



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

Popayán, Febrero 8 de dos mil veinte (2020)

Expediente No.: 19001-33-33-006-2016-00170-00
Demandante: LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO Y OTROS
Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA

SENTENCIA N° 13

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹.

Los señores (as) LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, identificado con C.C. N° 10.302.845, LIZETH KARIMEE RAMIREZ TULANDE, identificada con C.C. N° 1.061.709.303, ROSA GORDILLO HENAO, identificada con C.C. N° 30.709.531, ALIRIO LAZARO VIVEROS GOMEZ, identificado con C.C. N° 12.955.195 y MARIA DE LOS ANGELES VIVEROS GORDILLO, identificada con C.C. N° 25.290.708, por medio de apoderado y en ejercicio del medio de control de reparación directa, solicitan que se declare a la NACIÓN– RAMA JUDICIAL- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN administrativamente responsables por los perjuicios causados por la privación injusta de la libertad que sufriera el señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO.

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

a. Por perjuicios inmateriales:

- Morales.

A favor de la víctima directa, su madre, su padre y compañera permanente la suma equivalente a 35 salarios mínimos legales mensuales vigentes y a favor de su hermana la suma equivalente a 17.5 salarios mínimos legales mensuales

¹ Folio 111-127 Cuaderno Principal.

vigentes o en su defecto por este perjuicio el valor máximo que reconozca la Jurisprudencia del Consejo de Estado; en razón del profundo dolor moral, la angustia y agobio ocasionado a los actores por la privación injusta de la libertad que fue víctima el señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO.

b. Por perjuicios materiales.

- Lucro Cesante.

Las sumas de dinero dejadas de percibir por el señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, en virtud de su oficio de comerciante independiente, durante el lapso que perduró la privación injusta de la libertad, aunando a ello el tiempo que estadísticamente una persona necesita para volver a obtener empleo.

La respectiva liquidación deberá realizarse conforme a la renta devengada por la víctima antes de su aprehensión. Suma que ascendía a 1 salario mínimo legal mensual vigente.

1.1. Hechos que sirven de fundamento.

La parte actora expuso como fundamentos fácticos, los siguientes:

El día 2 de diciembre de 2013, el señor Fiscal 001 de la Unidad Infancia y Adolescencia de Popayán, solicita audiencia preliminar de Expedición de orden de captura contra el señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, asignándole a la investigación el número SPOA 190016000602201305255.

Siendo las 4:22 P.M, de 5 de diciembre de 2013 el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Popayán da inicio a la audiencia reservada de expedición de orden de captura. En donde el Juez resuelve impartir orden de captura No. 067 en contra del señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, orden que se hizo efectiva el día 15 de mayo de 2014.

El 16 de mayo de 2014, la Fiscalía solicita ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Popayán, audiencias preliminares concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, en contra del señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO.

Siendo las 11:30 a.m. de aquel 16 de mayo de 2014, el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Popayán, da inicio a la audiencia de solicitud de legalización de captura, la Fiscalía solicita se declare legalidad de la captura por cumplir con todos los requisitos legales, la defensa

no se opone a la legalización de captura, por lo que el Juzgado decretó la legalidad del procedimiento de captura del aprehendido.

Finalizada la audiencia de legalización del procedimiento de captura, de inmediato se dio inicio a la audiencia de formulación de imputación, diligencia en la que la Fiscalía le imputó al señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, la presunta comisión del delito de Hurto Calificado art. 240 inciso 2, agravado art 241 #10, Secuestro Simple art 168 y Fabricación, Trafico, Porte de Armas de Fuego, partes o Munición, agravado art 365 # 5 del Código Penal, en calidad de coautor a título doloso, imputación a la cual VIVEROS GORDILLO no se allana a los cargos formulados por la Fiscalía.

Seguidamente la Fiscalía General de la Nación solicitó al Juzgado de Control de Garantías, la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva intramural en contra del señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, al considerar que se cumplían con los requisitos objetivos y subjetivos, y además se encontraban elementos para hacer una inferencia razonable de que el procesado era autor de la conducta que se investigaba, por ende señaló la Fiscalía hacer necesaria la imposición de una medida de aseguramiento de cárcel intramural, dado que a su juicio el imputado constituía un peligro para la sociedad. La defensa por su parte se opuso al procedimiento elevado por la Fiscalía.

El Juez de Control de Garantías acogió los planteamientos deprecados por la Fiscalía, basándose principalmente en la diligencia de reconocimiento en álbum fotográfico realizado por las víctimas en donde reconocen al imputado, como consecuencia decide ordenar la imposición de medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva intramural en contra del señor VIVEROS GORDILLO en el Establecimiento carcelario de alta y mediana seguridad y carcelario de alta seguridad de Popayán E.P.A.M.S.A.S., por lo que fue trasladado hasta las instalaciones de la URI Popayán, en donde permaneció recluido hasta el día 24 de junio de 2014, debido a problemas de hacinamiento en la penitenciaría San Isidro.

El Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Popayán, en virtud de la medida decretada el día 16 de mayo de 2014, giró la correspondiente boleta de encarcelación No. 031 en contra del señor VIVEROS GORDILLO en el Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad y Carcelario de Alta Seguridad de Popayán E.P.A.M.S.A.S.

En la misma fecha, la defensa solicita ante el Centro de servicios Judiciales de Juzgados Penales de Popayán la celebración de audiencia preliminar con el objeto de solicitar ante Juez de Garantías la revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta al señor VIVEROS GORDILLO.

