el libelante pretende hacer ver como injusta y solicita al Despacho, se pronunci sobre la eximente de responsabilidad presentada y sean como consecuencia despachadas desfavorablemente las pretensiones.

El señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, tuvo participación causal en la privación de su libertad. Para ello, se tiene la declaración del menor JHON FREDY ROSERO MUÑOZ (Q.E.P.D) quien fuera testigo presencial de los hechos de marras y que se presenta en el proceso penal como prueba de referencia, puesto que el menor falleció antes del juicio oral, el cual manifiesta lo acontecido minutos antes del asesinato del menor MERA ESPAÑA, quien relata que aproximadamente a las seis de la mañana, se encontraba con su amigo OSCAR MERA ESPAÑA, comiendo arepas, que en ese momento mira a dos sujetos que venían en una motocicleta pequeña de color rojo, que cuando la motocicleta se acerca mira a CARLOS BONILLA, alias "CARLITO", manejando la moto a quien conoce como cinco años, porque reside en el barrio y que el parrillero era JOSE, alias caleño, a quien conoce hace como tres meses. De acuerdo a lo narrado por el testigo directo, se deduce que este conocia muy bien a CARLITOS desde hace cinco años por ser habitante del barrio "Nueva Florida", no obstante por su fallecimiento y de las declaraciones de otros menores, se fue desvaneciendo este testimonio, que no pudo corroborarse en juicio oral, por su muerte pero que fue clara para capturarlos y hoy estar pagando la condena quien fuera el autor material del hecho.

Así mismo, señala que debe ser objeto de análisis el hecho indicador del conocimiento que tenía CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, de las circunstancias por las que estaba pasando. Si estaba sobrio, como conciencia sabía de la irregularidad cometida en la humanidad del menor OSCAR DAVID MERA ESPAÑA (Q.E.P.D) tambien sabía de la irregularidad cometida al conducir la motocicleta transportando al individuo que portar un arma de fuego y disparó varias veces según testigos por el sector donde fue herido el menor, poniendo no solo en peligro su vida, sino de transeuntes o ciudadanía en general por lo que cabe calificar el comportamiento de éste como reprochable a título de culpa grave pues participó en un primer momento para controlar la fuente de

riesgo que constituye o bien ser autor o cómplice de los delitos imputados, y posteriormente para la determinación de las responsabilidades penales que le pudiese corresponder.

Señala también que el daño no es antijurídico, puesto que el análisis de la decisión que tomó el Juez de la Rama Judicial y la solicitud previa de la Fiscalía, al definir la situación jurídica de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, permitiría concluir, sin asomo de duda, que la medida de aseguramiento se profirió en cumplimiento de los presupuestos legales, lo cual permitirá descartarla ocurrencia de la falla en el servicio como lo expuso la parte actora, a su vez, permitirá demostrar que con fundamento en los medios probatorios recaudados, cualquier funcionario de las mismas condiciones, de manera razonable, bien podría haber proferido la misma decisión, circunstancia que acreditará lo decisivo, determinante y exclusivo que tuvieron tales pruebas al momento procesal en el que se dictó la medida que determinó privando de la libertad.

Concluye, que si bien la investigación penal terminó con absolución o preclusión, no se puede pasar por alto que esto no es razón o fundamento de hecho o de derecho para responsabilizar automáticamente al Estado de su privación de la libertad, hay que entrar a considerar si fue su propia culpa o la de un tercero, lo que dio lugar a la imposición de la medida, lo que ocasionó que se movilizara el aparato judicial en cumplimiento de su deber legal, en busca de esclarecer los hechos y de carácter preventivo para garantizar el adecuado desarrollo del proceso penal sin fraccionar su debido proceso.

Respecto a los daños materiales a título de lucro cesante y daño emergente, señala que no se aportó prueba idónea con la demanda que permita establecer que efectivamente el actor para la fecha de los hechos devengaba cierta cantidad de dinero mensual de un vínculo laboral o el desempeño de una profesión u oficio, por la que aportaban al Sistema de seguridad social integral. No se aporta un contrato de trabajo como tampoco un contrato de prestación de servicios que dé cuenta de dicha circunstancia; finalmente, manifiesta que no existe certeza de que efectivamente ejerciera siquiera una labor que esta fuera lícita, resalta, que en la demanda su apoderada no manifiesta que el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA trabajaba, adicionalmente, pretende sin probar de ninguna manera su pretensión que esta sea favorablemente despachada y efectivamente cancelada por la FGN en caso de una eventual responsabilidad.

Respecto a los daños morales, no obra dentro de la foliatura prueba que demuestre alguna alteración de salud de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA y su familia, distinta a la simple manifestación de la misma por la parte actora en la demanda, pero como se ha dicho no obra prueba que acredite legalmente la pretensión tal y como debería ser un diagnóstico producto de pruebas psicológicas especializadas o el dictamen en donde se evidencie la merma en la capacidad laboral del hoy demandante como consecuencia de la privación, puesto que no existe evidencia de la relación causal entre la

vivencia del proceso penal, el cual debió asumir como cualquiera de las personas que hacen parte de la sociedad y se ven inmersos en hechos que revisan características de delito.

Por lo expuesto anteriormente, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda por cuanto no está demostrada falla en el servicio por error judicial, ni detención injusta o por un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, y en ese sentido, se declare probada la excepción o eximente de responsabilidad administrativa culpa exclusiva de la víctima.

5. Concepto del Ministerio Público.

Se abstuvo de presentar concepto.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

1. Presupuestos procesales.

1.1. Caducidad, procedibilidad del medio de control y competencia.

Por la naturaleza del proceso, el lugar de los hechos y la cuantía de las pretensiones, el Juzgado es competente para conocer de este asunto en PRIMERA INSTANCIA conforme a lo previsto en los artículos 140, 155 # 6 y 156 # 6 de la Ley 1437 de 2011.

La sentencia que resolvió absolución del señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, quedó debidamente ejecutoriada 20 de enero de 2015, por lo que los dos años para presentar la demanda de que trata el numeral 2, literal i) del artículo 164 del CPACA, irían hasta el 22 enero de 2017, sin embargo, la solicitud de conciliación se presentó el 18 de mayo de 2016. La constancia de conciliación fracasada se entregó el 12 de julio de 2016, y la demanda se interpuso el 18 de julio de 2016, es decir, dentro del término de Ley.

2. Problema jurídico.

Le corresponde al Juzgado establecer, ¿Si la NACIÓN-RAMA JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, deben ser declaradas responsables de los daños de orden patrimonial y extrapatrimonial causados a la parte actora con motivo de la privación injusta de la libertad de la que dice haber sido víctima el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, igualmente habrá de establecerse la procedencia de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por casa una de las entidades o se verificará si existe otro medio exceptivo por el cual se puede exonerar a las entidades demandadas?

3. Régimen aplicable en materia de privación injusta de la libertad.

La posición del Consejo de Estado, en torno al tema del régimen de responsabilidad de la administración por privación injusta de la libertad se recogió de esta manera:

“... la Sala ha considerado en varias oportunidades que cuando una persona privada de la libertad es absuelta porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o éste no lo cometió el sindicado, o este último queda libre en aplicación de la figura del in dubio pro reo, o por preclusión de la investigación por demostrarse alguna causal de exoneración de responsabilidad penal¹¹, se configura un evento de detención injusta y, por tanto, procede la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política.

...

Así mismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha ordenado la reparación de perjuicios a favor del sindicado, cuando éste ha sido absuelto de responsabilidad penal por encontrarse que la conducta investigada no constituía delito alguno. Uno de esos casos fue resuelto en pronunciamiento del 13 de febrero de 2013 proferido por la Subsección A.

...

Lo mismo ha resuelto la Subsección B de esta Sala cuando la cesación del proceso penal ha obedecido a la prueba de la inocencia del investigado, por cuanto se estableció que él no cometió el delito imputado.

...

Ahora, en aquellos casos en los que el proceso penal termina por aplicación del principio de in dubio pro reo, el Consejo de Estado ha dado el mismo tratamiento.

...

Igualmente, la Sección Tercera ha precisado que el daño también podía llegar a configurarse en aquellos eventos en los que la persona privada de la libertad sea exonerada por razones distintas a las de aquellas tres hipótesis. Así ocurrió, por ejemplo, en sentencia del 20 de febrero de 2008, donde se declaró la responsabilidad de la Administración por la privación injusta de la libertad de una persona que fue exonerada en el proceso penal por haberse configurado una causal de justificación de estado de necesidad.

...

Una primera, que podría calificarse de restrictiva, parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados¹². Posteriormente, se dice que la

¹¹ Sean las dispuestas en el artículo 29 del Decreto Ley 100 de 1980 (derogado Código Penal) o en el artículo 32 de la Ley 599 de 2000 (nuevo Código Penal) según el caso .

¹² Sección Tercera, sentencia de 1 de octubre de 1992 (expediente 7058).

investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención¹³.

Una segunda línea entiende que cuando se da la absolución porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa¹⁴. Se consideró que, en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en los casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado del carácter “injusto” e “injustificado” de la detención¹⁵. Es decir, se ha venido acogiendo el criterio objetivo, con fundamento en que la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluye la investigación o es absuelta porque nada tuvo que ver con el delito investigado o porque se le aplicó el principio de in dubio pro reo o alguna causal de justificación penal¹⁶, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia.

...

Una tercera tendencia jurisprudencial morigeró el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, pues ello implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada; además, amplía el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad a los eventos en que el sindicado sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del in dubio pro reo¹⁷.

...

En otras palabras, en aquellos eventos en los que una persona es privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego es puesta en libertad en consideración a que se dieron los supuestos legales que determinan su desvinculación de la investigación penal, porque la absolución o la preclusión de la investigación obedeció a que el hecho no existió, a que el sindicado no lo cometió, o a que no era delito, o a la aplicación de la figura del in dubio pro reo, o a la configuración de alguna de las causas de justificación penal, esta Corporación entiende que se está frente a un daño imputable al Estado, por privación injusta de la libertad, el cual debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política; no obstante,

¹³ Sección Tercera, Sentencia de 25 de julio de 1994 (expediente 8666).

¹⁴ Sección Tercera, Sentencia de 15 de septiembre de 1994 (expediente 9391).

¹⁵ Sección Tercera, Sentencia de 17 de noviembre de 1995 (expediente 10056).

¹⁶ Sin embargo, se encuentran sentencias como la del 9 de septiembre de 2015 (expediente 38.226), por medio de la cual la Subsección A de la Sección Tercera, al pronunciarse sobre la privación de la libertad de una persona que, posteriormente, fue absuelta con fundamento en que su actuación obedeció al estado de necesidad, negó las pretensiones por considerar configurada la causal eximente de responsabilidad del Estado, consistente en el hecho de la víctima.

¹⁷ Sección Tercera, sentencia de 18 de septiembre de 1997 (expediente 11754).

también sostiene que, si se presenta un evento diferente a éstos, debe analizarse si la medida que afectó la libertad fue impartida “injustamente” (C-037/96), caso en el cual el ciudadano debe ser indemnizado por no estar en el deber jurídico de soportarla.

Esta última postura jurisprudencial, es decir, aquella que ha quedado plasmada a lo largo de los últimos párrafos es la que rige, hoy por hoy, en el seno del Consejo de Estado, más concretamente de su Sección Tercera, y con especial énfasis a partir de la sentencia del 17 de octubre de 2013 (expediente 23.354).”¹⁸

En la providencia en cita, explica el Consejo de Estado que la responsabilidad extracontractual encuentra respaldo en el artículo 90 de la Constitución Política y no puede ser restringida por leyes infra-constitucionales, más sí puede ser precisado su concepto y alcance, sin embargo, no basta con acreditar la privación de la libertad y posterior ausencia de una condena pues se permitiría que en todos los casos en que se privara a una persona de la libertad procediera la indemnización, por tanto se precisa como necesario establecer que el daño sea de carácter antijurídico. Como la Constitución no ha privilegiado ningún título jurídico de imputación en aplicación del principio *iura novit curia* y en consideración a los supuestos fácticos, el juez puede acudir al título de imputación que mejor convenga al caso concreto.

La postura que ahora acoge el Consejo de Estado, explica que si bien antes se consideró suficiente la acreditación del daño, ello no indica que no pueda acudirse al régimen subjetivo, se critica de la anterior postura el hecho de que la mera exigencia de la demostración del daño, desnaturaliza los elementos de la cláusula general de responsabilidad relegándose la posibilidad de acreditar la antijuridicidad del daño.

Por tanto, se recoge esta postura para pregonar actualmente que es menester acreditar la antijuridicidad del daño para lo cual debe acudirse a estándares convencionales, constitucionales y legales que admitan excepcionalmente la restricción de la libertad de la persona, en caso de no demostrarse esa situación estaríamos ante un daño antijurídico.

La nueva tesis jurisprudencial afirma que es equivocado sostener que la aplicación de un régimen subjetivo implica realizar un estudio sobre la conducta del agente estatal, pues se olvida que la falla puede presentarse aún sin dolo o culpa grave del funcionario.

Respecto del principio de presunción de inocencia se dijo que éste no está relacionado con la medida preventiva, porque esta garantía permanece incólume hasta que se profiera sentencia condenatoria, por tanto no se

¹⁸ SENTENCIA DE UNIFICACION DE 15 DE AGOSTO DE 2018, CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. RADICACIÓN 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947).

evidencia cómo puede afectarse este principio a partir de la decisión de la privación de la libertad con medida de aseguramiento. Se resalta que mientras transcurre el proceso penal la prueba sobre la responsabilidad es mayor por tanto para la medida de aseguramiento solamente basta la existencia de indicios graves, en consecuencia pueden obrar pruebas para proferir medida de aseguramiento e incluso resolución de acusación pero las mismas pueden no ser suficientes para un fallo condenatorio. Se destaca que otra situación muy distinta ocurre en los casos en que la decisión absolutoria llega como consecuencia de la ausencia total de pruebas contra el sindicado lo que afecta el sustento fáctico y jurídico de la detención. Se señala que la sentencia absolutoria no siempre da cuenta *per se*, de la antijuridicidad de la restricción de la libertad.

De otra parte la sentencia de unificación destaca que el principio de la libertad no es absoluto y deviene en injusto que se condene al Estado al pago de indemnización cuando la restricción estuvo mediada por la legalidad y a pesar de haberse practicado las pruebas, persistan dudas acerca de la participación en el delito y por tanto también se presentan respecto de lo justo o injusto de la privación de la libertad.

En la óptica de la posición que actualmente se recoge, basta que se presente una privación de la libertad y que el proceso no culmine con la condena para proceder con la indemnización a pesar de que la medida se haya ajustado a derecho y sin importar que el daño sea o no antijurídico, por tal motivo la postura que actualmente se acoge obliga al juez a analizar si quien fue privado de la libertad actuó desde el punto de vista civil con culpa grave o dolo.

Además en todos los casos, esto es cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituyó hecho punible o por in dubio pro reo, será necesario hacer análisis sobre el artículo 90 de la Constitución Política, vale decir establecer si el daño es antijurídico y si quien demanda no incurre en ninguna clase de dolo o culpa y finalmente en amparo del principio *iura novit curia* se puede usar el título que se considere pertinente y expresar los fundamentos de la decisión.

3.1. La medida de aseguramiento.

El derecho a la libertad personal no es absoluto, sino que está sujeto a privaciones y restricciones temporales, las cuales deben reunir unos requisitos constitucionales y legales y estas, son llevadas a cabo por esencia en el marco del proceso penal, bajo la forma de sanciones contra el imputado, como consecuencia de la investigación que se adelanta en su contra. Es decir, dicha afectación a la libertad personal se hace a través de decisiones cautelares, denominadas medidas de aseguramientos o de internamiento en el caso de los infractores menores de 18 años de edad, decretadas con fines preventivos.

Las medidas de aseguramiento implican la privación efectiva del derecho a la libertad personal, restricciones a su ejercicio o la imposición de otras obligaciones, con el objeto general de garantizar el cumplimiento de las

decisiones adoptadas dentro del trámite, la presencia del imputado en el proceso y asegurar la estabilidad y tranquilidad sociales, de modo que se contrarresten hipotéticas e indeseables situaciones como producto del tiempo transcurrido en la adopción de la decisión y las medidas de fondo a que haya lugar.

Las medidas de aseguramiento adquieren, sin embargo, una particular incidencia constitucional debido, ante todo, a su capacidad para afectar de manera intensa la libertad personal. El agente sufre un temporal, preventivo y, sin embargo, ostensible impacto en el derecho a su libertad. Por estos innegables efectos, de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia de la Corte, la creación de las medidas de aseguramiento debe ser estrictamente excepcional y se encuentra sometida a un conjunto de límites, diseñados en orden a salvaguardar el principio de la dignidad humana y la prevención del exceso en su utilización¹⁹.