Siendo las 08:03 a.m. del día 28 de mayo de 2014, el Juzgado Quinto Penal Municipal de Popayán con Función de Control de Garantías de Popayán, da inicio a la audiencia pública de Solicitud de revocatoria de medida de aseguramiento, solicitada por la defensa y cuya petición fue sustentada en el art 318 del CPP, indicando que su defendido para el día de los hechos imputados se encontraba en la ciudad de Neiva administrando un establecimiento comercial, soportado con las declaraciones de SILVIA PATRICIA QUINTERO y LUCILA QUINTERO y el registro de ventas de 25 de julio de 2013, considerando que se generó una duda respecto de la inferencia razonable de autoría. Por su parte, la Fiscalía se opuso a dicha solicitud por cuanto consideró que los documentos presentados y no brindan certeza y buena fe.

El Juez no accede a la petición de la defensa por cuanto las declaraciones extra juicio como la de LUCIANA QUINTERO no aportan nuevos elementos que indiquen que el procesado no se encontraba en el lugar de los hechos, igualmente que la declaración de SILVIA PATRICIA QUINTERO simplemente indicó que el procesado trabajaba en el lugar. Apreciación que le permitió al Juzgado mantener incólume la inferencia razonable de autoría y no acceder a la petición en mención, frente a la misma no se impuso recurso.

El día 7 de julio de 2014, la defensa solicita por segunda vez ante el centro de servicios judiciales de Juzgados penales de Popayán, la celebración de audiencia preliminar con el objeto de solicitar ante Juez de Garantías la revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta al señor VIVEROS GORDILLO.

El día 14 de julio de 2014, siendo las 10:31 a.m., el Juzgado Primero Penal Municipal Ambulante de Popayán con Funciones de Control de Garantías de Popayán, da inicio a la audiencia pública de solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento del señor VIVEROS GORDILLO solicitada por la defensa, sustentada en el art. 318 del CPP, por tener elementos materiales probatorios nuevos que demuestran que han desaparecido los requisitos del art 380 del CPP, entre ellos la declaración de SILVIA QUINTERO quien manifestó que el señor VIVEROS GORDILLO laboraba para el día de los hechos en la tienda de su propiedad, entrevista de la víctima donde relató al investigador de campo privado ciertas inconsistencias al analizar el álbum fotográfico, allegó también declaraciones extra juicio para soportar que el señor VIVEROS GORDILLO no ha participado de los hechos materia de investigación, solicitando se deje en libertad a su defendido.

La Fiscalía se opuso a la solicitud, manifestando que no se aportaron los elementos probatorios suficientes para desvirtuar la inferencia razonable. El

Juez no accede a la petición después de analizar los aspectos fácticos narrados y llega a la conclusión que los EMP y EF allegados, no cumplen con los requisitos estipulados en el art. 318 CPP, no desnaturaliza los hechos que llevaron a cabo la privación preventiva de libertad y continua la inferencia razonable de autoría del imputado y en consecuencia no revoca la medida.

El día 18 de julio de 2014, la defensa solicita ante el Centro de servicios judiciales de Popayán la celebración de audiencia preliminar con el objeto de solicitar ante el Juez de Garantías la revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta.

El día 22 de julio de 2014, en las instalaciones del E.P.A.M.S.C.A.S, se realiza diligencia de reconocimiento en fila de personas por parte de la víctima en donde no logra identificar al imputado.

Siendo las 8:33 del día 30 de julio de 2014, el Juzgado Quinto Penal Municipal de Popayán con funciones de Control de Garantías de Popayán, da inicio a la audiencia pública de solicitud de revocatoria de medida de aseguramiento hecha por la defensa, sustentando su petición en el art. 318 del CPP, en la cual solicitó la revocatoria de la medida y se ordenara la libertad inmediata de su defendido, según los elementos materiales probatorios tales como el acta de reconocimiento en fila de personas el día 22 de julio de 2014, realizada por las víctimas dentro del proceso, en donde no reconocieron al señor VIVEROS GORDILLO como uno de los autores o partícipes dentro de los hechos materia de investigación. La Fiscalía se opuso a la solicitud. El Juez de control de Garantías conforme al art. 318 del CPP, frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la ocurrencia de los hechos, concluye que la defensa ha desvirtuado los presupuestos establecidos en el art. 308 # 2 del CPP, debilitando la expectativa de responsabilidad del imputado, ya que uno de los argumentos para imponer la medida de aseguramiento intramural, fue el reconocimiento fotográfico realizado por las víctimas y según el acta de reconocimiento en fila presentada en la diligencia, las víctimas no reconocen al imputado.

Entendiéndose la existencia de prueba sobreviniente que desvanece la participación del señor VIVEROS GORDILLO en la investigación, accediéndose así a la solicitud de revocar la medida de aseguramiento de detención preventiva en el Establecimiento Carcelario "San Isidro" mediante boleta de libertad no. 54 se ordenó la libertad inmediata del señor VIVEROS GORDILLO, identificado con C.C., No. 10.302.845 expedida en Popayán- Cauca.

El día 6 de octubre de 2014, la Fiscalía 01-002 Seccional de Popayán Unidad de Vida, presenta solicitud de preclusión ante Centro de Servicios Judiciales de Popayán, en favor del señor VIVEROS GORDILLO.

El día 4 de septiembre de 2014, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Popayán con Funciones de Conocimiento, realiza audiencia de preclusión.

La Fiscalía sustenta la solicitud de preclusión conforme el art. 332 # 6 de la Ley 906 de 2004 por imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, el defensor coadyuva la solicitud elevada por la Fiscalía.

El juez resuelve decretar la preclusión de la investigación penal por el delito de Hurto calificado agravado en concurso con secuestro simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, partes o municiones que cursaba en contra del señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO.

El señor VIVEROS GORDILLO permaneció privado de su libertad por un lapso de 2 meses y 14 días, en detención preventiva intramural primariamente en las instalaciones de la URI Popayán desde el 16 de mayo hasta el 24 de junio de 2014, momento en que fue trasladado al E.P.A.M.S.C.A.S., en donde permaneció recluso hasta el 30 de julio de 2014.

Padeciendo no solo vulneración a su derecho de libertad, sino también a todos derechos connaturales y propios que el ejercicio de libertad de locomoción permite disfrutar, incluso el derecho al trabajo para proveer el sustento propio y el de su familia.

Manifiesta que todo fue originado por una decisión jurisdiccional que lo señaló de actor o participe presunto de un delito cuando nunca lo fue, posteriormente fue reconocido por la misma judicatura, de cuya actuación penal que generó que el señor VIVEROS GORDILLO fuera víctima de una privación injusta de su libertad que no tenía deber jurídico de soportar, generando perjuicios para él y su familia.

El día 5 de mayo de 2016, se realizó audiencia de conciliación extrajudicial, la cual fue declarada fracasada.

2. Contestación de la demanda.

2.1. De la Nación – Rama Judicial².

El Despacho lo toma como contestación, exceptuando el lapsus ortográfico, al encontrarse en el término para contestar la demanda.

Se opuso a la solicitud de ser quien responda en el sub judice por los daños y

² Folio 143-150 Cuaderno Principal.

perjuicios deprecados por la parte actora, dado que los hechos en que se fundan, no constituyen privación injusta, error judicial, ni defectuoso funcionamiento de la administración de justicia atribuible a la Nación-Rama Judicial.

En subsidio de lo expuesto anteriormente, solicita disponer en sentencia de instancia, que no le asiste responsabilidad u obligación de resarcir los perjuicios demandados y condenar en costas.

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 contra el señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, justificando la solicitud en el artículo 307 del CPP y por contar con elementos materiales de prueba que permitían inferir razonablemente que el señor VIVEROS GORDILLO era autor material del delito que se endilgaba, entendiéndose como una conducta grave y además necesaria.

Aduce que la Fiscalía solicitó la imposición de la medida de aseguramiento y llevó al pleno convencimiento al Juez de que era necesaria, tanto que el Juez realizó un estudio de las posibilidades frente al caso y no fue deliberada su decisión de imposición de medida.

Así mismo, manifiesta que la Jurisprudencia tiene denominado a partir de una interpretación del artículo 90 de la Constitución Política, que cuando una persona privada de la libertad sea absuelta (i) porque el hecho no existió, (ii) el sindicado no lo cometió, o (iii) la conducta no constituía hecho punible, se configura un evento de detención injusta en virtud del título de imputación de daño especial, por el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas. A estas hipótesis la Sala agregó la aplicación del in dubio pro reo, con fundamento en la misma clausula general de responsabilidad patrimonial del Estado del artículo 90 C.N.

La privación de la libertad se da con pleno conocimiento de las exigencias legales, pero la expedición de una providencia absoluta, pone en evidencia que la medida de aseguramiento fue injusta y la persona no estaba obligada a soportarla.

Por tanto, si el procesado es exonerado por cualquier causa distinta de las mencionadas, la reparación solo procederá cuando se acredite que existió una falla en el servicio al momento de decretarse la medida de aseguramiento, no se cumplían los requisitos legales para la restricción de la libertad.

Concluye que, para el caso en concreto, la decisión judicial de privar de la libertad al actor estuvo basada en los hechos y pruebas aportadas con la solicitud de imposición de medida de aseguramiento hecha por la Fiscalía, que crearon en el juez la convicción de la necesidad de proferir la medida.

Respecto a la decisión de Precluir la investigación penal que se llevaba contra el señor VIVEROS GORDILLO, el Juez de Conocimiento no tenía otro camino, pues de la manera más garantista al encontrar manto de duda sobre la responsabilidad del actor, resolvió a su favor, otorgando la libertad y la libración 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 frente a los presuntos perjuicios causados por la privación de la libertad, en su momento justificada desde el actuar de los Jueces de la República en cumplimiento de sus funciones.

Respecto a la presunta privación injusta, señala que la Fiscalía concluyó inicialmente que el actor participó en la materialidad de la conducta penal que se investigaba circunstancia a partir de la cual se concluye que los actos jurisdiccionales 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.

Señala que la Fiscalía General, organismo que ejerce la acción penal del Estado, presentó escrito de acusación contra el señor VIVEROS GORDILLO, lo hizo porque fue capturado en flagrancia, ya que en las audiencias preliminares dan cuenta como la guardia indígena los encontró recogiendo el dinero producto de la extorsión y frente a ese escenario se configuraría la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima frente a la entidad, pues, pese a que fue absuelto de los cargos formulados en su contra, su actuar puso en funcionamiento el aparato judicial.

Manifiesta que cuando el funcionario judicial afronta el diagnóstico de establecer la viabilidad de 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 Juez al dictar la medida solicitada con base a los argumentos presentados por la Fiscalía.

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

La función del Juez de Control de garantías es 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, decisión que es adoptaba con base en la previa solicitud elevada por la Fiscalía con sustentos en elementos e informes indiciarios de responsabilidad.

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 (Fiscalía General) que no recaudó el material probatorio necesario, generando su actuar el consecuente inicio al trámite de un proceso que terminó con la preclusión de la acción penal quedando así exenta de toda responsabilidad administrativa, en virtud a que la participación de 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 medida de aseguramiento como para la preclusión de la acción penal.