Además de los fines constitucionales antes citados, son necesarios algunos requisitos objetivos, el primero de ellos de carácter probatorio:

“... cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga...” (Artículo 308 de la ley 906 de 2004).

El segundo, dado por la calidad del delito y el monto de la pena mínima. (Ver artículo 313 de la ley 906 de 2004) para aplicar una medida de aseguramiento no privativa de la libertad, es necesario que la pena mínima sea inferior a cuatro años o no tenga señalada pena de prisión. (Ver artículo 315 de la ley 906 de 2004).

El requisito objetivo no es más que un presupuesto legal de ineludible cumplimiento que por lo demás generalmente se cumple por parte de los operadores judiciales. Lo que obliga a hacer más exigente el juicio de fiscales y jueces en este punto responde a que la jurisprudencia del contencioso no solamente atiende al punto de legalidad, sino de “privación injusta”. Así, por ejemplo, la decisión de la Sección Tercera, de 28 abril de 2005. Expediente 15348. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio establece a este respecto:

“En síntesis, considera la Sala que quien haya sido privado de la libertad de manera preventiva y absuelto en sentencia ejecutoriada o en providencia que disponga la terminación del proceso, tiene derecho a la indemnización de perjuicios que la medida le haya causado, siempre que ésta haya sido injusta, calificación que puede provenir, entre otros eventos, de cuando la medida se profirió desatendiendo las disposiciones que sobre la materia establece la ley o cuando el proceso

¹⁹ Sentencia C-469 de 2016.

termine con absolución o su equivalente, porque el hecho no existió, o el sindicado no lo cometió, o el hecho no era constitutivo de delito; o haya sido irrazonable porque el juicio sobre su procedencia según los parámetros de la ley no correspondan con la prueba que obraba en el proceso penal; o injustificada porque aunque se hubiera proferido inicialmente conforme a los parámetros legales, excedió el plazo razonable; o sea desproporcionada su duración en consideración al delito de que se trate; o porque, de acuerdo con las circunstancias específicas del asunto, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, el particular que fue objeto de la medida privativa de la libertad no estaba en el deber jurídico de soportarla, conforme se hace evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio”.

En consecuencia, si ubicamos las discusiones en el plano estrictamente penal el examen que arroja esta apreciación implica que los juicios de adecuación, imputación y autoría deben estar plenamente soportados por cuenta del fiscal al momento de hacer la solicitud lo que impondría un examen más exhaustivo del juicio de tipicidad penal.

4. El caso concreto.

Pretende la parte demandante, que se declare la responsabilidad administrativa de las entidades demandadas, por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, dentro del proceso penal bajo el radicado interno N° 190016000602201203163, N.I. 8842.

Entrevista FPJ-14 de fecha 01 de mayo de 2012²⁰, mediante la cual la señora MARIA EUGENIA MERA SAMBONI, relata los hechos ocurridos el día 01 de mayo de 2012, con el fin de hacer el esclarecimiento de una conducta punible de la que fue víctima de homicidio el adolescente OSCAR DAVID MERA ESPAÑA.

yo me desperté como a las 5:55 de la mañana y le dije a mi marido JORGE HUBER TULANDE que le había cogido la tarde, cuando yo dije eso a mi esposo él se levantó y se metió al baño, yo escuchaba que afuera en la calle habían unas personas alegando y decían “este hp es” y de un momento para otro se escucharon como 5 disparos, apenas se escuchó eso, mi hijo YEFERSON EDUARDO MERA SAMBONI salió a la calle a mirar y ahí mismo salí yo con él, cuando una señora la cual no sé cuál es el nombre gritaba que un muerto, entonces mi hijo me dijo mamá es el indio al que le dispararon, mi hijo lo reconoció por una sudadera de color blanca con unas líneas negras marca Adidas, ahí mismo mi hijo salió corriendo hasta donde estaba el indio para ayudarlo y llevarlo al hospital, ahí salió MANUEL MERA el cual el hermano de la víctima, él lo cogió y lo cargo y salió corriendo con él hasta llegar a la avenida para

²⁰ Folio 75 Cuaderno Principal 1.

coger un carro, cuando yo salí a la calle observe una persona, él se llama EDWAR JOSE IBARRA y tenía un arma de fuego como revolver igual a que tienen los policías de color negra, él estaba vestido con unas botas plásticas de color negras, un jeans azul claro y un buzo gris, él era de una estatura de 1,70 de una contextura acuerpado, de piel trigueña, de cabello corto, de unos 37 años de edad, yo a él lo distinguía porque en la calle octava conocida como los incapacitados, él vivía en una casa de número 46-07 desde hacía 3 meses, él vivía ahí con una mujer pero no sé quién es, cuando este señor EDWAR iba con el arma en la mano miraba para toda parte y cuando observo a mi hijo YEFERSON se quiso como devolver y ahí mismo yo cogí a YEFERSON, ese señor EDWAR aceleró el paso y miraba más hacia atrás pero en ningún momento guardaba el arma hasta que llegó a la casa donde él vivía, ahí mismo entró y de inmediato salió con la mujer la cual estaba cubierta con una cobija de color naranja con unas flores rojas, EDWAR empujaba a la señora para que ella caminara más rápido, ahí los estaban esperando en una moto de color blanco con rojo de placas CHB 80, ellos dos se montaron ahí en esa moto, el que estaba manejando la moto estaba vestido de botas negras y chaqueta negra pero no le alcancé a mirar la cara, ya ellos se fueron y nosotros salimos corriendo por el lado de la loma con el finadito, ya llegaron dos motorizados y yo les explique que se fueran por la vía España que era por donde la moto había cogido, este señor EDWAR que yo tengo conocimiento se dedicaba a robar motos por varios puntos de la ciudad, ellos se iban encapuchados y con armas a robar toda clase de moto, a ese señor lo conocían en el asentamiento como el caleño, no tengo conocimiento si él tenía hijos, ese señor EDWAR es consumidor de marihuana ahí es el asentamiento, ese señor EDWAR acostumbra siempre andar con un muchachos conocido como CARLITOS, ellos son muchos pero yo no sé los nombres, ni apodos de ellos, ahí fuimos varios testigos de los hechos JESUS ALBERTO ESPAÑA, mi hijo YEFERSON y JHON FREDI ROSERO, yo estoy en la capacidad de reconocerlo mediante fotografía y en reconocimiento en fila de personas. Pregunta. Tiene algo más que agregar, enmendar o corregir frente a la presente entrevista. Responde, lo único que yo digo es que se le dé completa reserva a esta información que les doy para que no tomen represalias contra mi familia. (...) Subraya fuera de texto.

Solicitud de audiencia preliminar, presentada por la Fiscalía General de la Nación el día 02 de mayo de 2012²¹, por el delito de homicidio agravado, en contra de los señores EDWUAR JOSE IBARRA BUITRON y CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA.

El día 02 de mayo de 2012, ante Juzgado Cuarto Penal Municipal con funciones de control de garantías²² se llevaron a cabo audiencia pública de legalización procedimiento de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, contra los señores EDWUAR JOSE

²¹ Folio 40 Cuaderno Principal 1.

²² Folio 41-44 Cuaderno Principal 1.

IBARRA BUITRON y CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, por el delito de homicidio agravado. Como observaciones de las audiencias, el Despacho destaca lo siguiente:

Hechos:

El indiciado 1 fue capturado, aproximadamente a las 21:50 horas del día 01 de mayo de 2012 en la Cra. 29-2-124 del Barrio Bosque de Yanaconas de Popayán. El indiciado 2 fue capturado, aproximadamente a las 09:15 horas del día 02 de mayo de 2012 en la Cra. 17 con calle 9 frente a la URI de Popayán; ya que existía una orden de captura de 1 de mayo de 2012 emitida por el Juzgado único promiscuo municipal de Sotará en funciones de control de garantías en contra de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA (orden de captura 001) y EDWUAR JOSE IBARRA BUITRON (orden de captura 002), por hechos ocurridos el 01 de mayo de 2012 en el barrio nueva florida donde resultó muerto el menor OSCAR DAVID MERA ESPAÑA por disparos realizados con arma de fuego.

El Fiscal, solicitó se declare la legalidad de la captura por orden judicial del indiciado (artículo 298 del C.P.P), de conformidad con el artículo 301 numeral 1 del Código de Procedimiento Penal, llevándose legalmente el procedimiento estipulado en los artículos 302 y 303 ibídem. Da traslado de los elementos a la Defensa y Despacho.

El Defensor, no se opone a la legalidad de la captura de sus defendidos.

El Juez declara legal el procedimiento de captura de los indiciados EDWUAR JOSE IBARRA BUITRON y CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, igualmente se ordena la cancelación de la orden de captura No. 001 y 002 de fecha 01 de mayo de 2012 emanada por el Juzgado único Promiscuo Municipal de Sotará en funciones de control de garantías en contra de los indiciados.

Acto seguido, el señor Fiscal realiza la imputación fáctica informando que, de los elementos materiales probatorios, evidencia física y de la información legalmente obtenida, infiere razonablemente que los imputados EDWUAR JOSE IBARRA BUITRON y CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA con coparticipantes del delito de homicidio agravado artículo 103, 104 numeral 7, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones artículo 365 numeral 1 y 5 en su modalidad de porte.

El Despacho, pone de presente el contenido del artículo 8 de la Ley 106 de 2004. La Defensa solicita un receso de 5 minutos para ilustrar a los procesados sobre la figura del allanamiento a cargos.

Los imputados EDWUAR JOSE IBARRA BUITRON y CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA no aceptan los cargos.

El Despacho, les informa que adquieren la calidad de imputados. Queda legalmente vinculado a la investigación. Les queda prohibido enajenar bienes

sujetos a registro durante los 6 meses siguientes.

La Fiscalía, solicita se le dicte medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión contra EDWUAR JOSE IBARRA BUITRON y CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, atendiendo a lo establecido en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 (ley de infancia y adolescencia). Objetivamente se cumple con lo establecido en el numeral 2 artículo 313 CPP. Considera se cumple con el requisito subjetivo, teniendo en cuenta que se encuentran los elementos necesarios para poder hacer una inferencia razonable de que los procesados son coautores de los delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, teniendo en cuenta que se encuentran los testimonios de YEFERSON MERA, JHON FREDY ROSERO MUÑOZ, JESUS ALBERTO ESPAÑA y MARIA EUGENIA MERA que los señalan como partícipes de los hechos o los ubican en la escena. Manifiesta se cumple el requisito constitucional fundamentado en el numeral 2 del artículo 308 y artículo 310.

Considera que los imputados constituyen un peligro para la comunidad, además establece que la conducta es grave por atentar contra el bien jurídico de la vida de un menor de edad, y en cuanto a la modalidad en que ocurrieron los hechos, considera que los imputados actuaron con dolo. Igualmente se cumple con lo establecido en el artículo 310 numeral 2, 5, 6 del CPP. Frente a EDWUAR JOSE IBARRA BUITRON se establece que se cumple con lo establecido en el numeral 3 del artículo 308 y 312 del CPP y numeral 1 del artículo 310. La Fiscalía, manifiesta que la medida es idónea, útil, proporcional y necesaria. Es por ello que solicita que a EDWUAR JOSE IBARRA BUITRON y CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, se les dicte medida de aseguramiento de detención preventiva intramural (literal a, numeral 1 artículo 307 CPP).

La Defensa, manifiesta que no hay una inferencia razonable de autoría la cual queda desvirtuada con las entrevistas rendidas por YACKELINE ROSERO MUÑOZ quien es la madre de JHON FREDY ROSERO y manifiesta que su hijo al momento de rendir declaración se encontraba bajo los efectos de sustancias alucinógenas, entrevista a PAULO ANDRES LOPEZ VELAZCO quien manifiesta ser testigo presencial de los hechos y no señala como autor a CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA a los imputados; entrevista a JULIO GONZALO FAJARDO que señala que el imputado CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA no fue quien cometió el homicidio de OSCAR DAVID MERA ESPAÑA. Entrevista a MARIA QUIÑONES, quien manifiesta que EDWUAR JOSE IBARRA BUITRON estaba con ella en Cali en el momento de la ocurrencia de los hechos, presenta unos tiquetes de viaje para corroborar los hechos. Momento de la ocurrencia de los hechos. Se opone a la solicitud de medida de aseguramiento de detención preventiva intramural y solicita no se imponga ningún tipo de medida de aseguramiento. Corre traslado de los elementos materiales probatorios.

La Fiscalía, encuentra inconsistencias en las entrevistas presentadas por la Defensa, considera que no generan duda frente a la inferencia razonable. Frente al testimonio de la señora YACKELINE ROSERO MUÑOZ, manifiesta que

con él no se desvirtúa lo dicho por JHON FREDY ROSERO. Manifiesta que los tiquetes de viaje que presentan tienen inconsistencias, el testimonio de MARIA QUIÑONEZ no se puede tener en cuenta por ser la esposa del imputado. El entrevistado JULIO GONZALO FAJARDO no fue testigo presencial. La entrevista a PABLO ANDRES LOPEZ VELAZCO tampoco es creíble teniendo en cuenta que él vive en el lote 29 cuando los hechos ocurrieron en frente del lote 129. Considera que no se ha desvirtuado la inferencia razonable.

El señor Juez entra a analizar la imposición de una medida de aseguramiento, objetivamente es un delito investigable de oficio, con una pena superior a los 4 años (numeral 2 art 313 CPP), frente al aspecto subjetivo hay una inferencia razonable de autoría que establece el artículo 308 del CPP. Frente a los testimonios traídos por parte de la Fiscalía, se considera que los testimonios rendidos por YEFERSON MERA y JHON FREDY ROSERO llenan los requisitos de legalidad, en sus testimonios identifican plenamente a EDWUAR JOSE IBARRA BUITRON y CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA. Frente a la entrevista que presenta la Defensa de la señora YACKELINE ROSERO MUÑOZ no se observa que ella desmienta el testimonio dado por su hijo. La entrevista de PAULO ANDRES LOPEZ VELAZCO lo ubica a él en un lugar diferente al de la ocurrencia de los hechos. El testimonio de MARIA QUIÑONES debe ser analizado con cuidado, teniendo en cuenta que es la compañera de EDWUAR JOSE IBARRA BUITRON. Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que existe una inferencia razonable de autoría. En cuanto al hecho de poner en peligro a la comunidad se establece con claridad. Frente a los aspectos de modalidad y gravedad establece que la conducta es grave por atentar contra el bien jurídico de la vida realizado con un arma de fuego en coparticipación en donde resultó víctima un menor de edad. Se observa que los imputados si ponen en peligro a la comunidad, además el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 prohíbe cualquier tipo de beneficio y establece que la medida de aseguramiento sea de detención preventiva en centro de reclusión por la calidad de la víctima que es un menor de edad. Razón por la cual el Despacho impone la medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario a EDWUAR JOSE IBARRA BUITRON y CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA.

Boleta de encarcelación o detención No. 40, de 02 de mayo de 2012²³, mediante la cual, el Juzgado Cuarto Penal Municipal con funciones de control de garantías de Popayán Cauca, impone medida de aseguramiento de detención preventiva intramural dentro del proceso de la referencia en el Establecimiento penitenciario de alta y mediana seguridad y carcelario de alta seguridad de Popayán al señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, por el delito de homicidio agravado.

Cancelación de orden de captura 001 de fecha 01 de mayo de 2012²⁴, emanada por el Juzgado único Promiscuo Municipal de Sotará en funciones de control de garantías, solicitada por el Fiscal 005 en turno de URI de Popayán contra CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, por el delito de homicidio agravado.

²³ Folio 45 Cuaderno Principal 1.

²⁴ Folio 46 Cuaderno Principal 1.

El día 12 de junio de 2012, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías²⁵, se llevó a cabo audiencia de solicitud de revocatoria de medida de aseguramiento, de la que se destacan las siguientes observaciones:

El Defensor solicita la revocatoria de Medida de aseguramiento con base en el artículo 318 del CPP, proferida contra el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, en razón a que las entrevistas rendidas por los señores JULIO FAJARDO, PABLO A. LOPEZ V., JAQUELINE ROSERO y los menores de edad JHON F. MUÑOZ ROSERO, JEFERSON E. MERA SAMBONI, se deduce que las características morfológicas de los sujetos que atendieron contra la vida del sujeto apodado como “el indio”, no corresponden a las de su defendido CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, por tal motivo solicita la libertad de su prohijado. A su turno el señor Fiscal dice que no se opone a la pretensión de la Defensa pues considera que, con las entrevistas traídas por la Defensa, unidas a las recolectadas por la Policía Judicial desde el momento de los hechos, las descripciones físicas de los autores del delito no coinciden con las del señor IJAJI BONILLA, existiendo por lo tanto una duda respecto a la participación del citado imputado en los hechos investigados, por lo tanto, no se opone a la pretensión del defensor del imputado.

La señora Juez analiza las diferentes intervenciones y los elementos de prueba aportados por la Defensa en la audiencia y los elementos probatorios recaudados por la Fiscalía con posterioridad a la imputación, concluye que efectivamente existe duda respecto a la intervención de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA en los hechos en que perdió la vida OSCAR MERA ESPAÑA, pues la declaración rendida por un informe presencial de los hechos y que se encontraba en el lugar a donde llegaron los victimarios a rematar a su víctima, da a conocer los rasgos físicos de éstos, los que no coinciden con los del aquí imputado, tampoco IJAJI BONILLA fue reconocido por dos testigos presenciales, en la diligencia de reconocimiento en fila de personas realizada por la Fiscalía, pruebas que han sido aportadas después de haberse proferido la medida de aseguramiento. Por tal motivo se revoca la medida de aseguramiento proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con función control de garantías, el 2 de mayo de 2012, en contra de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA y se ordena su libertad inmediata, girando para ello la boleta No. 083 dirigida ante el director de la Policía Nacional San Isidro, previniéndolo que se encuentra legalmente vinculado a esta investigación y debe comparecer a la Fiscalía o a la autoridad que este conociendo de la misma. Esta determinación se notifica en estrados y contra ella no se interponen recursos. (...)

Oficio No. 2383, de día 16 de julio de 2012, mediante el cual se informa sobre la revocatoria de medida de aseguramiento realizada por la Juez Primero Penal Municipal de Popayán con funciones de control de garantías el día 12

²⁵ Folio 49- 50 Cuaderno Principal 1.

de julio de 2012²⁶, interpuesta por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Popayán con funciones de control de garantías al señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA.

Escrito de acusación, presentado por la Fiscalía General de la Nación el día 24 de julio de 2012²⁷, en contra del señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, consagrando en el acápite de los hechos lo siguiente:

Ocurridos el pasado 1 de mayo de 2012 aproximadamente a las 6:00 horas del día frente al lote 129 por la calle 8 del barrio “Nueva Florida” de Popayán, cuando el adolescente Oscar David Mera España se encontraba en un puesto ambulante de arepas junto a otros jóvenes y se aproximó a ellos una motocicleta con dos ocupantes que al tenerlos al frente, el parrillero identificado como EDWUARD JOSÉ IBARRA BUITRON desenfundó un arma de fuego, la cual disparó contra estas personas en aproximadamente cinco oportunidades, hiriendo gravemente al menor ya referido.

Este joven trato de huir del lugar llegando al inmueble identificado con el número 129 donde cayó; sin embargo, estando tendido en el piso ya gravemente herido junto a los residentes del lugar llegó EDWUAR JOSE IBARRA BUITRON y su acompañante empuñando su arma de fuego que intentó percutir nuevamente contra el herido y contra las personas que se encontraban allí, pero esta dejó de funcionar por lo que decidieron en ese momento huir del lugar.

Los familiares de la víctima teniendo en cuenta que IBARRA BIUTRON conocido con el alias del caleño es vecino del lugar acudieron a su casa para lograr su captura, pero no fue encontrado.

La persona que conducía la motocicleta y que también participó de la conducta punible fue individualizada por los testigos como un amigo de IBARRA BUITRON y también residente en el barrio conocido como “Carlitos” a quien se identificó como CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA.

Finalmente, los familiares de la víctima lo trasladan al centro hospitalario más cercano al que llega ya sin signos vitales y se declara su muerte causada por herida con proyectil de arma de fuego que causó hipovolemia por hemotórax bilateral masivo por laceración de aorta y ventrículo izquierdo; según lo especificado en el protocolo de necropsia del IMCL y CF de la ciudad.

En las labores de actos urgente adelantadas por la policía judicial se logró obtener la declaración de varios testigos presenciales de los hechos con los que se logró la plena identificación e individualización de las dos personas que cometieron el ilícito que acabó con la vida de

²⁶ Folio 51 Cuaderno Principal 1.

²⁷ Folio 52-56 Cuaderno Principal 1.

MERA ESPAÑA y en dicha actuación oportuna se pudo ubicar tanto a CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA y a EDWARD JOSÉ IBARRA BUITRON, en contra de quienes se solicitó la expedición de orden de captura que una vez otorgada se hizo efectiva inmediatamente.

Dejados a disposición de autoridad competente, IJAJI BONILLA e IBARRA BUITRÓN fueron presentados por la Fiscalía ante el Juez de control de garantías quien declaró legal el procedimiento de aprehensión e impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad de la libertad en centro carcelario, luego de avalar la formulación de imputación en su contra como coautores penalmente responsables de la conducta punible de homicidio del artículo 103 con circunstancias de agravación del número 7 del artículo 104 del código penal en concurso con la condena de fabricación, tráfico porte o tenencia de armas de fuego, accesorios parte o municiones con circunstancias de agravación de los numerales 1 y 5 del artículo 365 del Código Penal, cargos frente a los cuales los imputados, en compañía de su defensa técnica, manifestaron no allanarse.

Por tanto, estando dentro del término legal para ello, se presenta ante el Juez conocimiento asignado a esta causa, el presente escrito de acusación en contra de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA y EDWARD JOSÉ IBARRA BUITRÓN como presuntos coautores penalmente responsables del delito de homicidio agravado con pena de prisión de 33 años 4 meses a 50 años de prisión en concurso con el delito fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego accesorios parte o municiones agravado con pena de 18 años a 24 años de prisión. (...)

El día 27 de septiembre de 2012, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento Popayán Cauca²⁸, se llevó a cabo audiencia pública de formulación de acusación contra los señores EDWUAR JOSE IBARRA BUITRON y CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, por el delito de homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, destacando lo siguiente:

La Juez verifica la asistencia de las partes intervinientes. Se hicieron presentes el señor Fiscal, el imputado EDWUAR JOSE IBARRA BUITRON, quien se encuentra privado de la libertad, el imputado CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, quien se encuentra en libertad y los Defensores.

(...) Se concede el uso de la palabra a la Fiscalía para que proceda a verbalizar la acusación la cual queda registrada en el audio, de lo anterior no encuentra reparo la defensa.

El día 05 de diciembre 2012, ante la Juzgado Primero Penal del Circuito de Popayán con funciones de conocimiento²⁹, se llevó a cabo audiencia pública

²⁸ Folio 57-58 Cuaderno Principal 1.

²⁹ Folio 59- 64 Cuaderno Principal 1.

preparatoria, contra los señores CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA y EDWAR JOSE IBARRA BUITRON, por los presuntos punibles de homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. Destacando lo siguiente:

Los Defensores manifiestan que la Fiscalía entregó los elementos solicitados fueron entregados. La Defensa de CARLOS IJAJI, manifiesta que corrió traslado de los elementos materiales probatorios que tenía en su poder, y enuncia los testigos a los cuales hace referencia los elementos entregados a la Fiscalía. La Defensa de EDWAR IBARRA, manifiesta que para efecto de refrescar memoria unas declaraciones notariales y extra juicio de las entrevistas que se solicitaran, testimonios y pruebas documentales.

La Fiscalía y los Defensores enuncian los elementos materiales probatorios, elementos físicos e información legalmente obtenida que se pretenderán como pruebas en la audiencia de Juicio Oral.

La Fiscalía y la defensa acordaron 9 estipulaciones probatorias, soportadas con sus respectivos medios de conocimiento para acreditar el hecho probado. Acto seguido, el Juez le pregunta a los coacusados si hay posibilidad de aceptar cargos, quienes responden de manera negativa.

Constancia de día 5 de diciembre de 2012³⁰, suscrita por la Fiscalía mediante la cual se hace la descripción de las estipulaciones probatorias a las que han llegado con la Defensa de los señores EDWARD JOSE IBARRA BUITRON y CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, así:

1. *Hecho que se prueba: la muerte, la causa y el elemento causal (arma de fuego) de OSCAR DAVID MERA ESPAÑA, soportado con los siguientes documentos:*
 - a) *Informe pericial de necropsia No. 2012010119001000109.*
 - b) *Copia del registro civil de defunción.*
 - c) *Inspección técnica a cadáver de OSCAR DAVID MERA ESPAÑA con su respectivo álbum fotográfico.*
 - d) *Reporte triage e historia clínica.*
2. *Hecho que se prueba: Plena identificación de la víctima OSCAR DAVID MERA ESPAÑA, soportado con los siguientes documentos:*
 - a) *Cotejo dactiloscópico de necrodáctilia y la tarjeta de identidad.*
3. *Hecho que se prueba: La plena identificación e individualización de los acusados CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA y EDWARD JOSE IBARRA BUITRON, soportado con los siguientes documentos:*

³⁰ Folio 69-70 Cuaderno Principal 1.

- a) Copias tarjeta alfabética de cedulación a su nombre.
 - b) Copias de la cédula de ciudadanía a su nombre y con número 1.061.714.985 y 76.284.058 respectivamente.
 - c) Informes de arraigo socio económico y familiar de los acusados.
4. Hecho que se prueba: que EDWARD JOSE IBARRA BUITRON posee antecedentes penales, soportado con los siguientes documentos:
- a) Certificados antecedentes de la SIAN Oficio No. 5823 del 10 de diciembre de 2010, remitido por el funcionario HOMERO E. CAICEDO VALENCIA, responsable del punto de registro del Sistema de Información de Antecedentes Nacional (SIAN) de la Fiscalía general de la nación.
 - b) Reporte de la Policía Nacional.
 - c) Copia de la sentencia condenatoria.
5. Hecho que se prueba: Que CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, no posee antecedentes penales, soportado con el siguiente documento:
- a) Certificados antecedentes de la SIAN.
6. Hecho que se prueba: Que los hechos sucedieron en el barrio Santo Domingo sabio de la ciudad de Popayán, frente al lote 129 calle 8B Nueva Florida, soportada a través de las siguientes documentes:
- a) Acta de inspección a lugares.
 - b) Álbum fotográfico.
7. Hecho que se prueba: Que los acusados no están autorizados para portar armas de fuego, soportando con el siguiente documento:
- a) Certificado brigada 29 del Ejército sobre inexistencia de permiso o autorización para porte de armas en cabeza de IBARRA BUITRÓN e IJAJI BONILLA.
8. Hecho que se prueba: La muerte y fecha en que falleció el señor SANTIAGO GARCIA, soportado en el siguiente documento:
- a) Copia del registro civil de defunción.
9. Hecho que se prueba: La existencia de una investigación penal por el hurto en la residencia del señor EDWARD JOSE IBARRA BUITRON, soportado con el siguiente documento.
- a) Constancia expedida por la Fiscalía 11 local de Popayán.

El día 14 de marzo de 2013, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de

Popayán con funciones de conocimiento³¹, se llevó a cabo audiencia de juicio oral, destacando que los acusados no aceptan cargos

Se inicia la etapa probatoria, el día 25 de marzo de 2014, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Popayán con funciones de conocimiento³², se celebró audiencia de continuación de juicio oral. Destacando lo siguiente:

El Despacho incorpora las 3 evidencias al proceso pruebas.

Se inicia la etapa probatoria: la Fiscalía llama su primer testigo de la SIJIN WILDELMAN ANDRES PENAGOS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.064.426.524, manifiesta que trabaja en la SIJIN metropolitana y es patrullero, dentro de la SIJIN es investigador del grupo homicidios, laborando hace 4 años y 1 mes. Recuerda que le tomó entrevista a la señora MARIA EUGENIA MERA SAMBONI y narra lo referente a la misma.

El apoderado del señor EDWAR IBARRA, manifiesta que la señora MARIA EUGENIA MERA SAMBONI, ya había declarado que los funcionarios de policía le decían que dijera que era el de la cédula, es más aumentaron al documento, el testigo, manifiesta que no tiene conocimiento de lo manifestado y que no se le aumentó a la declaración realizado. Manifiesta que los testigos que residen en ese sector se pueden manipular al ser un sector bastante conflictivo.

Manifiesta que la señora MARIA EUGENIA MERA, no es testigo presencial, pero que observa a la persona que lleva el arma de fuego en su mano, respecto al joven Carlitos, manifiesta la entrevistada que solo frecuentaba al joven Carlitos.

La Fiscalía solicita que explique por qué llega a la conclusión que los testigos del sector se pueden manipular, lo que el testigo responde que conoce el sector al ser bastante conflictivo y de respeto para ingresar, incluso como miembros de la Policía Nacional, toda vez que no son bien recibidos y suelen amenazar a testigos presenciales, señala que la señora no pudo ser manipulada por parte de los policías que la transportaban al tener todo muy claro en su declaración y en ningún momento se coaccionó para que dijera lo que había ocurrido en los hechos.

El apoderado del señor CARLOS IJAJI, hace uso del redirecto, preguntándole al testigo si en entrevista realizada a la señora MARIA EUGENIA MERA SAMBONI, manifiesta haber observado al señor CARLOS IJAJI “Carlitos”, respondiendo que, en la entrevista, la entrevistada solo informa que la persona siempre frecuentaba con él, más no dice si se encontraba exactamente para ese día de los hechos.

Segundo testigo: investigador LUIS GUILLERMO MARTINEZ, identificado con

³¹ Folio 67-68 Cuaderno Principal 1.

³² Folio 71-73 Cuaderno Principal 1.

cédula de ciudadanía No. 10.296.904 expedida en Popayán, la Fiscalía antes de recepcionar a su tercer testigo manifiesta que obra ya como prueba el ciudadano JHON FREDY ROSERO MUÑOZ, según testigos de los hechos tomado el mismo día de petición que se hace de conformidad con el artículo 438 del CPP, toda vez que estaríamos en una de las causales como la admisión excepcional de la prueba de referencia ya que su declarante falleció y rindió una declaración fuera de juicio y para ello tenemos el investigar LUIS GUILLERMO MARTINEZ, testigo que recepcionó dicha entrevista que ocurren lo mismo solicita la Fiscalía que ese medio de prueba consta en una declaración sea tomado como prueba de referencia. Manifiesta que la comunidad había ingresado a la vivienda del señor conocido con el alias de “el caleño”, porque la comunidad había ingresado a la casa y había encontrado un documento del señor BUITRON, señala que en ningún momento les insinuaron a los testigos lo que debían manifestar. Señala que le rindió la entrevista de JHON FREDY ROSERO, procediendo a leer lo manifestado por el testigo en la entrevista rendida en los siguientes términos: *“en ese momento miro a dos sujetos que venían en una motocicleta pequeña de color roja, que venían hacia nosotros de frente, cuando la motocicleta se acerca miro que CARLOS BONILLA, alias “Carlitos” estaba manejando la motocicleta, conozco a Carlitos desde hace 5 años porque vive en el mismo barrio y también miro al parrillero que era alias “caleño” lo conozco hace 3 meses, también vive en el mismo barrio que yo vivo, en ese momento miro a alias Caleño bajarse de la motocicleta, caleño tenía una arma de fuego en sus manos y le comienza a disparar a España, en ese momento que alias caleño le hacia el primer disparo a España, yo salí corriendo a esconderme a mi casa por miedo de que me fuera a matar, mientras corría escuche varios disparos, me quite la chaqueta y volví a salir a ver como estaba el indio, pero el hermano del indio, JOSE MANUEL MERA lo tenía cargado y lo llevaba hacia La vía principal para subirlo a un carro y llevarlo al hospital Susana López. Después de que se llevaron al indio me fui para mi casa a dormir, luego me dice el tío del indio que mi parcero había muerto, no recuerdo cómo se llama el tío del indio, alias Carlitos cuando lo vi, él vestía una chaqueta blanca con rojo y tenía una gorra, de estatura bajita, de contextura delgada, trigueño, de cabello corto. Alias caleño tenía una chaqueta color negra, de contextura delgada, de estatura alta, de piel trigueña, de cabello corto. Estos dos sujetos no tenían cascos, no tengo conocimiento si OSCAR MERA tenía problemas con estos sujetos o si les debía plata, cuando alias caleño le disparó al indio se encontraba en una distancia de unos 4 metros de distancia aproximadamente.”*

La Defensa del señor IBARRA, señala que el joven JHON FREDY rindió una entrevista y es cierto que él falleció, pero que él de manera informal, ante su oficina, rindió una declaración donde puso su huella, de manera anticipada, en donde tiene documento, que no fue suscrito ante un defensor de familia como lo ordena el código de menores porque la solicitud hecha a la defensoría del pueblo la colaboración de un psicólogo no se pudo obtener. Como prueba sobreviviente y como prueba de referencia, se tenga la declaración realizada por el joven en mención, donde pone su huella dactilar y desmiente todo lo de la declaración rendida, todo eso como garantía.

El Juez, toma como evidencia el documento mencionado por la fiscalía y ordena su valoración conforme al artículo 438 del CPP, ante la acreditación del fallecimiento del testigo.

El testigo, manifiesta que no tiene conocimiento si encontraron evidencias, porque se encargó de los testigos.

Señala que en el momento en que llegó al lugar de los hechos la comunidad estaba enfocada contra la casa de “el caleño”, y que de alias “Carlitos” se enteró al momento de la entrevista. Aproximadamente hay 700 y 800 metros entre el lugar de los hechos y la casa de “Carlitos”, manifiesta que observa al indiciado CARLOS IJAJI con piel blanca.