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 la 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 providencia judicial que absolvió al procesado.

Insisten 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 VIVEROS GORDILLO, 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 la parte actora y la actuación de la Rama Judicial, máxime cuando al final se profirió preclusión de la acción penal debido a que la Fiscalía no pudo desvirtuar la presunción

de inocencia del hoy demandante y no por la plena convicción de inocencia.

Manifiesta que no existe falla en el servicio, ni error judicial, ni privación injusta de la libertad atribuible a la entidad, toda vez que no se encuentra demostrado el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por esta entidad.

Señala que para la falla de la administración de justicia pueda considerarse verdaderamente como causa de perjuicio y comprometa su responsabilidad, debe tenerse en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio y que la conducta de la administración pueda considerarse deficiente.

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.
- Innominada.

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

La apoderada de la Fiscalía General de la Nación contestó la demanda en los siguientes términos:

Se opuso a cada una de las declaraciones y condenas señalando que en el sub judice no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad en cabeza de la Fiscalía.

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 y no es ajustado a derecho predicar que existió privación injusta de la libertad del señor VIVEROS GORDILLO.

Señala que la investigación en cual se vio involucrado el señor VIVEROS GORDILLO, tuvo su origen en la denuncia presentada ante la Fiscalía por parte de la señora CLAUDIA MARCELA MONTENEGRO, en la que da a conocer que 5 sujetos ingresaron a su casa de habitación, los encerraron en una habitación y se marcharon con algunas de sus pertenencias, así como un dinero que tenían guardado en la casa, luego de los elementos probatorios puestos a disposición del Juez de Control de Garantías, dispuso librar orden de captura

³ Folio 182- 199 Cuaderno Principal.

para encontrar motivos fundados que permitieron inferir su posible participación en los delitos de hurto, porte de armas y secuestro simple.

Situaciones suficientes para asegurar que el señor VIVEROS GORDILLO se encontraba incurso en los hechos mencionados, previstos en la Ley 599 de 2000, lo que obligó a la Fiscalía a solicitar la aplicación de la medida de aseguramiento y con ello el Juzgado en Control de Garantías realizó la audiencia correspondiente al considerar dadas las condiciones para llevarla a cabo.

Manifiesta que la actuación de la entidad dentro de la investigación adelantaba obró de conformidad con la obligación y funciones establecidas en el artículo 250 de la Carta Política; disposiciones legales, dentro de éstas el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación y disposiciones tanto sustanciales como procedimentales que estaban vigentes para la época de los hechos.

La ley 906 de 2004, ordena unos requisitos para legitimar la imposición de la medida de aseguramiento y dar validez a la respectiva audiencia, señalando que, todos los requisitos para el caso en mención se reunieron.

Aduce que es conveniente señalar que de acuerdo a las normas citadas, le corresponde a la Fiscalía adelantar la investigación para que de acuerdo a 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 y decretar las que estime procedentes para luego sí establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, si todo se ajusta a derecho es el Juez de Garantías quien decide y decreta la medida a imponer.

El Juez consideró que se daban los requisitos exigidos por la norma procedimental y conforme al caudal de los elementos probatorios allegados a la investigación, así como su posible peligro al permitirle la libertad, legalizó la captura del actor y le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva.

Manifiesta que es necesario tener en cuenta que para proferir medida de aseguramiento como la acusación no es necesario que en el proceso existan pruebas que conduzcan a la certeza sobre la responsabilidad penal del sindicado, pues este grado de convicción solo es necesario para proferir sentencia condenatoria.

El rol de la fiscalía en el sistema acusatorio establece sus funciones y entre ellas no está la de imponer medida de aseguramiento sino al contrario, solicitarla al

Juez de Control de Garantías quien es el llamado a valorar las pruebas presentadas y aportar la decisión que corresponda.

Frente a la inexistencia de error judicial, indica que el Consejo de Estado señala que cuando el Juez al ejercer el núcleo central de la actividad jurisdiccional, invoca a manera de fundamentación de la decisión una determinada interpretación o argumentación con base en principios y valores consagrados en la Constitución, sin que aquella aparezca por lo menos como razonable dentro del contexto fáctico del caso concreto sometido a su conocimiento, incurre en error judicial, si la pretendida fundamentación de la decisión no guarda compatibilidad alguna con la hipótesis fáctica que los hechos probados muestran en la instancia.

Indica que la labor de interpretación jurisdiccional por naturaleza supone un grado amplio de autonomía para el juzgador, en la medida en que el operador jurídico puede optar varias lecturas de interpretativas al caso en concreto, siempre y cuando guarden armonía y compatibilidad con los hechos y con el derecho aplicable a una determinada situación; esa manifestación de autonomía jurisdiccional, no puede servir de justificación a una determinada decisión, cuando aparece objetivamente que la invocación de una doctrina constitucional resulta inadecuada o incompatible frente a la realidad de los hechos acreditados.

En el caso en concreto, la Fiscalía y el Juez de Control de Garantías profirieron sus actos administrativos con la fundamentación necesaria, para el caso de la Fiscalía existieron elementos suficientes como los informes emitidos por la policía que dieron cuenta de la responsabilidad del inculpado en la comisión de los delitos de hurto, porte de armas y secuestro simple, donde obligatoriamente debía realizar la imputación y solicitar medida de aseguramiento. Por su parte, el Juzgado de Control de Garantías y ante tal exhibición de pruebas que comprometían al señor VIVEROS GORDILLO, profirió la medida, actuaciones que justificaron de manera razonable y objetiva sus decisiones dentro del procedimiento penal establecido.