Tercer testigo, YEFERSON EDUARDO MERA SAMBONI, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.061.777.309. La Fiscal solicita que se suspenda la audiencia, toda vez que su último testigo de cargo es clave para la tesis de la Fiscalía ya que este es quien rinde la entrevista. Los defensores no se oponen manifiestan que es un testigo común para los intereses de las partes. El señor Juez accede a la petición de la Fiscalía para posteriormente recepcionar los demás testimonios y los testigos de la Defensa y suspende la audiencia. Procede a oficiar al señor YEFERSON EDUARDO MERA SAMBONI, para que comparezca a las 2:00 pm y advierte que no va a ordenar conducción ya que no cuenta con seguridad y va en contra del estado de locomoción del nombrado.

Relata los hechos referentes a la muerte de OSCAR ESPAÑA, manifiesta que le contaron quien le había disparado.

La persona que estaba esperando en la motocicleta al “Caleño” físicamente era una persona alta, acuerpada grande, gordo, blanco.

Manifiesta que el día de los hechos se levantó cuando escuchó los 5 disparos y salió, escuchó a la señora que vendía arepas decir que habían matado a una persona, y él se quedó parado observando. Manifiesta que no vio el momento preciso en el que le dispararon a OSCAR ESPAÑA, solamente escuchó los disparos y que quien le disparó las heridas fue “lucumi”, cuando salió de su casa, la moto ya estaba parqueada en el lugar de los hechos, esperando, pero la motocicleta no pasa por su casa. Posteriormente vio al caleño caminando por su casa. Cuando salió vio al hermano de OSCAR ESPAÑA que lo llevaba cargado, salía de su casa que queda a 2 metros del lugar donde estaba el occiso.

Manifiesta conoce al señor IJAJI hace mucho tiempo, que no lo vio en el sitio de los hechos y manifiesta que no lo vio subido en ninguna motocicleta.

El día 25 de septiembre de 2014, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de

Popayán con funciones de conocimiento³³, se llevó a cabo audiencia pública de continuación de juicio oral. Destacando lo siguiente:

La Defensa llama a su primer testigo: JOSE ANTONIO PERAFAN, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.761.219 expedida en Socorro.

Manifiesta que se dedica a trabajar en lo que le salga, que no tiene antecedentes penales y que distingue al señor EDWAR BITRÓN hace 5 años, que han sido conocidos, amistosos y que ha tenido pocos negocios con él, que en el año 2012 le arrendó una casita al señor BUITRÓN, en el barrio Santo Domingo segunda etapa y que dicho contrato duró 15 días, se terminó porque tuvo un problema ahí y fue llevado hasta la fecha a comparecer en el proceso y que hasta ahí duró el contrato, no completando mes. Residía con la señora YAMILETH. Manifiesta que rindió declaración ante notario sobre los puntos mencionados, así mismo, señala que el día antes de los hechos se encontró con la señora Gloria y averiguó que EDWAR se encontraba en Cali el día antes tipo 7 de la noche.

La Fiscalía procede a Contra interrogar al testigo, el cual manifiesta tuvo conocimiento de que el señor EDWAR se encontraba en Cali el día antes.

Segunda testigo: MARIA YAMILETH QUIÑONES BUENO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.143.924.999 de Cali (V), manifiesta que es la compañera permanente de EDWAR IBARRA, que es auxiliar de enfermería, que conoce al señor IBARRA porque es su compañera permanente desde hace 5 años, que tienen un hijo de 3 años de edad, señala que el día de los hechos estaban en un velorio en la ciudad de Cali, salieron de Popayán a las 6:30 y llegaron a las 10 el día 30, siendo las 11 llegaron al velorio de su amigo, el señor IBARRA se encontraba tomando con los familiares del fallecido, manifiesta que se retiró del velorio a las 2 de la madrugada del día 1 de mayo, en compañía de su hijo. Señala que EDWAR, se quedó con su mamá y unos amigos, hasta las 5 de la mañana cuando ella se levantó a hacerle comida al hijo, y cuando llegó se acostó hasta las 6:30 y 7:00 de la mañana que lo llamaron para informarle que unos señores habían ingresado a su casa para hurtarla, en ese momento se arreglaron para dirigirse al terminal, llegando a las 10:00, saliendo a Popayán a las 12:00, dirigiéndose al lugar de los hechos y que una amiga les había informado que no fueran para allá porque unos jóvenes estaban tirando piedras y diciendo que una persona que había salido de su casa había asesinado a un joven, dirigiéndose a un CAI y a la URI, donde rindió su declaración y el policía le dice que no podía ir hacia su casa porque la gente del lugar estaba diciendo que había cometido un homicidio porque el joven había aparecido muerto, posterior a eso, dos policías los llevaron hasta Yanaconas donde la hermana de EDWAR, después de 15 minutos volvieron y le dijeron que tenían la cedula de EDWAR, cuando él bajó le colocaron las esposas y lo subieron al vehículo, informándole que tenían orden de captura por cometer el homicidio, siendo las 8:15. Manifiesta lo relacionado con la

³³ Folio 78-80 Cuaderno Principal 1.

denuncia realizada por el hurto en su lugar de residencia.

La Fiscalía con efecto de impugnar credibilidad solicita autorización para que la entrevista rendida por ella misma sea puesta a disposición de la testigo, la testigo narra lo relatado en la entrevista realizada y lo referente al velorio al que asistieron.

La defensa hace uso del re directo, en el cual hacen alusión a documento de registro civil de defunción y lo referente al fallecimiento del REITER LARGACHA.

Tercer testigo: el procesado: EDWAR IBARRA BUITRON, manifiesta que se dedica a ser conductor y en la ciudad de Popayán es mototaxista, es conocido como “lucumi”, para el amanecer del día 30 de abril a la madrugada del día 01 de mayo de 2012, se encontraba durmiendo, en la casa de su suegra en la ciudad de Cali, residía para la época en la ciudad de Popayán y se encontraba en la ciudad de Cali porque un amigo de su esposa había fallecido, acompañándola a la ciudad de Cali para el velorio de su amigo, llegando a dormir a las 4:00- 4:30 a la casa de su suegra, levantándose después de las 7 de la mañana, porque la señora Gloria, les manifiesta que en su casa había habido un hurto, en el que expresa que ingresaron dos policías a su casa y se llevaron una cédula y el pase, posterior a eso, se dirigieron hacia el terminal para regresar a su casa. Cuando regresaron a su lugar de residencia, una amiga les informa que no se acerque a su casa porque había sido apedreada, y le manifestó que se comunicara con don José quien corroboró que unos policías se habían llevado una cédula y su pase, razón por la cual se dirigió hacia el CAI, preguntando por sus documentos, esperando respuesta del funcionario, en ese momento llegó un funcionario de le SIJIN y lo identifica, preguntándole si es alias “el caleño”, llevándolo consigo a las instalaciones de la URI, donde le preguntan por sus documentos, respondiendo que él quería saber qué había ocurrido con su cédula, y le manifiestan que no tienen conocimiento de quien puede tenerla, informándole que no puede ir hacia su casa porque había sido apedreada porque parece ser que a ese lugar ingresó una persona que había cometido un homicidio y que buscara una casa donde se pudiera quedar, le prestan un celular y llama a su hermana para que le dé posada en Yanaconas, llevándolo a la casa de su hermana. Horas más tarde el mismo funcionario lo llama diciéndole que le va a entregar su documento y que si puede salir de la casa de su hermana, en ese momento le informan que ha sido capturado.

(...)

El procesado manifiesta que la persona que cometió el homicidio se llama JORGE IVAN CUASPUD RODRIGUEZ, quien se encuentra detenido en ese centro de reclusión. El abogado defensor de EDWAR IBARRA, manifiesta que cuando su defendido lo llama a comentarle sobre la prueba sobreviniente que hace el interno JORGE IVAN CUASPU RODRIGUEZ, señala que a la defensa le correspondía solicitar dicha prueba en la audiencia preparatoria, pero esta se hizo en el 2012, pero la prueba sobreviniente sucedió en abril de 2014. Sin

embargo, con la prueba sobreviniente, solicita recepcionar dicha prueba. La Fiscalía, manifiesta que en carpeta de la Fiscalía no aparece ningún registro de lo que acaba de mencionar el señor defensor, que solo se da cuenta que solo hasta el día de hoy se viene a dar cuenta de lo dicho por el Defensor, bajo el principio de la lealtad procesal mal haría la Fiscalía de oponerse a mal solicitud elevada por el Defensor, pero solicita se dé un tiempo prudencial en aras de que la Fiscalía haga sus averiguaciones pertinentes de escuchar a los procesados CARLOS MARIO LOPEZ y JORGE IVAN CUASPUD RODRIGUEZ.

El Juez concede la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. La Fiscalía, manifiesta que la víctima fallece por causa de las múltiples heridas causadas por arma de fuego, que los testigos siempre señalaron ver a EDWAR JOSE IBARRA BUITRÓN como quien fuera el sujeto que portaba el arma de fuego el día de los hechos y que los testigos de la defensa no desvirtuaron su responsabilidad en el hecho que se investiga, los indicios son verídicos para incriminar a la persona que se investiga, no obstante que este haya sido vista con un arma de fuego en la mano, en consecuencia solicita al señor Juez, que basado en esas pruebas indiciarias, solicita al Juez de la causa que al momento de emitir el sentido del fallo esta sea condenatoria en contra de IBARRA BUITRÓN, y que reina la incertidumbre por parte de la Fiscalía en contra de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA la sentencia se absolutoria, defensor de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA solicita que coadyuva la solicitud de la Fiscalía. El defensor de EDWAR JOSE IBARRA BUITRÓN, se opone a la sentencia condenatoria.

Manifiesta que la labor de la Fiscalía fue errada, que el día de los hechos la casa de su defendido fue materia de hurto, que el tío del occiso dijo que un señor que paso le dijo que había sido el caleño y que la causa de la asonada a la casa de su defendido fue por esta razón, manifiesta que en el contrato de prenda no es un requisito sine qua non de exigir documentos de identidad, que cuando entran a la casa del procesado encuentran la cedula en su casa y se la direccionan a la SIJIN, manifiesta que el testigo de cargo es YEFERSON MERA SAMBONI testigo de cargo de la Fiscalía, que cuando llevaban a la señora MERA SAMBONI a rendir la declaración se acuse al de la cédula, que cuando fue traído por la SIJIN dijo presionado que había sido su defendido el que lo había asesinado. Manifiesta que el menor ROSERO, rindió una diligencia a un investigador del abogado de IJAJI, manifestando que CARLITOS, no había estado en el lugar de los hechos, manifiesta que unos MENTECATOS no podrán ser testigos en una sentencia condenatoria, que se de aplicación al principio de la ubicuidad su defendido no podía estar dos veces en un mismo lugar, solicita se dicte una sentencia absolutoria en contra de su defendido no se demostró lo concerniente al artículo 318 del CPP, que como en un principio culparon a CARLITOS y lo absolvieron así pudieron acusar a su defendido. Que lo declare inocente por duda probatoria y se lo condena lo haga por el delito de homicidio simple, de la ira e intenso dolor ya que fue víctima de un hurto. Fiscalía replica lo aludido por el abogado defensor del procesado IBARRA BUITRÓN. La Defensa de CARLOS JOSE IBARRA BUITRÓN replica lo dicho por la Fiscalía, de igual manera se deja constancia que el abogado del señor

CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA no se le concede la palabra ya que el discurso de la Fiscalía gira a que se condene a IBARRA BUITRÓN y que al señor CARLOS ALBERTO IJAJI se lo absuelva, la cual este coadyuvó.

El Juez manifiesta que ha tenido la oportunidad de escuchar los audios suficientemente en efecto manifiesta que tomara en seguida la decisión de dar el sentido de fallo, y procede a hacer una breve sinopsis del debate planteado por parte de la Fiscalía y Defensas. En consecuencia, el señor Juez manifiesta que el sentido del fallo es de carácter Absolutorio a favor de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, no pasa lo mismo con EDWAR JOSE IBARRA BUITRÓN se proferirá sentencia de carácter condenatorio.

(...)

El día 20 de enero de 2015, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Popayán con funciones de conocimiento³⁴, se llevó a cabo audiencia pública de proferimiento de sentencia.

(...)

Tercero: ABSOLVER al señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.061.714.985 expedida en Popayán de los cargos de homicidio agravado y fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones de los artículos 104-7 y 365- 1-5 de Código penal por el que fuera llamado a responder en juicio.

(...)

Sentencia Penal Nro. 1, de 20 de enero de 2015, proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de Popayán- cauca con funciones de conocimiento³⁵, en la que se absuelve al señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, por el delito de homicidio agravado y fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones de los artículos 104-7 y 365- 1-5 de Código penal.

5. La imputación.

Conforme a lo anterior, se acreditó que el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA estuvo privado de la libertad durante un lapso comprendido entre el 2 de mayo de 2012 y el 12 de julio de 2012, y que posteriormente se le revocó la medida de aseguramiento por el delito de homicidio agravado y fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, siendo capturado por orden de captura 001 de fecha 01 de mayo de 2012, según se confirmó en audiencias concentradas adelantadas el 02 de mayo de 2012, donde se legalizó la captura de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA y EDWAR IBARRA BUITRON por el delito en mención y se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

³⁴ Folio 85-87 Cuaderno Principal 1.

³⁵ Folio 88-112 Cuaderno Principal 1.

Lo anterior por los hechos ocurridos el día 01 de mayo de 2012, en el que el joven OSCAR DAVID MERA ESPAÑA, fue herido con arma de fuego por dos personas que se movilizaban en una motocicleta y que posteriormente a raíz de las graves heridas fallece en un centro hospitalario.

El señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, no acepta los cargos y solicita audiencia de revocatoria de medida de aseguramiento, en la cual se le concede el beneficio liberatorio, ordenándose la libertad inmediata.

Conforme a las pruebas antes descritas, procede el Despacho a estudiar si la privación de la libertad a la cual fue sometido el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, se tornó injusta y si hay lugar a algún tipo de reparación por parte de las entidades demandadas, partiendo de que por un tiempo estuvo privado de la libertad en virtud de una medida de aseguramiento de carácter intramural hasta que se le concedió la libertad por revocatoria de la medida de aseguramiento.

Cabe resaltar que en el presente caso y según la postura jurisprudencial vigente, la absolución no conlleva la responsabilidad automática del Estado por privación injusta de la libertad, puesto que es necesario estudiar si se configura el hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad del Estado, así debe corroborarse si CARLOS IJAJI, incurrió en alguna conducta gravemente culposa o dolosa, determinante en la adopción de imponerle medida de aseguramiento. Igualmente, debe establecerse si la imposición de la medida de aseguramiento resultó proporcional y necesaria para el momento de las audiencias concentradas con las pruebas que hasta ese momento se tenían sobre los hechos constitutivos de la conducta punible de homicidio agravado y fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Cierto es que el artículo 250 de la Constitución Política establece que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia. En consecuencia, no podrá suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la Ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado.

No obstante, de lo expuesto no se sigue que en todos los casos en los que la Fiscalía deba ejercer la acción penal, también esté compelida a solicitar medida de aseguramiento restrictiva de la libertad por la mera satisfacción del presupuesto objetivo, pues esta solamente tiene cabida cuando fundadamente se advierte necesaria para conseguir “la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”.

Lo anterior, por cuanto la libertad de las personas -de conformidad con la misma normativa atrás mencionada, entendida en armonía con los artículos 28 y 29 de la Carta Política- es el parámetro general con el que debe adelantarse la actuación penal y su restricción tiene carácter excepcional, como en efecto quedó consagrado en el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal de 2004, al punto que la medida de aseguramiento debe estar acompañada de los elementos de conocimiento necesarios para sustentarla y demostrar la urgencia de su imposición (artículo 306 ídem).

En este orden de ideas, frente a la ausencia de elementos de conocimiento -que permitan advertir que el imputado obstruirá el debido ejercicio de la justicia, o que constituye peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o que no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia-, la Fiscalía debe abstenerse de pedir la restricción preventiva, pues además de que su petición en todos los casos, como lo advirtió el Tribunal, no es lo que ordena el derecho (artículos 250 de la Constitución Política, 2, 295, 296, 308, 309, 310, 311 y 312 de la Ley 906 de 2006), resulta ilógico obligarla a través del delegado fiscal, a formular solicitudes desprovistas de fundamento y en sentido contrario a su convicción basada en los elementos de conocimiento, máxime cuando las víctimas -de acuerdo con el inciso 41 del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal de 2004, modificado por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011 y la sentencia C-209 de 2007- están habilitadas para presentar directamente petición de medida de aseguramiento ante el Juez de Control de Garantías, cuando el Fiscal no lo hace.