Señala que para imputar responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación, es preciso combinar las circunstancias previstas en el marco legal Colombiano fundamentalmente el artículo 90 de la Carta Política, una acción u omisión, donde participe activamente uno de sus agentes; un daño, como consecuencia de lo anterior y un nexo causal entre el hecho, la omisión y el daño; lo que en el sub judice no se configura, ni mucho menos se prueba, ya que la fiscalía actuó de acuerdo al cumplimiento de sus funciones.

Así mismo, manifiesta 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 deben demostrar que la detención preventiva surtida fue injusta e injustificada, porque en aquellos casos la responsabilidad estatal no es automática por el hecho de que la detención preventiva sea revocada.

Indicó que si bien era cierto que el demandante soportó la detención preventiva que como medida de aseguramiento le decretó el Juez de Garantía; la misma se encuentra circunscrita en el ámbito del equilibrio de las cargas públicas, que, analizadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, el contexto en el cual se impuso, superaban con creces los requerimientos mínimos y los criterios de razonabilidad para la imposición de la medida de aseguramiento.

Si con los elementos materiales probatorios, en su momento la Fiscalía no hubiese solicitado la medida de aseguramiento y a su vez, el Juez de Control de Garantía no decretase la detención preventiva impuesta al actor; estas instituciones seguramente hoy serían objeto de reproche al parecer negligentes, al no adoptar las medidas necesarias de acuerdo al delito que se estaba imputando.

Por lo anterior, la privación de la libertad no se tornó injusta y en consecuencia, no se puede predicar en este caso que deba entenderse como error judicial que deba ser reparado por el Estado y de manera particular en el caso en mención por la Fiscalía General de la Nación.

En consecuencia, como excepciones de mérito expusieron la siguiente:

- Falta de legitimación por pasiva.

3. Relación de etapas surtidas.

La demanda fue presentada el día 23 de mayo de 2016⁴, siendo admitida por auto interlocutorio No. 936 del 03 de agosto de 2016⁵, se llevó a cabo audiencia inicial el día 21 de febrero de 2019⁶ y audiencia de pruebas el día 18 de julio de 2019⁷, en la que se declaró clausurada la etapa probatoria y se corrió traslado para alegar de conclusión.

4. Alegatos de conclusión.

⁴ Folio 130 Cuaderno Principal.

⁵ Folio 132-133 Cuaderno Principal.

⁶ Folio 202- 205 Cuaderno Principal 2.

⁷ Folio 217-218 Cuaderno Principal 2.

4.1. Parte actora⁸

El apoderado de la parte actora, indicó que los lazos de consanguinidad de los demandantes con la víctima directa se encuentran demostrados de acuerdo a las pruebas que reposan en el plenario y quedó indicado en la fijación del litigio.

Alegó que el daño se encuentra demostrado, puesto que el señor VIVEROS GORDILLO fue privado de su libertad desde el 16 de mayo hasta el 24 de junio de 2014, es decir, por el término de 2 meses y 14 días, restricción de la libertad acaecida como consecuencia de una providencia judicial emanada por un Juez de la República a solicitud de la Fiscalía General de la Nación.

Señala que el señor VIVEROS GORDILLO, fue capturado en virtud de una orden de captura, no en situación de flagrancia, es una circunstancia relevante a efectos de determinar posteriormente si existe o no culpa exclusiva de la víctima.

El 16 de mayo ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Popayán se realizaron las audiencias preliminares concentradas donde se le imputó al señor VIVEROS GORDILLO los delitos de hurto calificado agravado, en concurso con secuestro simple y porte ilegal de armas, cargos que no fueron aceptados. De manera subsiguiente la Fiscalía solicitó la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario; para demostrar la inferencia razonada de autoría única y exclusivamente corrió traslado del acta de reconocimiento fotográfico efectuado por la señora MARIA EUGENIA DIAZ donde indica en una fotografía a blanco y negro que la persona señalada es uno de los autores del punible, correspondiendo esta elección al señor ALIRIO VIVEROS, ante lo cual se dispuso ante el controlador de garantías acceder a la petición de la Fiscalía.

Aduce que con el propósito de acreditar la antijuridicidad del daño y la inexistencia de la culpa exclusiva de la víctima es menester indicar que la defensa se opuso a la imposición de la medida de aseguramiento, sin discutir la existencia del delito, sino la inferencia razonada de autoría del procesado, corriendo traslado de diversos elementos materiales probatorios con los que se demostraba que para la fecha de los hechos, el imputado laboraba en un local comercial en la ciudad de Neiva, departamento del Huila y que por ello no podría ser uno de los autores del delito, resultando imposible encontrarse en dos lugares al mismo tiempo, aun así el Juzgado decidió imponer la medida.

El día 28 de mayo de 2014, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con

⁸ Folio 271-225 Cuaderno Principal 2.

Funciones de Control de Garantías de Popayán, por segunda vez la defensa solicita audiencia de revocatoria de medida de aseguramiento, donde expone de manera más amplia que el procesado se encontraba laborando como administrador de un local comercial en la ciudad de Neiva y aun con los múltiples elementos materiales probatorios trasladados, el Juzgado decidió no acceder a la petición, ante lo cual es necesario reiterar que la defensa estaba plenamente convencida de la inocencia del procesado, infortunadamente no es fácil desvirtuar en sede de garantías la atribución de la Fiscalía ya que el grado de convicción para imponer la medida es solo de inferencia razonada, por ello a la defensa le requieren prácticamente demostrar el grado de certeza la inocencia del procesado, sin que la negación de la solicitud implique que los elementos materiales probatorios no demuestren la realidad.