De otro lado, un punto de los requisitos para considerar si en un supuesto específico, concurre el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad administrativa, el Consejo de Estado expresó:

“(...) “... la culpa exclusiva de la víctima, es entendida como 'la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado', situación que, de caracterizar gravedad y erigirse en causa del daño, la obliga a asumir las consecuencias de su proceder.

“Se entiende por culpa grave no cualquier equivocación, error de juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, sino aquel comportamiento que revista tal gravedad que implique en los términos del artículo 63 Código Civil 'no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suele emplear en sus negocios propios'.

“Esta Sala de Subsección ha precisado:

'La Sala pone de presente que, la culpa grave es una de las especies de culpa o descuido, según la distinción establecida en el artículo 63 del C. Civil, también llamada negligencia grave o culpa lata, que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa esta que en materia civil equivale al dolo, según las voces de la norma en cita.

Valga decir, que, de la definición de culpa grave anotada, puede decirse que es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones. Es pertinente aclarar que no obstante en el proceso surtido ante la Fiscalía General de la Nación, se estableció que la demandante no actuó dolosamente desde la óptica del derecho penal, no ocurre lo mismo en sede de la acción de responsabilidad, en la cual debe realizarse el análisis conforme a la Ley 270 y al Código Civil³⁶.

“En consecuencia, si el privado de la libertad actuó de manera irregular y negligente y con ello dio lugar al inicio de una investigación penal y a la privación de su libertad, aunque se demuestre que en el curso del proceso penal que su conducta no fue suficiente para proferir en su contra sentencia condenatoria, esa misma actuación, en sede de responsabilidad civil y administrativa, podría llegar a configurar la culpa grave y exclusiva de la víctima, y exonerar de responsabilidad a la entidad demandada, con sujeción a lo prescrito por el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 63 del Código Civil”³⁷.

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 Civil³⁸, la conducta 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”³⁹.

En concordancia con lo anterior, para caracterizar los mencionados conceptos de culpa grave y dolo, la jurisprudencia⁴⁰ ha acudido a los criterios contemplados en el artículo 63 del Código Civil⁴¹, de los cuales se extrae que el primero

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, Rad. 27.577”.

³⁷ Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección C, sentencia del 23 de abril de 2018 (expediente 43.085).

³⁸ “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.

“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”.

³⁹ SENTENCIA DE UNIFICACION DE 15 DE AGOSTO DE 2018, CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. RADICACIÓN 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947).

⁴⁰ Se puede consultar, entre otras, las siguientes providencias: Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente 17933; Subsección B, sentencia de 30 de abril de 2014, expediente 27414; Subsección C, sentencia de 2 de mayo de 2016, expediente 32126B; Subsección C, sentencia de 25 de mayo de 2016, expediente 35033; Subsección A, sentencia de 27 de enero de 2016, expediente 39311.

⁴¹ ARTÍCULO 63. CLASES DE CULPA Y DOLO. 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 aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil 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. // 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

corresponde a un comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, mientras que el segundo se equipara con la conducta realizada con la intención de generar daño a una persona o a su patrimonio.

Asimismo, sobre el primer concepto, el tratadista español Guillermo Cabanellas de Torres, al referirse a la culpa grave precisa que *“no puede ser medida por las consecuencias, sino que ha de apreciarse según la conducta del agente. Consiste esencialmente en un error, en una imprudencia o negligencia tal, que no podría explicarse sino por la necedad, la temeridad o la incuria del agente.”*⁴²

En el caso en concreto según las pruebas aportadas en el plenario, se tiene que CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA fue capturado el día 02 de mayo de 2012, e imputado por el delito de homicidio agravado y fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

De acuerdo a las pruebas antes descritas, la orden de captura se produjo en virtud de solicitud hecha por la Fiscalía 005 en turno de URI de Popayán, según declaraciones rendidos por YEFERSON MERA, JHON FREDY ROSERO MUÑOZ, JESUS ALBERTO ESPAÑA y MARIA EUGENIA MERA, que los señalan como participe de los hechos o lo ubican en la escena.

Según los testimonios rendidos en las audiencias de Juicio Oral, se puede observar que las entrevistas rendidas por informe presencial de los hechos dan inicio a la no inferencia razonable de autoría, tanto así que los Testigos, en audiencia de Juicio Oral manifiestan lo siguiente:

El testigo WILDELMAN PENAGOS, investigador del grupo de homicidios en audiencia de Juicio, tomó la entrevista de la señora MARIA EUGENIA MERA.

En la audiencia se le pregunta si la entrevistada observó al señor IJAJI alias “Carlitos”, respondiendo que solo informa que *la persona siempre frecuentaba con él, más no dice si se encontraba exactamente para ese día de los hechos.*

Así mismo, el investigador LUIS GUILLERMO MARTINEZ recepcionó la entrevista del ciudadano JHON FREDY ROSERO MUÑOZ, quien manifestó que: a alias Carlitos cuando lo vi, él vestía una chaqueta blanca con rojo y tenía una gorra, de estatura bajita, de contextura delgada, trigueño, de cabello corto.

A su vez, el testigo LUIS GUILLERMO señala que: en el momento en que llegó al lugar de los hechos la comunidad estaba enfocada contra la casa de “el caleño”, y que de alias “Carlitos” se enteró al momento de la entrevista. Aproximadamente hay 700 y 800 metros entre el lugar de los hechos y la casa

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.

⁴² Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II C. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2003. Pág. 506 - Citado en: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E) Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 15001-23-31-000-2010-00998-02(48070).

de “Carlitos”, manifiesta que observa al indiciado CARLOS IJAJI con piel blanca.

El testigo YEFERSON EDUARDO MERA SAMBONI, Manifiesta conoce al señor IJAJI hace mucho tiempo, que no lo vio en el sitio de los hechos y manifiesta que no lo vio subido en ninguna motocicleta.

Así las cosas, para el Juzgado no hay duda sobre la existencia del daño alegado, pues se encuentra acreditado que el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA estuvo privado de la libertad dentro de la investigación penal adelantada en su contra por el delito de homicidio agravado, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en el periodo comprendido entre el 02 de mayo de 2012 y el 12 de julio de 2012; sin embargo, la imputación indica que la Fiscalía contaba con los elementos materiales probatorios que le permitían una inferencia mínima de autoría, no solo para efectuar la imputación, sino para haber solicitado la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento de reclusión.

Esta afirmación supone que la detención preventiva, en tratándose de delitos cuya pena mínima es igual o superior a 4 años, tiene lugar con la sola existencia de elementos de convicción que permiten inferir que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga. Sin embargo, como viene de verse, ello no es suficiente, pues también se requiere fundamentación probatoria que permita demostrar la necesidad de la medida de aseguramiento para la satisfacción de alguno de sus fines constitucionales.

Al respecto cabe precisar, que el examinar si un medio legal y constitucional restrictivo de derechos resulta de imposición imprescindible por no existir otro igualmente idóneo que limite menos los derechos constitucionales de cara a conseguir el fin propuesto, no es un juicio de adecuación sino de necesidad lo cual, en el asunto que el funcionario indiciado tuvo que afrontar, exigía determinar previamente si constituía un riesgo para la seguridad de la sociedad o de la víctima.

En palabras de la Corte Constitucional:

“El juicio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa que incorpora exigencias básicas de racionalidad medios – fines, así como una exigencia de justificación de la actividad estatal cuando esta restringe los derechos fundamentales de las personas. La proporcionalidad (...) es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales. El test o juicio de proporcionalidad, quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se

obtienen con la medida enjuiciada. Estas etapas coinciden con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en los cuales la doctrina nacional y extranjera ha descompuesto el juicio de proporcionalidad". (Sentencia C-575 de 2009).

Entonces, el que sea proporcional la medida de aseguramiento, como viene de verse, significa que la limitación del derecho fundamental -la libertad- que implica su imposición, sea: (i) idónea para la satisfacción de alguno de los fines constitucionales que la justifican –seguridad de la sociedad y las víctimas, efectividad de la administración de justicia y comparecencia del implicado-; (ii) necesaria para ese mismo efecto en los términos atrás explicados, y (iii) ponderada, es decir, que la gravedad de su restricción sea de menor o igual entidad en comparación con la satisfacción del principio o los principios que se pretenden beneficiar con los fines fijados.

Como se expuso anteriormente, al inicio de la investigación existía una inferencia razonable para la imputación por el delito de homicidio agravado, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, por los hechos ocurridos el día 01 de mayo de 2012, que permitían establecer la posible autoría del hecho punible teniendo como autores a los señores CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA y EDWAR JOSE IBARRA BUITRON, sin embargo, la misma se fue desfigurando con el transcurso de la investigación, dado que los testimonios rendidos en las entrevistas que abrieron paso a la investigación, presentaban inconsistencias, situación que llevó a inferir que los testimonios no fueron contundentes para establecer la participación del señor CARLOS IJAJI, ni su presencia en el homicidio, pues, como ya se mencionó, los testigos señalaron que la persona que se encontraba en el lugar de los hechos no tiene relación con el hoy demandante, al no coincidir las características morfológicas. Tal y como lo señala la Fiscalía y lo confirma la Juez Cuarto Penal Municipal de Popayán, con funciones de control de garantías en audiencia de revocatoria de medida de aseguramiento, en la que señalan que no existe duda respecto a la intervención de CARLOS IJAJI en los hechos en los que perdió la vida OSCAR ESPAÑA, pues la declaración rendida por un informante presencial de los hechos y que se encontraba en el lugar adonde llegaron los victimarios a rematar a su víctima, da a conocer los rasgos físicos de éstos, los que no coinciden con el imputado, tampoco fue reconocido por dos testigos presenciales en el reconocimiento en fila de personas realizada por la Fiscalía.

Además de lo mencionado es menester anotar que la ausencia de una investigación penal lo suficientemente sólida es causa de la privación injusta.

En este sentido, la legislación procesal penal es clara en exigir construcciones probatorias concretas que deben evaluarse en consideración al delito y a la autoría del sujeto investigado que se asumen bajo las categorías de "indicio grave" (Ley 600 de 2000) o "inferencia razonable" (Ley 906 de 2004).

En consecuencia, los operadores judiciales deben tener en cuenta que nadie está en el deber jurídico de soportar una privación injusta de la libertad, y en

consecuencia, una evaluación probatoria errónea que se fundamenta en una investigación penal débil, obliga a los funcionarios judiciales a hacer un análisis exhaustivo de la prueba necesaria para imponer una medida de aseguramiento y la construcción categórica que proyecta al investigado como penalmente responsable.

Así entonces, un indicio o una inferencia no pueden manejarse como apreciaciones subjetivas de Fiscales y Jueces. Por el contrario, es una labor exigente que requiere profundos conocimientos de lógica, derecho probatorio y claramente derecho penal sustantivo. Quiere decir que se requiere de una apreciación fundada sobre la participación delictual con pruebas igualmente concretas que permitan inferencias de autoría.

La Sala Plena de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado en sentencia del diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013) C.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, unificó su jurisprudencia en cuanto al título jurídico de imputación en los casos de exoneración de responsabilidad en aplicación del principio *in dubio pro reo*, señalando que por regla general, en supuestos en los cuales el sindicado cautelarmente privado de la libertad finalmente resulta exonerado de responsabilidad penal en aplicación del principio *in dubio pro reo*, el régimen de imputación es objetivo basado en el daño especial, luego, procede la responsabilidad estatal pese a que la detención preventiva se ordene con el lleno de los requisitos legales, sin embargo, pese a que no se ha privilegiado ningún título jurídico de imputación en aplicación del principio *iura novit curia* y en consideración a los supuestos fácticos, el Juez puede acudir al título de imputación que mejor convenga al caso concreto, así, en Sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, la postura que actualmente se acoge obliga al Juez a analizar si quien fue privado de la libertad actuó desde el punto de vista civil con culpa grave o dolo; inclusive, la falla puede presentarse aún sin dolo o culpa.

Lo anterior, cobra especial relevancia en punto a la identificación del título de imputación en el cual debe sustentarse la eventual declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, pues la revocatoria de medida de aseguramiento del señor CARLOS ALBERTO IJAJI se fundamentó en la ausencia de elementos materiales probatorios que permitan sostener esa inferencia razonable de que el hoy demandante participó en la conducta delictiva.

En ese orden, la absolución del proceso penal por la ausencia del imputado en los hechos objeto de investigación, defecto en desvirtuar la presunción de inocencia y los medios de convicción que se tuvieron en cuenta para decretar la medida de aseguramiento, son suficientes para la declaratoria de responsabilidad de la Administración, en cabeza de las entidades demandadas de resarcir los perjuicios causados, pues el actor no estaba en la obligación de soportar el daño antijurídico que el Estado le provocó al tener que padecer la limitación a su libertad durante un periodo de más de dos (2) meses y por tanto se concluye que el daño causado a la parte actora por la privación injusta de la libertad del señor CARLOS IJAJI es jurídicamente imputable a las entidades

deprecadas bajo el título de daño especial.

De esta manera, como no se encuentra acreditada causal alguna que exima de responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas y habiendo quedado demostrado el daño antijurídico padecido por el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, además, quienes conforman el grupo familiar demandante, las entidades que están llamadas a responder solidariamente⁴³ la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y la NACIÓN - Fiscalía General de la Nación

No obstante, se aclara que las condenas reconocidas correrán a cargo de la NACIÓN con cargo a los presupuestos de la RAMA JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, en una proporción del cincuenta por ciento (50%) para cada entidad, de tal forma que este porcentaje se fija únicamente para que las entidades repitan entre sí, pero la parte demandante en virtud de la solidaridad podrá acudir a cualquiera de los deudores a cobrar la totalidad de la obligación⁴⁴.

6. Perjuicios reclamados y acreditados.

Previo a determinar la indemnización que les corresponde a los demandantes, se debe establecer la legitimación en la causa por activa de los actores indirectos.

De la prueba documental se tiene:

En la audiencia inicial se acreditó que el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA es hijo de la señora GLORIA NINIA BONILLA.

Así mismo, MILAN MATIAS IJAJI HOYOS y LUIZA FERNANDA IJAJI HOYOS, son hijos de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA.

YEIMI TATIANA MORCILLO BONILLA y RONAL DABI MORCILLO BONILLA, son hijos de GLORIA NINIA BONILLA y por lo tanto son hermanos de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA.

LARRY STEVEN IJAJI HOYOS y CHRISTOPER EVANS IJAJI HOYOS, se demuestra que el primeramente citado es hermano de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA y LARRY Y CHISTOPER son sobrinos de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA.

MARILINDA BONILLA, JESUS ARBEY BONILLA y LUCIA MILEYDI HURTADO BONILLA

⁴³ El Tribunal Administrativo del Cauca en sentencia del 12 de junio de 2014, expediente 20120014802, M.P. NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ, recordó que la responsabilidad en las condenas en que resultan comprometidas varias entidades del Estado es de carácter solidario, lo que significa que el demandante puede hacer exigible la obligación indemnizatoria emanada de una condena judicial, a cualquiera, a varias, o a todas las personas que hubieren participado en el hecho dañoso, sin perjuicio de la facultad de subrogación del deudor solidario en los términos del art. 1579 del C.C.. Además se precisó que en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el criterio jurisprudencial de solidaridad decantado en vigencia del Decreto Ley 01 de 1984, sigue indemne.

⁴⁴ Sobre el tema ver sentencia del Tribunal Administrativo del Cauca del diecisiete (17) de junio de dos mil dieciséis (2016). Magistrado Ponente: NAUNMIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ. Expediente: 19001-33-33-008-2014 00134-01. Demandante: RODRIGO ESTEBAN LÓPEZ LÓPEZ Y OTROS. Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL- FISCALIA GENERAL DE LA NACION. Medio de Control: REPARACION DIRECTA.

son hermanos de GLORIA NINIA BONILLA y por tanto los tres son tíos de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA.

ANGY LEANY BUITRON BONILLA, ASTRID YURANI BUITRON BONILLA, LESLY JULISSA BUITRON BONILLA y DADDYE ALEJANDRO HURTADO BONILLA son primos de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA.

En virtud de lo anterior, se evidencia que las personas antes indicadas están legitimadas en la causa por pasiva en el asunto, ya que se acredita una relación de consanguinidad – parentesco con la víctima directa, sin que esto quiera decir, que por ese solo hecho tengan derecho directamente sobre los perjuicios que reclaman, ya que estos deben probarse.

En la demanda se tiene a la señora YURI FERNANDA HOYOS LASSO como parte actora, actuando en calidad de compañera permanente de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA.

Para acreditar dicha situación se allegó declaración extrajuicio juramentada, realizada por CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA y YURI FERNANDA HOYOS LASSO ante la Notaria primera del Círculo de Popayán el 01 de junio de 2015, en la cual indicaron:

“(...) Convivimos en unión libre y bajo el mismo techo, en forma continua, ininterrumpida y permanente, compartiendo lecho y mesa desde hace once (11) años, existiendo entre nosotros unión marital de hecho vigente, de cuya unión procrearon a LUIZA FERNANDA IJAJI HOYOS identificada con tarjeta de identidad número 1.061.699.665 y MILAN MATIAS IJAJI HOYOS identificado con NUIP 1.061.789.701.” (...)

Además, en audiencia de pruebas, llevada a cabo el día 28 de agosto de 2019 ante este Despacho, se rindió testimonio a los señores EDIER PILLIMUE LIQUITAN indicó que conoce al señor IJAJI porque son vecinos aproximadamente de hace 17 años en el barrio Santo domingo de la ciudad de Popayán. Dijo que el señor Carlos se dedicaba al mototaxismo, y actualmente trabaja en otra ciudad. Afirmó que el grupo familiar está conformado por la mamá su padrastro Eider sus hermanos Ronald y Tatiana. Conoce también a sus primos Leany, Astrid, Julissa, Dary (menor). Dijo que su compañera es la señora Yury y que conviven desde hace 7 u 8 años aproximadamente. Dice que al señor IJAJI lo acusaron de homicidio pero que durante el tiempo de la privación no lo visitó, y que habló con la mama y la esposa y el padrastro y que notó la afectación de la familia, porque el colaboraba en el hogar, porque se afectan los niños y se afectaron los abuelos. Dijo que la compañera era ama de casa.

Dijo que Ronald en este tiempo era bebe. Indicó que por el transporte el señor IJAJI devengaba entre 40 y 50 pesos diarios y que le consta por el diálogo con el demandante pero que no había nada seguro.

Indicó conoce los tíos Marilinda, Arbey y Milady. Repite que la privación del señor IJAJI repercutió en los niños y los abuelos mucho porque él colaboraba y que fueron los abuelos que se hicieron cargo de los niños que son el señor Humberto y Dilubina.

Dijo que visitaba con frecuencia a la familia porque eran vecinos, sabe que se alteraron los niños y a él porque él era alegre. Cuando se le pregunta por los tíos y sobrinos, dice que observó la tristeza más que todo en la mamá y la esposa. Dijo que a él lo señalaron de delincuente, era “como vivir en un rincón” y eso afectó para ocuparse laboralmente, para ocuparse en “oficinas” y eso lo afectó se puso más triste no había forma de apoyarlo moralmente”.

Añadió que cuando se encontraba a los tíos y llegaba al caso de Carlos.

El señor José Eider Morcillo declaró bajo la gravedad del juramento que es maestro de construcción y vive en unión libre con Gloria Nidia Bonilla y que lo que gana lo dedica a su hogar, que reside en el Barrio Santo domingo, dijo conocer al señor IJAJI BONILLA porque es padrastro de Carlos Alberto y que él era mototaxista, y que sostenía a la mujer familia parte de tíos y primos. Afirmó que Humberto Hoyos y Dilubina, eran los padres de la compañera Yury Hoyos y suegro del señor Carlos. Respecto de la afectación indicó que tuvo fue porque él tenía la señora e hijos a cargo de él y los padres de la compañera tuvieron que hacerse a cargo los niños Luiza Fernanda y Milan Matías, respecto de esta familia dijo que fueron afectados que dependía la familia de él.

Dijo que la compañera era ama de casa

Aseveró que el señor IJAJI colaboraba a unos primos y tíos, ellos son: Marilyn Bonilla, quien era ama de casa y convivía con el señor Eider Pillimue, éste último quien también se dedica al mototaxismo; Luisa Miladi es ama de casa, Jesús Arbey quien se dedicaba al mototaxismo o a veces a la construcción y cuyos ingresos los dedicaba a ayudar a los hijos de Carlos Alberto.

En lo que corresponde al tema de la unión marital de hecho, respecto de su demostración, la Corte Constitucional en sentencia T-247 de 2016, preciso lo siguiente:

“(…)

6.2. Sobre el particular, la Corte, en reiterados pronunciamientos[30], ha precisado que, para efectos de demostrar la existencia de la unión marital de hecho, opera un sistema de libertad probatoria en virtud del cual, dicho vínculo puede acreditarse a través de cualquiera de los medios ordinarios de prueba previstos en el CPC, hoy Código General del Proceso, en adelante, CGP[31]. Por consiguiente, al no existir tarifa legal en esta materia, resultan válidos la declaración extrajudio, el interrogatorio 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.

Lo anterior, por cuanto “la unión marital se rige fundamentalmente por los principios de informalidad y prevalencia de la realidad sobre las formas, en tanto la relación emerge y produce efectos jurídicos con la sola voluntad de las personas de construir un proyecto de vida común, sin la necesidad de solemnizar y oponer la convivencia ante la sociedad” [32].

6.3. Sobre esa base, esta Corporación ha diferenciado entre los medios probatorios para acreditar la existencia de la unión marital de hecho – libertad probatoria– y los medios declarativos para los efectos económicos de la sociedad patrimonial, siendo estos últimos los contenidos en el artículo 4º de la Ley 54 de 1990 [33], modificado por el artículo 2º de la Ley 979 de 2005 [34], es decir, (i) escritura pública ante notario, (ii) acta de conciliación debidamente suscrita y (iii) sentencia judicial.

6.4. Así las cosas, para demostrar la existencia de la unión marital de hecho, en orden a lograr consecuencias jurídicas distintas a la declaración de los efectos económicos de la sociedad patrimonial, se puede acudir a cualquiera de los medios ordinarios de prueba previstos en el ordenamiento procesal como lo son los testimonios o las declaraciones juramentadas ante notario [35]. De allí que, exigir determinadas solemnidades para tales efectos, desconoce el principio de libertad probatoria que rige en la materia y, además, vulnera el derecho fundamental al debido proceso de quienes pretenden derivar de ella efectos tales como: reparaciones económicas, reconocimientos pensionales, beneficios de la seguridad social, exención del servicio militar obligatorio, entre otros.
(...).”

En virtud de la sentencia en cita y teniendo en cuenta la declaración extrajuicio antes descrita, en la cual manifiestan que conviven juntos en unión marital de hecho, compartiendo techo, lecho y mesa hace once (11) años de manera permanente e ininterrumpida así como lo que declararon los testigos en audiencia de pruebas, el Despacho dará pleno valor probatorio a dicha declaración extrajuicio.

Así mismo, se tiene en la demanda que el señor JOSE EIDER MORCILLO GONZALES, actúa como parte actora en calidad de padre de crianza del señor CARLOS ALVBERTO IJAJI BONILA.

Respecto a este tema, en la SCE, 11 jul. 2013, rad. 31252, lo referente a los

padres de crianza⁴⁵, señalando lo siguiente:

Según lo precisa la Carta Política en el artículo 42, la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos (v.gr. el matrimonio o la unión marital de hecho), pero lo cierto es que su fundamentación filosófica reside en la solidaridad que se profesan los miembros y los integrantes de ese núcleo. Por lo tanto, es una estructura social que se constituye a partir de un proceso que genera vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus miembros. Por lo tanto, si bien la familia puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor, lo que la estructuran y le brindan cohesión a la institución.

(...)

Así mismo, la familia no sólo se estructura de forma horizontal sino también a nivel vertical, es decir, no sólo surge de los vínculos naturales y jurídicos entre dos personas heterosexuales u homosexuales (familia nuclear), sino que también puede surgir a nivel monoparental (uno de los padres y un hijo(a)), o puede ser analizada de forma extensiva, es decir, la que integran abuelos, padres, hijos y nietos (consanguíneos o de crianza).

(...)

En lo que respecta a la institución de familia biológica no existe dificultad en cuanto a su naturaleza y desarrollo, y en lo que concierne a la de crianza, la jurisprudencia contencioso administrativa ha decantado con suficiencia, su naturaleza, evolución y comprensión. En efecto, en sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 18846, se puntualizó:

“De la prueba obrante en el proceso, se da por acreditada la condición de “hijo de crianza” de Carlos Mauricio Devia Cerquera, respecto a Rafael Antonio Atara Ortiz, y aunque si bien, es sabido que se encuentra legitimado para intervenir o incoar en el proceso de reparación directa, todo aquel que sea perjudicado directo con el hecho dañoso, al margen del *ius sanguinis* o parentesco, encuentra oportuno la Sala esbozar unos leves lineamientos sobre lo que con inusitada frecuencia en nuestra realidad social se denomina “hijo de crianza”. Condición que puede tener origen no del todo en el marco de la solemnidad de la adopción como institución jurídica, sino en la facticidad de las relaciones sociales propias de nuestra cultura. En efecto: “Tomemos ahora latamente esta palabra, y digamos ¿qué es adopción tomada en este sentido general y lato? Respuesta. Es una acción solemne, por la cual se toma el lugar de hijo o nieto a uno que no lo es por naturaleza”. Y no empece a la ausencia del requisito de la solemnidad propio del Derecho Romano en la medida que

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013), Radicación número: 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252).

dicho acto se hacía en presencia del pueblo en los comicios o por la moneda y el peso delante de cinco testigos, no puede dejarse de lado el hecho, de que la familia, aunque se haya iniciado como fenómeno biológico, como unidad reproductiva de los primates, mutó a ser una realidad o categoría social, de allí que como lo enseña el ilustre romanista Lucrecio Jaramillo Vélez:

“Familia en el sentido estricto:

“La familia está integrada por personas sometidas a la potestad *del pater familias* (Ulpiano D. 50, 15, 195, 2) a saber:

“(…) “d) Los hijos adoptivos...”.

“No se confunde desde luego, y se advierte nuevamente, la adopción como categoría jurídica regulada en el ordenamiento propio, con la constatación de una realidad social que es manifiesta en nuestro medio y que se ha conocido como hijos de crianza, cuya naturaleza y características se viene de describir. La realidad social es la que impone ese reconocimiento:

“Pero también, y más importante quizás bajo la óptica de las transformaciones del derecho, esa permeabilización de la familia no se realiza bajo la simple fórmula de la regulación jurídica de un espacio privado. Más que ello incluso, es la invasión de la normatividad familiar (la tradición, que no se consideró jamás jurídica) en el derecho, lo que ha terminado transformado el derecho como tal. “(…)

“Otra de las razones, aunque no una cualquiera por las que la familia es cada vez menos una institución privada políticamente insignificante es porque ha adquirido la función de “conducto regular” que comunica a los individuos con los programas sociales del Estado...

“Es presupuesto de esa función eliminar distinciones de fondo entre familia “legítima” (fundada en matrimonio válido) y las formas de familia de hecho, pues el crecimiento de esta última entre sectores populares así lo exige. La paradoja sirve para entender algunos de los tránsitos del derecho actual: la crisis de la legitimidad jurídica se aprovecha en esta como en muchas otras ocasiones para extender el radio de acción del derecho”.

“Y es en el anterior entendimiento, que, acreditado por cualquiera de los **medios probatorios, la circunstancia o relación de especial afecto y protección que se adjetiva como “hijo de crianza”, lo que permite se infiera de allí el dolor moral padecido por aquél o por el *pater familias*.**” (negrilla fuera de texto).

En otra oportunidad, en relación con un “hijo de crianza”, se reiteraron los planteamientos desarrollados y, adicionalmente, se discurrió sobre el particular de la siguiente forma:

“De otro lado, en relación con los perjuicios reclamados por Eliana Maricela Restrepo Uribe y Arley Alejandro Durán Uribe, se encuentra acreditado a través de los testimonios de los señores Elda Mary Gómez, Hernando de Jesús Cortés Arredondo, y Luz Melida García Gómez **que existía entre aquellos y el occiso una relación fraterna**, motivo por el cual la Sala debe reiterar su línea jurisprudencial referida a que la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la **constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes.** (Negrilla fuera de texto)

En esa perspectiva, es posible hacer referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza”, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales.

Así las cosas, tratándose de perjuicios morales será viable que quien invoque la condición de familiar (consanguíneo, afín, por adopción o de crianza) –del núcleo cercano y en los grados que han sido objeto de presunción por esta Corporación– y lo acredite en el proceso a través de los diversos medios de convicción será beneficiario de la presunción de aflicción que opera para los grados cercanos de parentesco, sin que le sea exigible la acreditación de tercero afectado, es decir, la prueba directa de la congoja y del sufrimiento.

En otros términos, si en el proceso se prueba la condición de familiar de la víctima directa, los demandantes serán beneficiarios de la misma presunción que opera para aquellos que con el registro civil demostraron el parentesco.

Por lo expuesto anteriormente, el Despacho destaca que dentro del proceso puede comparecer en calidad de afectado el padre de crianza. Al respecto el testigo Edier Pillimue, indicó que reconocer al señor JOSE EIDER MORCILLO GONZALES, como el padrastro del señor IJAJI, situación que fue confirmada por el mismo señor Morcillo quien dijo ser el padrastro de la víctima directa. Sin embargo, de la prueba testimonial y la declaración de parte no se puede establecer *las relaciones de afecto y solidaridad*, entre los señores Morcillo e IJAJI, nada de eso refirieron los declarantes. Solo se limitaron a decir que era el Padrastro y que éste convivía con la señora Gloria y sus hijos, se itera no se hizo alusión a la relación de apoyo y solidaridad entre el señor IJAJI y Morcillo

que permita establecer el dolor o aflicción por cuenta de la privación de la libertad y mucho menos que haya ocupado el papel de padre de crianza o que incluso se haya visto afectado moralmente en calidad de tercero.

En la demanda se indica que, KELLY JOHANA HOYOS ORDOÑEZ, en calidad de tercero damnificado, se tiene que a folios 28 de del expediente obra registro civil de nacimiento de Larry Stiven donde se establece que sus padres son Kelly Johana Hoyos y Ariel Enrique Ijaji Bonilla, es decir que es la madre de sobrino del señor CARLOS IJAJI, sin embargo, en el material probatorio que reposa en el expediente no se puede observar afectación alguna sufrida por cuenta de la privación de la libertad.

6.1. Perjuicios inmateriales.

6.1.1. Perjuicios de orden moral.

La apoderada de la parte actora solicita se reconozca por perjuicio a moral a favor de cada uno de los demandantes la suma equivalente a 100 SMLMV, a raíz del profundo dolor moral que padecieron por la privación injusta de la que fue víctima el señor IJAJI BONILLA.

De conformidad con el acervo probatorio se concluye que el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA estuvo privado injustamente de su libertad por medida de aseguramiento por detención en establecimiento de reclusión desde el 02 de mayo de 2012 hasta el día 12 de julio de 2012, es decir por 2 meses y 11 días.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, en sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 36149, C.P. Hernán Andrade Rincón, ha establecido la tasación de los perjuicios morales en caso de PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD a favor del afectado y víctimas indirectas, en cinco niveles diferentes, teniendo en cuenta el período de privación injusta, con el fin de determinar con exactitud los montos a indemnizar.

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Victima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1º de consanguinidad	Parientes en el 2º de consanguinidad	Parientes en el 3º de consanguinidad	Parientes en el 4º de consanguinidad y afines hasta el 2º	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Victima directa	35% del Porcentaje de la Victima directa	25% del Porcentaje de la Victima directa	15% del Porcentaje de la Victima 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

Frente al reconocimiento de perjuicios morales, el Consejo de Estado⁴⁶ ha entendido que es posible presumir estos perjuicios para el caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso. (...).

La jurisprudencia ha entendido que las reglas de la experiencia ponen de presente que normalmente sufren dolor moral los padres, hijos, hermanos, abuelos, con la pérdida de un ser querido, razón por la cual es posible presumir su causación con la sola acreditación de la relación de parentesco.

Conforme la tabla de tasación del perjuicio moral establecida por el Consejo de Estado para los casos de privación injusta y teniendo en cuenta que el tiempo de detención fue de 2 meses y 11 días, se tomará el rango superior a 1 e inferior a 3 meses, el cual indica que debe reconocerse como indemnización de perjuicios morales los siguientes, de acuerdo al parentesco de los demandantes y reducidos en la mitad habida cuenta que la privación fue domiciliaria, estableciendo los siguientes montos:

A favor de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, en calidad de víctima directa la suma de 35 SMLMV.

A favor de GLORIA NINIA BONILLA, en calidad de madre de la víctima directa, la suma de 35 SMLMV.

A favor de YURI FERNANDA HOYOS LASSO, en calidad de compañera permanente, la suma de 35 SMLMV.

A favor de MILAN MATIAS IJAJI HOYOS y LUIZA FERNANDA IJAJI HOYOS, en calidad de hijos de la víctima directa, la suma de 35 SMLMV, para cada uno.

A favor de YEIMI TATIANA MORCILLO BONILLA, RONAL DABI MORCILLO BONILLA, en calidad de hermanos de la víctima directa, la suma de 17,5 SMLMV, para cada uno.

A favor de HUMBERTO HOYOS ORDOÑEZ y DILUBINA LASSO MUÑOZ, en calidad de terceros interesados de la víctima directa, la suma de 5,25 SMLMV, para cada uno.