El 30 de julio de 2014, la defensa solicita por tercera vez la revocatoria de la medida de aseguramiento ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Popayán, en donde expone la existencia de nuevos elementos probatorios desvirtúan la inferencia razonada de autoría edificada en la audiencia preliminar concentrada.

Así mismo, indica que la fiscalía realizó un acto investigativo tendiente a que la señora MARIA EUGENIA DIAZ en su calidad de única testigo que hiciera un reconocimiento fotográfico realizara por un reconocimiento en fila o presencial en el cual se concluyó que no reconoce a ninguna persona como posible autor del delito del que fue víctima, es decir a solo 3 metros de distancia no reconoce al señor VIVEROS GORDILLO como responsable punible, desvirtuando con ello la inferencia razonada de autoría.

El mismo acto fue realizado al señor FERNEY MONTENEGRO, víctima del punible, testigo presencial y esposo de la señora DIAZ con quien se obtiene idéntico resultado al de su esposa, por ello el Juez de Garantías decidió acceder a la petición de defensa.

Razón por la cual el Fiscal de conocimiento radicó solicitud de preclusión de la investigación, correspondiendo por reparto al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Popayán, quien en audiencia del 4 de septiembre de 2014 dispuso Precluir la investigación, quedando ejecutoriada en el mismo acto.

Hace referencia a la privación injusta de la libertad y señala que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional se tiene que no basta con probar la restricción de la libertad y la ausencia de condena, sino que además es necesario analizar si el daño derivado de la privación de la libertad es antijurídico a la luz del artículo 90 de la Constitución Política.

En el caso en concreto, es evidente que el procesado no tenía el deber jurídico de soportar la privación de la libertad de la que fue víctima, no solo porque la preclusión fue decretada a su favor.

La Fiscalía edificó la atribución penal en contra del señor VIVEROS GORDILLO, exclusivamente en un reconocimiento fotográfico realizado por una de las víctimas, con el que autorizó una orden de captura y se decretó una medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

Señala que, la absolución penal vía preclusión tiene su génesis en los elementos materiales probatorios recolectados por la misma Fiscalía que se vio en la obligación de dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 252 de la Ley 906 de 2004, en virtud de la cual se postula que quien realiza el reconocimiento fotográfico debe realizar el reconocimiento en fila de personas, por lo que fue la Fiscalía quien ordenó este acto investigativo, que conduciría a la revocatoria de la medida de aseguramiento y a la preclusión.

Expuesto lo anterior y el material probatorio se advierte que la conducta del señor VIVEROS GORDILLO no dio lugar a la apertura del proceso y la detención preventiva, como quiera que fue el presunto reconocimiento de un testigo, en la fecha posterior a la ocurrencia del delito, no en flagrancia el que no dio lugar a su captura y posterior medida de aseguramiento, pero sin embargo con posterioridad no lo reconoció en fila y sin reconocimiento que pudieran efectuar las víctimas es necesario concluir que desde el punto de vista civil no se encuentra probado culpa o dolo grave del señor VIVEROS GORDILLO para que se le procesara, siendo solo víctima de un errado reconocimiento fotográfico en el que ninguna incidencia puede tener, ya que se ve sorprendido solo al momento de la captura, sin tener ningún tipo de conocimiento sobre el delito.

Sin existir una causal eximente de responsabilidad es necesario determinar el título de imputación en virtud del cual debe atribuirse el daño antijurídico, ante lo cual la jurisprudencia ha sido reiterativa en indicar que la responsabilidad estatal por privación injusta no privilegia un título de imputación, entendiéndose que es objetivo de manera automática por el solo hecho de no existir condena.

Manifiesta que contrario a las tesis sostenidas por las entidades demandadas en todas las actuaciones, no es cierto que actualmente la responsabilidad por privación injusta de la libertad ahora sea siempre un título de imputación y deba demostrarse la falla en el servicio o un actuar contrario a derecho del Estado, porque no se privilegia ningún título de imputación, sino que debe determinarse cual es adecuado para endilgar el daño antijurídico previamente demostrado.

Indicó que en sub lite se advierte que el daño es antijurídico y es atribuible al Estado aun cuando no exista una actuación manifiestamente contraria a la Ley que configure una falla en el servicio, sino que en aplicación de la cláusula general de responsabilidad es evidente que el señor VIVEROS GORDILLO no estaba en la obligación de soportar el daño padecido, puesto que se demostró en el proceso fueron las pruebas de la Fiscalía las que accionaron el aparato judicial y a su vez determinaron la preclusión.

Reitera que contrario a la tesis sostenida a nivel nacional por las entidades demandadas es procedente atribuir responsabilidad Estatal por privación injusta de la libertad más allá de la falla del servicio, al acaecer un daño especial válidamente aplicable, solo que ya no de manera automática.

4.2. De la Nación-Rama Judicial⁹.

El apoderado de la Rama Judicial, 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.

La actuación se despliega en respuesta a la solicitud efectuada por la Fiscalía General de la Nación sobre la imposición de medidas de aseguramiento en cada uno de los procesos penales cuando a ello tiene lugar, conforme a los materiales probatorios presentados por la misma, 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 respalda la decisión del Juez de Control de Garantías que impuso la medida y que no fue deliberada su decisión.

Señala que se realizó un estudio de las posibilidades frente al caso en concreto, no fue deliberada su decisión, como prueba de ello se tiene la aceptación de la medida de aseguramiento, pues ninguno de los asistentes a las audiencias preliminar presentó recurso frente a la medida de detención preventiva, como quedó demostrado en la audiencia realizada el día 16 de mayo de 2014 en el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Popayán con función

⁹ Folio 267-270 Cuaderno principal 2.

de Garantías.

En el caso en particular, no se vislumbra de ninguna manera algún tipo de accionar arbitrario o ilegal por parte del Juez de Control de Garantía, más cuando la captura del hoy demandante se produjo al reconocimiento fotográfico realizado por parte de la víctima, quien cuenta con anotaciones por porte de armas de fuego y hurto.

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.

Frente a la decisión judicial posterior de decretar la preclusión de investigación del señor VIVEROS GORDILLO, se hace por solicitud de la Fiscalía, con fundamento en el artículo 332 #6, imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

Manifiesta que a medida que transcurre el proceso penal la exigencia de la prueba sobre la responsabilidad en la comisión de un hecho punible es mayor, pues al decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva basta que obren en contra de la persona sindicada del hecho punible graves indicios de responsabilidad, pero dicha carga cobra mayor exigencia al proferir sentencia condenatoria, toda vez que para ello se requiere plena prueba de la responsabilidad. Las decisiones que se profieren en cada una de las etapas de la investigación tienen requisitos distintos.

En este contexto, 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 por tratarse de una decisión típicamente jurisdiccional, puso fin a la acción penal, dirimiendo de fondo el conflicto. El Juez cumplió con el deber de salvaguardar los derechos constitucionales y legales del imputado, los cuales no fueron afectados en modo alguno por la decisión de imponer medidas de aseguramiento y su posterior preclusión de investigación.

En igual sentido y en aras de sustentar esta idea, se pone la conclusión a la que llegó el Consejo de Estado en la sentencia con radicado interno No. 46.360, indicó: "Si bien, la conducta del capturado, finalmente, no constituyó un elemento suficiente para continuar con la investigación penal en su contra, sí tiene la vocación de romper el nexo causal entre la actuación estatal y el

daño, puesto que constituyó un elemento determinante para su captura y vinculación al proceso penal".

Resulta evidente que no existe un daño antijurídico atribuible a la entidad, pues de acuerdo al material probatorio allegado en el proceso penal resultaba necesario adelantar la investigación penal y adoptar las medidas judiciales necesarias. Por lo tanto, la medida de aseguramiento a la que estuvo sometido el hoy demandante, era una carga que le correspondía soportar, por cuanto el ente investigador y los operadores judiciales tenían el deber de analizar todo el contexto que se derivaba de las pruebas allegadas.

Por lo dicho y de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, 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, ya que no se encuentra demostrado el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la entidad en mención.

La falla de la administración de justicia para que pueda considerarse como causa de perjuicio y comprometa su responsabilidad no puede ser cualquier tipo de falla. Debe ser que la entidad teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía presentarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse anormalmente deficiente, además ésta entidad no ostenta el ejercicio de la acción penal, ni da inicio a investigaciones por conocimiento de hechos con características a delito, como tampoco podría emitir ningún tipo de condena en la fase preliminar pues la función de desvirtuar la presunción de inocencia del hoy demandante correspondía en su momento al ente investigador, es decir, la Fiscalía.

Además de ello, considera que se presenta ausencia de nexo causal, toda vez que las actuaciones de los Jueces que intervinieron en el proceso penal al que resultó vinculado el señor VIVEROS GORDILLO, se emitieron en cumplimiento de la Ley y la Constitución Política.

Así mismo, en el caso sub examine se configura la causal eximente de hecho de un tercero puesto que de las pruebas obrantes en el plenario se encuentra acreditado que la situación del señor VIVEROS GORDILLO, desde el punto de vista de la causalidad material, se dieron a causa de la denuncia y en atención al reconocimiento fotográfico realizado por parte de la víctima el señor FERNEY MONTENEGRO LLANTEN quien con posterioridad en audiencia pública del día 04 de septiembre de 2014, manifestara estar de acuerdo con la solicitud de preclusión de investigación presentada por parte de la Fiscalía.

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 para ejercer la acción penal del Estado, quedando demostrada la participación del Ente Investigador o Instructor en el proceso penal que es el origen de este medio de control, pues es quien solicita la medida de seguridad y con posterioridad solicita su revocatoria y al final solicita la preclusión de investigación, que en todo caso sustentó la medida inicial con fundamento a elementos materiales probatorios de la posible participación del demandante en el delito que se indagaba.

Sin reconocer responsabilidad por parte de la entidad, respecto de los daños de orden material e inmaterial al señor VIVEROS GORDILLO y su familia no están acreditados toda vez que los testigos la defensa de la parte demandante fueron desechados por no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 212 del CGP. Así las cosas, no se demostraron los perjuicios de orden material e inmaterial, ni el grado de congoja de los reclamantes por lo que la parte demandante no cumplió con la carga de la prueba a fin de que se le reconozcan sus pretensiones.

En consecuencia, de todo lo expuesto, solicitó que denieguen todas las pretensiones de la demanda.

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

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

La actuación de la Fiscalía General de la Nación, se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y 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 daño antijurídico por privación injusta de la libertad.

La fiscalía obro en cumplimiento de un 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 está eximida, ya que ha obrado en cumplimiento de su deber legal.

LEONIDAS ALIRIO VIVERO GORDILLO fue puesto a disposición del Juez con Función de Control de Garantías en vigencia de la Ley 906 de 2004, razón por la cual las atribuciones y competencias de la entidad cambian en el trámite de proceso penal, cuyo protagonista principal es el Juez de Control de

¹⁰ Folio 223-266 Cuaderno Principal 2.