En lo que respecta al señor ARIEL ENRIQUE IJAJI BONILLA, se tiene que en la demanda no funge como demandante y en el libelo introductorio no se acredita poder para actuar dentro del proceso de referencia, si bien es cierto, que, en la audiencia inicial, celebrada el día 05 de julio de 2019⁴⁷, se reconoce como

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SALA PLENA Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON Bogotá, D. C., veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012). Radicación número: 18001-23-31-000-1999-00454-01(24392).

⁴⁷ Folio 327-330 Cuaderno Principal 2

hermano de la víctima directa, la Litis no se trabajó con él y por esta razón el Despacho no reconocerá derecho del mismo en los perjuicios reclamados.

Referente a los señores HUMBERTO HOYOS ORDOÑEZ Y DILUBINA LASSO MUÑOZ, quienes acuden en calidad de padres de la compañera permanente del señor IJAJI y por tanto suegros. Se tiene que no se allegó el registro civil de la señora Yuri Hoyos, permita establecer el parentesco con los señores Humberto y Dilubina.

No obstante, de las declaraciones bajo la gravedad del juramento se puede determinar que fueron las personas que se encargaron de la manutención de los hijos del señor CARLOS IJAJI durante el tiempo de su privación y que se vieron afectados moralmente por dicha situación en tal virtud, el Juzgado les reconocerá la calidad de terceros interesados y les asignará el perjuicio moral deprecado en tal rol.

En lo referente a LARRY STEVEN IJAJI HOYOS, CHRISTOPER EVANS IJAJI HOYOS, MARILINDA BONILLA, JESUS ARBEY BONILLA, LUCIA MILEYDI HURTADO BONILLA, ANGY LEANY BUITRON BONILLA, ASTRID YURANI BUITRON BONILLA, LESLY JULISSA BUITRON BONILLA, DADDYE ALEJANDRO HURTADO BONILLA, se tiene acreditado la relación de parentesco, con la víctima directa en calidad de sobrinos, tíos, primos y padres de la compañera permanente, es decir, son personas que se ubican en el 3 y 4 grado de consanguinidad, situación para la cual, para que tengan derecho a indemnización del perjuicio moral, es necesario acreditar la relación afectiva con la víctima directa.

Al respecto se tiene que el testigo Pillimue, dijo conocer a la familia porque son vecinos, sin embargo omitió indicar al Despacho que es el compañero de la señora Marilyn Bonilla, quien funge como demandante en este proceso, pues en repetidas oportunidades afirmó que conocía a los demandantes por vecindad y no por su relación de pareja una de la demandantes, tal como lo declaró el señor Morcillo.

Así las cosas, el Juzgado analizará con mayor rigurosidad el testimonio del este declarante, toda vez que con su omisión le permite entrever a la suscrita que como allegado de uno de los demandantes, resulta de mayor cuidado, porque los vínculos que lo ligan fundan dudas en la Juzgadora, al considerar poco probable que el testigo pueda declarar en contra de su compañera y su familia.

Bajo esta óptica, se analiza que cuando se le preguntó por el núcleo familiar del señor Carlos dijo que estaba integrado por su mamá, padrastro, su esposa e hijos.

Frente a sus hermanos dijo conocer a Ronald y Tatiana. Mencionó como primos a Leany, Astrid, Julissa y Dary (sic). Como tíos reconoció a Marilyn, Arbey y Milady. Sin embargo, cuando la abogada de la parte actora le preguntó por la afectación moral de la familia el testigo refirió el dolor y afección de los hijos

del señor IJAJI, su esposa, madre y de los abuelos esto es los señores Humberto y Diluvina, pero para el Despacho no aporta la convicción para establecer el perjuicio moral de la parte de los primos y tíos, sus declaraciones al respecto son débiles, tal como se puede entrever del audio de la respectiva audiencia.

Así las cosas, para el Juzgado no existe el convencimiento de un perjuicio moral para los demandantes en calidad de primos y tíos.

6.1.2 Daño a la salud.

La apoderada de la parte actora solicita se reconozca por perjuicio a moral por daño a la salud a favor de cada uno de los demandantes la suma equivalente a 100 SMLMV, a raíz de las afectaciones severas en su salud psíquicas en el área psicoafectiva y emotiva sufriendo desajustes graves y significativos a nivel familiar, moral, social asociados con la privación injusta de la que fue víctima el señor IJAJI BONILLA.

Se solicita en la demanda el reconocimiento de este perjuicio aduciendo que durante el término de privación el demandante no pudo realizar las actividades que normalmente desempeñaba y perder la posibilidad de compartir con su familia.

Para hacer claridad sobre este tipo de rublo indemnizatorio, se tiene que en la sentencia del 28 de agosto de 2014, la Sección Tercera del Consejo indicó que dentro de la denominación de perjuicios inmateriales, se encuentra además del daño moral y la afectación a los bienes constitucionales el daño a la salud. Frente al daño a la salud, el Consejo de Estado retoma el concepto el concepto de perjuicio fisiológico, sin embargo lo denomina como *daño a la salud, que en síntesis se define como aquel perjuicio **proveniente de la afectación a la integridad sicofísica que el sujeto no tiene el deber de soportar, sin importar su gravedad o duración y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma.***

En esta categoría subsume y desplaza el perjuicio de alteración a las condiciones de existencia y daño a la vida de relación, al considerar que cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios que se deben reconocer son el daño a la salud y el daño moral. (Consejo de Estado de Colombia. Exp. 38222, 2011).

En el año 2014, se reiteran los criterios establecidos en la sentencias del 14 de septiembre de 2011, para efecto del reconocimiento indemnizatorio estableciendo topes hasta de cien salarios mínimos legales mensuales conforme la gravedad de la lesión y además se indica que deben tenerse en cuenta consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima, detallando un listando de factores a examinar meramente enunciativos. Sin embargo, indicó que en casos excepcionálísimos en el que se acredite una

mayor intensidad del daño podrá incrementarse la indemnización hasta en cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales (Consejo de Estado de Colombia. Exp. 31170, 2014).

Aclarado el marco conceptual del daño a la salud, el Despacho concluye que en el presente evento no se acreditó una lesión sicofísica de la víctima directa ni de los demás demandantes que de mérito a la indemnización deprecada. Por tanto, se niega dicho pedimento.

6.1.3 Daño a la vida de relación o la denominación similar.

El perjuicio inmaterial en Colombia tuvo su inicio en el caso Villaveces donde la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia reconoce el daño moral por primera vez. Para otros el caso fundacional del perjuicio inmaterial lo fue el caso Rozzana, en el cual se enfrentó a los familiares del “súbdito italiano” Angel Rosazza con el Estado colombiano por hechos ocurridos en 1881 en la isla de Naos, que hoy forma parte del causeway de Amador, frente a ciudad de Panamá (CSJ, oct. 22 de 1896, CJ XI 565, pág. 353). (Aranburo, 2018).

En el año de 1992 el Consejo de Estado, también habló de perjuicio inmaterial para indemnizar a las víctimas de las consecuencias fisiológicas padecidas.⁴⁸ En el año de 1993 se refiere propiamente el daño fisiológico como perjuicio autónomo⁴⁹, que se definió por el Javier Tamayo Jaramillo, como aquel que “repara la supresión de las actividades vitales”, que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia”.

No obstante, en el año de 2000⁵⁰, el Consejo de Estado abandona el concepto de perjuicio fisiológico, y acoge de manera plena el concepto de daño a la vida de relación, que no consiste en la lesión en sí misma sino en las consecuencias que se producen en la vida de relación de quien las padece. En el año 2007⁵¹, se replantea el concepto daño a la vida de relación por alteración grave de las condiciones de existencia, con el cual se buscó no solo indemnizar las lesiones a la integridad psicofísica sino cualquier lesión de bienes, es decir no solo indemniza a la víctima en su esfera exterior sino de forma más general, esos cambios bruscos y relevantes que sufre una persona.

La figura del perjuicio fisiológico como perjuicio inmaterial se ha denominado de diversas formas en ocasiones daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, pero con sustrato idéntico esto es la pérdida del placer de la realización de la actividad o la alteración grave que produce el

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso 6477. (C.P. Carlos Betancur Jaramillo; febrero 14 del 1992).

⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 7428. (C.P. Julio César Uribe Acosta; mayo 6 del 1993).

⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 11842. (C.P. Alirio Eduardo Hernández Enríquez; julio 19 del 2000).

⁵¹ 10 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso AG 2003-385. (C.P. Mauricio Fajardo Gómez; agosto 15 del 2007).

daño en las relaciones con los sujetos de su entorno⁵².

En el año de 2011 según las providencias gemelas de unificación se indicó que el instituto resarcitorio en materia de responsabilidad estatal en Colombia es de tipo cerrado, es decir, el daño no da origen a una multiplicidad de categorías resarcitorias que afectan la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un sistema de responsabilidad patrimonial el Estado⁵³.

Para la máxima corporación desde el año de 2011, todas las denominaciones de perjuicios inmateriales llámese alteración a las condiciones de existencia, daño fisiológico, daño a la vida de relación quedaron desplazadas. Especificando que el catálogo de perjuicios inmateriales quedaba instituido por: (i) daño moral (ii) daño a la salud y (iii) daño a los bienes constitucionales.

Adicionalmente conviene destacar que, mediante sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011 proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, indican claramente que el daño inmaterial derivado de la alteración de la salud psicofísica es una categoría jurídica autónoma, no subsumible dentro del concepto de “daño a la vida en relación” y comprensiva de aspectos diversos. En lo relativo a la autonomía y no subsunción ni identificación de los conceptos de daño a la salud y “daño a la vida de relación” o “a la alteración de las condiciones de existencia”, la Sala sostuvo: (...) “daño a la salud” -esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica –ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez que reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49) para determinar una indemnización por este aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos. (...) Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como ahora lo hace la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos que han sido reconocidos en diversas latitudes, como por ejemplo la alteración de las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a principios constitucionales de igualdad.

Bajo esta línea conceptual, se tiene que en el proceso no se acreditó que la

⁵² Consejo de Estado Aclaración de voto C.P Enrique Gil Botero Proceso 17380 y C.P Ruth Stella Correa del 11 de diciembre de 2009

⁵³ Sentencias Sala Plena de la Sección Tercera Procesos radicados internos 1931 y No. 38222 del 14 de septiembre de 2011 C.P Enrique Gil Botero

víctima directa o sus familiares padecieron una lesión psicofísica, con ocasión de la privación de la libertad, por tanto, no se accederá a dicho pedimento.

Sin embargo, como lo solicitado se relaciona con el cambio de las condiciones de vida que se vieron alteradas y el daño al buen nombre, se estudiarán en el siguiente acápite de daño a bienes constitucional o convencionalmente amparados.

6.1.4 Daño a bienes y derechos constitucional y convencionalmente amparados

En lo atinente menoscabo por la afectación a la reputación personal de los accionantes principales, esta Corporación en providencias de unificación proferidas en agosto de 2014, resaltó que dicha tipología dogmática se encuentra subsumida en el daño a la salud o en el de afectación a bienes constitucional y convencionalmente protegidos, según la situación fáctica concreta⁵⁴.

Ahora bien, se precisa que esta tipología de menoscabo, la Sección Tercera en pleno destacó así sus principales características⁵⁵:

i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

Respecto de los requisitos necesarios para predicar la obligación del Estado de reparar el daño causado por la vulneración de los bienes constitucional y

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 31170, C.P. Enrique Gil Botero; Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 28832, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 32988, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

convencionalmente protegidos a la honra y el buen nombre el Consejo de Estado ha establecido⁵⁶:

Sobre los cuestionamientos planteados, en sentencia C-489 de 2002⁵⁷, la Corte Constitucional explicó que el buen nombre “ha sido entendido por la jurisprudencia y por la doctrina como la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás y que se configura como derecho frente al detrimento que pueda sufrir como producto de expresiones ofensivas o injuriosas o informaciones falsas o tendenciosas. Este derecho de la personalidad es uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social y un factor intrínseco de la dignidad humana que a cada persona debe ser reconocida tanto por el Estado, como por la sociedad. El derecho al buen nombre, como expresión de la reputación o la fama que tiene una persona, se lesiona por las informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo”.

En la misma oportunidad y respecto del derecho a la honra, la Corte señaló que su núcleo se contrae tanto a “la estimación que cada individuo hace de sí mismo, como, desde una perspectiva externa, al reconocimiento que los demás hacen de la dignidad de cada persona”, de manera que para que pueda tenerse como vulnerado, “esos dos factores debe apreciarse de manera conjunta”.

(...)

Finalmente, resulta necesario indicar que la jurisprudencia constitucional no sólo ha sido enfática en reconocer la tensión que surge entre los derechos fundamentales al buen nombre y a la honra y la libertad de expresión en su modalidad de libertad de información, sino en sostener que, dada “su importancia para la vida democrática y para el libre intercambio de ideas”⁵⁸, la segunda ha de prevalecer sobre los primeros⁵⁹.

(...)

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 24770, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁵⁷ [45] “M.P. Rodrigo Escobar Gil”.

⁵⁸ [51] “Sentencia C-489 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil”.

⁵⁹ [52] “Sentencia C-442 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: “[s]e han distinguido ocho rasgos del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión: (1) su titularidad es universal sin discriminación, compleja, y puede involucrar intereses públicos y colectivos, además de los intereses privados del emisor de la expresión; (2) sin perjuicio de la presunción de cobertura de toda forma de expresión por la libertad constitucional, existen ciertos tipos específicos de expresión prohibidos; (3) existen diferentes grados de protección constitucional de los distintos discursos amparados por la libertad de expresión, por lo cual hay tipos de discurso que reciben una protección más intensa que otros, lo cual a su vez tiene directa incidencia sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional al que se han de sujetar las limitaciones; (4) protege expresiones exteriorizadas mediante el lenguaje convencional, como las manifestadas por medio de conducta simbólica o expresiva convencional o no convencional; (5) la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa, teniendo en cuenta que cada medio en particular plantea sus propios problemas y especificidades jurídicamente relevantes, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su forma y su manera de difusión; (6) la libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como aquellas consideradas inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono; (7) su ejercicio conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa; por último (8) impone claras obligaciones constitucionales a todas las autoridades del Estado, así como a los particulares””.

En suma, de acuerdo con la jurisprudencia referida, para efectos de declarar la responsabilidad del Estado por difusión de información, el juez deberá examinar si se encuentra demostrado que (i) la información fue inexacta o errónea o que se trató de expresiones injuriosas u ofensivas, (ii) la conducta de la parte demandada no dio lugar a la publicación de tal información, (iii) que con esa situación se generó un perjuicio cierto y (iv) que se distorsionó el concepto público que se tenía sobre el individuo directamente afectado [60].⁶¹.

Descendiendo al caso concreto, la afectación que se reclama se tiene que el señor IJAJI BONILLA, padeció profunda afectación moral por cuenta de la privación, además, se refirió que fue afectado porque lo tildaban de delincuente la comunidad y que lo hacían a un lado. Así las cosas, como medida de reparación se ordenará a la accionadas, publicar en un diario de amplia circulación regional, que el señor CARLOS IJAJI BONILLA fue absuelto mediante sentencia No. 01 del 20 de enero de 2015, emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Popayán con funciones de Conocimiento, por el delito de homicidio agravado y fabricación o porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes y municiones, por el que fuera llamado a responder en juicio.

Lo anterior teniendo en cuenta que en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que deben privilegiarse las medidas de reparación no pecuniarias frente a las afectaciones a los bienes constitucionalmente amparados, en este caso al buen nombre.

6.2. Perjuicios materiales.

6.2.1 Daño emergente.

La parte demandante reclama la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000) o lo que resulte probado en el proceso a la fecha de ejecutoria de la sentencia, para CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, por concepto de honorarios, que canceló al profesional del derecho por la defensa.

Según la sentencia de unificación del 18 de julio de 2019, que unifica la materia respecto de este tipo de reconocimiento, el juzgado negará el perjuicio material solicitado, pues: i) no se aportaron facturas o documentos equivalentes expedidos por un profesional del derecho ni la prueba de su pago.

⁶⁰ [54] “Cfr. sentencia de 21 de marzo de 2012, expediente 23.478, C.P. Mauricio Fajardo Gómez: ‘...tratándose de un juicio de responsabilidad, al demandante, le corresponde acreditar, más allá de la simple difusión de la información, que se ha afectado su derecho al buen nombre y a la honra, esto es, demostrar que: i) la información fue inexacta o errónea o que se trató de expresiones injuriosas u ofensivas; ii) que con su conducta no dio lugar a que se manifestara dicha información; iii) que con tal situación se le ha generado un perjuicio tangible y que; iv) como consecuencia, se ha distorsionado el concepto público que se tenía de esa persona.’ Sin el lleno de los anteriores presupuestos, no hay lugar entonces a considerar que se ha causado una vulneración o menoscabo de tales derechos y, por consiguiente, se tendrá por no acreditado el daño’”.

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 24770, C.P. Hernán Andrade Rincón.

6.2.2 Lucro cesante.

Solicita la parte demandante en la demanda, las sumas de dinero dejadas de percibir para CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, durante el tiempo que estuvo privado de la libertad y el tiempo en que dura una persona según la jurisprudencia en conseguir trabajo, más el porcentaje respectivo para el pago de las prestaciones sociales.

Para resolver esta pretensión el despacho acude a reciente sentencia de unificación de fecha dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019)⁶², en la cual se precisó:

“Los perjuicios materiales solo pueden decretarse previo estudio motivado y razonado que tenga en cuenta las pretensiones y las pruebas aportadas por la parte; así, solo se puede conceder al demandante el perjuicio reclamado, a partir de la apreciación razonada y específica que el juzgador realice de los medios probatorios obrantes en el expediente, en la que se consideren las circunstancias concretas que permitan deducir que, en efecto, la detención le generó la pérdida de un derecho cierto a obtener el ingreso que, de no haberse producido el daño, habría seguido percibiendo o podría haber percibido como producto de la labor que desempeñaba antes de ser privado de la libertad o que iba a empezar a percibir en razón de una relación existente pero que apenas iba a empezar a cumplirse.

Tratándose del lucro cesante causado durante la detención y de la imposibilidad de percibir un ingreso con posterioridad a la misma, el juzgador deberá tener en cuenta que no puede asimilarse el caso de una persona que tiene vigente una actividad productiva lícita que le genera ingresos por sus servicios que efectivamente se interrumpen o terminan con su detención, con el evento en que ésta no genera tal efecto o con aquel en el que esa actividad no existe y, por ende, la detención no implica la pérdida de un lucro económico.

En los casos en los que se pruebe que la detención produjo la pérdida del derecho cierto a obtener un beneficio económico, lo cual se presenta cuando la detención ha afectado el derecho a percibir un ingreso que se tenía o que con certeza se iba a empezar a percibir, el juzgador solo podrá disponer una condena si, a partir de las pruebas obrantes en el expediente, se cumplen los presupuestos para ello, frente a lo cual se requiere que se demuestre que la posibilidad de tener un ingreso era cierta, es decir, que correspondía a la continuación de una situación precedente o que iba a darse efectivamente por existir previamente una actividad productiva

⁶² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Radicación: 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572) Actores: Orlando Correa Salazar y otros Demandado: Nación –Rama Judicial y otros Referencia: Acción de reparación directa

lícita ya consolidada que le permitiría a la víctima directa de la privación de la libertad obtener un determinado ingreso y que dejó de percibirlo como consecuencia de la detención.

Entonces, resulta oportuno recoger la jurisprudencia en torno a los parámetros empleados para la indemnización del lucro cesante y, en su lugar, unificarla en orden a establecer los criterios necesarios para: i) acceder al reconocimiento de este tipo de perjuicio y ii) proceder a su liquidación.

Presupuestos para acceder al reconocimiento del lucro cesante

Por concepto de lucro cesante sólo se puede conceder lo que se pida en la demanda, de forma tal que no puede hacerse ningún reconocimiento oficioso por parte del juez de la reparación directa; así, lo que no se pida en la demanda no puede ser objeto de reconocimiento alguno.

Todo daño y perjuicio que el demandante pida que se le indemnice por concepto de lucro cesante debe ser objeto de prueba suficiente que lo acredite o, de lo contrario, no puede haber reconocimiento alguno (artículos 177 del C. de P. C. y 167 del C.G.P.⁶³).

Así, para acceder al reconocimiento de este perjuicio material en los eventos de privación injusta de la libertad debe haber prueba suficiente que acredite que, con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos. Cuando la persona privada injustamente de su libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, tendrá derecho a que se le indemnice el lucro cesante, conforme a los términos y condiciones consignados en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017, proferida dentro del proceso con radicación 50001-23-31-000-2000-372-01 (33.945).

El período indemnizable, para la liquidación del lucro cesante, en los eventos de privación injusta de la libertad, será el tiempo que duró la detención, es decir, el período que transcurrió desde cuando se materializó la orden de detención con la captura o la aprehensión física del afectado con la medida de aseguramiento y hasta cuando éste recobró materialmente la libertad o quedó ejecutoriada la providencia que puso fin a la actuación penal contra el investigado o sindicado, lo último que ocurra.

El ingreso base de liquidación deber ser lo que se pruebe fehacientemente que devengaba la víctima al tiempo de su detención, proveniente del ejercicio de la actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos.

⁶³ Para la Corte Constitucional (sentencia T-733 de 2013): “La noción de carga de la prueba ‘onus probandi’ es una herramienta procesal que permite a las partes aportar los elementos de prueba para acreditar los hechos que alega el demandante o las excepciones propuestas por el demandando. Su aplicación trae como consecuencia que aquella parte que no aporte la prueba de lo que alega soporte las consecuencias. Puede afirmarse que la carga de la prueba es la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla cuando no ‘el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no (sic) existencia de un hecho afirmado’, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero”.

El ingreso de los independientes debe quedar también suficientemente acreditado y para ello es necesario que hayan aportado, por ejemplo, los libros contables que debe llevar y registrar el comerciante y que den cuenta de los ingresos percibidos por su actividad comercial o remitir, por parte de quienes estén obligados a expedirlas⁶⁴, las facturas de venta, las cuales tendrán valor probatorio siempre que satisfagan los requisitos previstos en el Estatuto Tributario⁶⁵, o que se haya allegado cualquier otra prueba idónea para acreditar tal ingreso.

2.2.3 Aplicación del salario mínimo legal mensual

Cuando se acredite suficientemente que la persona privada injustamente de la libertad desempeñaba al tiempo de su detención una actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos y que no pudo continuar desempeñando por causa de la detención, pero se carezca de la prueba suficiente del monto del ingreso devengado producto del ejercicio de tal actividad lícita o la privada de la libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, la liquidación del lucro cesante se debe hacer teniendo como ingreso base el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa, lo cual se aplica teniendo en cuenta que, de conformidad con lo previsto en la ley 100 de 1993, ese es el ingreso mínimo o el salario base de cotización al sistema general de seguridad social (artículos 15 y 204) y, además, que el artículo 53 constitucional ordena tener en cuenta el principio de la “remuneración mínima vital y móvil” y que, según el artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo, “... el salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a las necesidades normales y a las de su familia”.

2.2.4 Incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales

Se puede reconocer un incremento del 25% al ingreso base de liquidación, por concepto de prestaciones sociales⁶⁶, siempre que: i) así se pida en la demanda y ii) se pruebe suficientemente que el afectado con la medida trabajaba como empleado al tiempo de la detención, pues las pretensiones sociales son beneficios que operaran con ocasión de una relación laboral subordinada⁶⁷.

⁶⁴ “**ARTICULO 615. OBLIGACIÓN DE EXPEDIR FACTURA.** Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

“Para quienes utilicen máquinas registradoras, el documento equivalente será el tiquete expedido por ésta”.

⁶⁵ Ver la cita 60 de la página 31.

⁶⁶ De las prestaciones trata el Código Sustantivo del Trabajo (capítulos VIII y IX) y están concebidas como beneficios legales que el empleador debe pagar a sus trabajadores, adicionalmente al salario ordinario, para atender necesidades o cubrir riesgos originados durante el desarrollo de la actividad laboral.

⁶⁷ La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, precisó que las prestaciones sociales solo se causan en virtud de la existencia de un contrato de trabajo subordinado y que a ellas no tienen derecho quienes desarrollan una actividad como independientes; al respecto, dijo:

“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral

Así, se debe acreditar la existencia de una relación laboral subordinada, de manera que no se reconoce el incremento en mención cuando el afectado directo con la medida de aseguramiento sea un trabajador independiente, por cuanto, se insiste, las prestaciones sociales constituyen una prerrogativa en favor de quienes tienen una relación laboral subordinada, al paso que los no asalariados carecen por completo de ellas.

En la audiencia de pruebas llevada a cabo el 28 de agosto de 2019, los testigos citados declararon lo siguiente:

Declaración de EDIER PILLIMUE LIQUITAN, identificado con cédula de ciudadanía No. 76.357.317, señala:

El señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, se dedicaba como mototaxista y que para el momento de la declaración no tenía moto y trabajaba en otra ciudad.

Señalaba que devengaba aproximadamente entre \$40.000 y \$50.000., señala que él era trabajador y así mismo colabora, también era muy atento con sus hijos y ahí en el lugar donde vivía.

Declaración del señor JOSE EIDER MORCILLO GONZALES, identificado con cédula de ciudadanía No. 76.302.199:

Manifiesta que la ocupación del señor IJAJI al momento de la detención era mototaxista, su esposa y sus hijos dependían de él.

De lo narrado por los testigos, se desprende que la actividad se desarrollaba de forma independiente, esto es que no está acreditada la existencia de un contrato de trabajo ni relación subordinada del actor, en tal virtud no es posible acceder al reconocimiento de un 25% adicional, así mismo, este porcentaje no se solicitó en la demanda. De otra parte, no se accederá al reconocimiento de 8.75 meses adicionales, en primer lugar porque el señor CARLOS IJAJI no tenía una relación de carácter laboral que hubiese perdido por causa de la privación de su libertad pues desarrollaba su actividad de mototaxista de forma independiente según el lugar donde se requiriera su servicio con pago por el día trabajado. Adicionalmente no se demostró que el señor CARLOS IJAJI, una vez recuperó su libertad no pudiese seguir prestando sus servicios como mototaxista toda vez que la formulación de la pretensión se basa fundamentalmente en la presunción que anteriormente aplicaba el Consejo de Estado, posición que como se advirtió fue recogida en reciente

frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino **la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales**; a contrario sensu, **en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales**, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente”.

sentencia de unificación. En consecuencia, no se accederá al reconocimiento de suma adicional por tiempo después al cual se recobró la libertad, pues se itera no hay prueba de los recursos frustrados ni del periodo de los mismos.

Respecto del monto que deberá tenerse en consideración se observa que uno de los deponentes manifestó que el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, percibía diariamente un ingreso que oscila entre los \$40,000- \$50,000, sin que esta cifra sea segura. Por tanto y habida cuenta de la clase de actividad productiva desempeñada por el actor, lo cual hace difícil establecer una suma fija, se acudirá para efectos de liquidación al valor de un salario mínimo legal mensual vigente.

Así las cosas, teniendo en cuenta los hechos ocurrieron en el año 2012, el salario mínimo legal mensual vigente sería el de dicha anualidad, sin embargo, cuando el mismo se actualiza a la fecha, arroja una cifra inferior a la del salario mínimo legal mensual vigente del presente año, por lo que habrá que adoptarse este último como base para calcular la renta actualizada. Para el efecto se aplicará la siguiente fórmula:

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

Donde “i” es una constante y “n” corresponde al número de meses transcurridos, desde el 02 de mayo de 2012, hasta el 12 de julio de 2012, para un total de 2 meses y 0.3 meses⁶⁸.

$$S = \$877.803 \times \frac{(1 + 0.004867)^{2.3} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$2.025.337$$

Por tanto, se reconocerá al señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, la suma de DOS MILLONES VEINTICINCO MIL TRECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS (\$ 2.025.337), por concepto de perjuicios materiales en modalidad de lucro cesante.

7. Costas

En este caso, la parte demandada fue vencida en juicio, por lo cual se le condenará en costas según el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP, por cuanto dichas normas dejan claramente establecido que el CPACA ha acogido el criterio objetivo, es decir que las costas corren en todo caso a cargo del vencido, quedando proscrita la facultad del juez de determinar la conducta de las partes para proceder a la condena en costas.

Como prosperaron las pretensiones de la demanda, se deberá reconocer a favor de la parte demandante, en cuantía equivalente a \$300.000, teniendo en cuenta

⁶⁸ Desde la fecha en la que el señor CARLOS IJAJI, fue capturado el 02 de mayo de 2012, hasta la fecha que es dejado en libertad 12 de julio de 2012.

los criterios y topes señalados en la normatividad, las cuales serán liquidadas por Secretaría.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, administrando Justicia en el nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. - Declarar no probada las excepciones propuestas por las entidades demandadas, por lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO. - Declarar a la NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, administrativa, patrimonial y solidariamente responsables de los perjuicios que sufrieron CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA identificado con la C.C. No. 1.061.714.985 de Popayán (C), quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos MILAN MATIAS IJAJI HOYOS y LUIZA FERNANDA IJAJI HOYOS; YURI FERNANDA HOYOS LASSO, identificada con la C.C. No. 1.061.725.195 de Bolívar (C); GLORIA NINIA BONILLA, identificada con la C.C. No. 25.492732 de la Vega (C), quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos YEIMI TATIANA MORCILLO BONILLA y RONAL DABI MORCILLO BONILLA, HUMBERTO HOYOS ORDOÑEZ, identificado con C.C. No. 4.635.017 de Bolívar (C) y DILUBINA LASSO MUÑOZ, identificada con C.C No. 34.495.820 de Bolívar (C), por las razones expuestas.

TERCERO. - Como consecuencia de la declaración anterior se condena a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar por partes iguales, cincuenta por ciento para cada entidad, las siguientes sumas de dinero:

Por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas:

- A favor de CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, identificado con la C.C. No. 1.061.714.985 de Popayán (C), en calidad de víctima directa el equivalente a treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV).
- A favor de GLORIA NINIA BONILLA, identificada con la C.C. No. 25.492732 de la Vega (C), en calidad de madre de la víctima directa, el equivalente a treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV).
- A favor de YURI FERNANDA HOYOS LASSO, identificada con la C.C. No. 1.061.725.195 de Bolívar (C), en calidad de compañera permanente, el equivalente a treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV).
- A favor de MILAN MATIAS IJAJI HOYOS, identificado con NUIP 1.061.789.701

y LUIZA FERNANDA IJAJI HOYOS, identificada con tarjeta de identidad No. 1.061.699.665, en calidad de hijos de la víctima directa, el equivalente a treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), para cada uno.

- A favor de YEIMI TATIANA MORCILLO BONILLA con NUIP 1.063.806.988 y RONAL DABI MORCILLO BONILLA 1.061.733.878, en calidad de hermanos de la víctima directa, el equivalente a DIECISIETE PUNTO CINCO (17,5) salarios mínimos legales vigentes (SMLMV), para cada uno.
- A favor de HUMBERTO HOYOS ORDOÑEZ, identificado con C.C. No. 4.635.017 de Bolívar (C) y DILUBINA LASSO MUÑOZ, identificada con C.C No. 34.495.820 de Bolívar (C), en calidad de terceros interesados de la víctima directa, el equivalente a CINCO PUNTO VEINTICINCO (5,25) salarios mínimos legales vigentes (SMLMV), para cada uno.

Por daño al buen nombre:

Se ordenará a la Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación, publicar en un diario de amplia circulación regional, que el señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, fue absuelto mediante sentencia No. 01 del 20 de enero de 2015, emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Popayán con funciones de Conocimiento, por el delito de homicidio agravado y fabricación o porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes y municiones, por el que fuera llamado a responder en juicio.

Por concepto de perjuicio material en la modalidad de Lucro Cesante:

- A favor del señor CARLOS ALBERTO IJAJI BONILLA, la suma de DOS MILLONES VEINTICINCO MIL TRECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS (\$ 2.025.337).

En virtud de lo expuesto en el presente numeral, se tiene que se reconocen perjuicios a demandantes que a la fecha de la presente providencia son menores de edad, situación por la cual, las sumas de dineros antes reconocidas, deberán ser canceladas por las entidades accionadas a través de quien o quienes acrediten la representación legal de los demandantes menores de edad o en su defecto. Así mismo, dentro del presente numeral se reconocen perjuicios a favor de demandantes que a la fecha de la presentación de la demanda eran menores de edad, pero que a la fecha de la presente providencia son mayores de edad, en consecuencia, deberá cancelársele directamente a los mismos.

CUARTO. - NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. - Condenar en costas a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, en partes iguales (50% cada una), respecto de las agencias en derecho cada parte deberá pagar al extremo actor, por secretaría efectúese la liquidación correspondiente.

SEXTO. - Se dará cumplimiento a la condena en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO. - Condenar en costas a la parte vencida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Liquidense por Secretaría.

OCTAVO. - Una vez liquidados, por Secretaría devuélvase a la parte actora el excedente de gastos ordinarios del proceso.

NOVENO. - ARCHIVAR el expediente previa cancelación de su radicación, una vez esté ejecutoriada esta providencia.

DÉCIMO. - NOTIFICAR esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de Lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo señalado en el artículo 295 del Código General del Proceso, a los siguientes correos: av-abogada@hotmail.com, averonica1973@yahoo.es, jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co, mariarosa.moreno@fiscalia.gov.co, dsajppnnotif@cendoj.ramajudicial.gov.co

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,

MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ

Firmado Por:

**MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 006 ADMINISTRATIVO POPAYAN**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

ebad29858167c9c6edb052cbbaaa636875519fd09476d9ffdda88f6ea5443ca2

Documento generado en 08/09/2020 12:55:16 p.m.