Garantías, pues la Fiscalía General de la Nación se convierte en un sujeto procesal más, destacándose que en tal sistema ya no es quien impone la medida de aseguramiento porque no tiene facultades jurisdiccionales, sino que dicha función está en cabeza del Juez de la República

Presentada la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, legalización de captura, de formulación de cargos, con los elementos materiales probatorios, como la evidencia física, el Juez con Función de Control de Garantías, declaró la legalidad de la captura e impuso medida de aseguramiento a LEONIDAS ALIRIO VIVERO GORDILLO; autoridad judicial que contaba con todas las facultades constitucionales y legales para no decretar tal medida, si en su criterio la misma no es razonada y prudente, entonces bien podría desestimar la petición elevada por el ente acusador en dicha etapa procesal de la investigación y así evitar la privación injusta de la libertad del hoy demandante, como ello no sucedió.

Así las cosas, señala que puede aceptarse la aseveración realizada en la demanda frente a la Fiscalía por la privación injusta de la libertad del señor LEONIDAS ALIRIO VIVERO GORDILLO, cuando la medida de aseguramiento fue proferida por el Juez con Función de Control de Garantías, como está probado en el proceso penal, no siendo competencia de la Fiscalía proferir dichas medidas restrictivas en el sistema acusatorio, pues el papel del ente acusador se limita a solicitar la imposición de dicha medida, apoyándose en el material probatorio recaudado hasta el momento procesal.

Tal es la autonomía de los Jueces de la República, que en este caso fue el Juez Quinto Penal municipal de Popayán con Funciones de Control de Garantías, quien decidió absolver al señor VIVEROS GORDILLO por decisión adiada el 30/07/2014.

De lo anterior es ajustado a derecho corregir que la Fiscalía en su actuar dentro de la investigación penal adelantada, obró de conformidad con la obligación y funciones establecidas en el artículo 250 de la Carta Política; las disposiciones legales, dentro de éstas el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación y las disposiciones tanto sustanciales como procedimentales penales vigentes para la época de los hechos, esto es, la Ley 906 de 2004.

En el presente caso 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 aquí demandante y le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, luego de ninguna manera puede endilgarse a la Fiscalía la responsabilidad deprecada en la demanda con 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.

Debe advertirse que tratándose de la privación injusta de la libertad, uno de los títulos de imputación de responsabilidad en cabeza de la Administración de Justicia, de manera alguna puede atribuírsele a la Fiscalía General la responsabilidad deprecada en la demanda, ya que no le incumbe, de acuerdo con el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal, la imposición de medida de aseguramiento, pues tan solo le corresponde a esta Institución adelantar la investigación y de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, solicitar como medida preventiva la detención del sindicado si lo considera conveniente ante el Juez de Control de Garantías correspondiéndole finalmente a éste último operador judicial 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.

Señala que la pretensión hecha por los demandantes de declarar administrativamente responsable a la Fiscalía, por detención injusta, ya que, si bien es cierto que se dio esta medida, ella no fue proferida por la Fiscalía, y esto no bastaría, para ser probado, con la certificación del centro carcelario, donde indica por cuenta de qué autoridad estuvo detenido el señor VIVEROS GORDILLO.

El Juez de primera instancia desconoce el rol que desarrolla cada parte dentro del proceso penal, y se equivoca al indilgar responsabilidad a la Fiscalía; pues como ya se mencionó es el Juez de Garantías el único quien ostenta la jurisdicción para imponer la medida de aseguramiento.

No se logró demostrar que la Fiscalía General de la Nación, haya incurrido en falla del servicio, toda vez que no fue otro órgano distinto a la FGN quien emitió la medida de aseguramiento.

No está demostrado que la Fiscalía incurrió en error judicial, la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento elevada ante el Juez de Control de Garantías, fue emitida previa valoración de un serio análisis profundo y razonable de las distintas circunstancias del caso y por ende no pueden ser consideradas equivocadas, no obstante que un Juez de la Causa haya decidido absolver, en una situación en la cual no era dable para obtener con grado de certeza suficiente del estado de inocencia.

Indudablemente estaban dados los presupuestos mínimos y necesarios para vincular a la investigación al señor VIVEROS GORDILLO, 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 penalmente, no podrá reclamar reparación vía administrativa y como en el caso que nos ocupa precisamente se absolvió, pero no por absoluta inocencia.

Insiste en la falta de legitimación en la causa por pasiva de la FGN, toda vez que frente a la detención, de acuerdo a lo previsto por el actual sistema penal acusatorio, cuyo procedimiento legal regula 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 una detención calificada por los demandantes como falla en el servicio, pues la legalidad fue avalada por el respectivo Juez competente.

Se tiene que la fiscalía no tuvo dolo, culpa grave o negligencia grave que conllevaran responsabilidad alguna de su parte por la privación preventiva de la libertad del señor VIVEROS GORDILLO, máxime cuando existía señalamiento en álbum fotográfico en contra de éste, por parte de FERNEY MONTENEGRO LLANTEN y la señora MARÍA EUGENIA DÍAZ URIBE, quien con tal convencimiento y seguridad señalaron al citado VIVEROS GORDILLO como una de los cinco sujetos que el 25 de julio de 2013, en momentos en que el señor MONTENEGRO LLANTÉN se disponía a guardar el auto, entraron abusivamente a la vivienda de la familia, los amenazaron con arma de fuego y procedieron a encerrar a la pareja ya su hija menor en la habitación y con amenazas de matar a la menor, lo obligaron a entregar una suma de dinero ajena que guardaba el señor FERNEY, además de hurtar pertenencias como celulares, entre otros bienes que fueron valuados en \$4.000.000. Por ende, hasta ese momento no había duda que el hoy demandante, cometió la conducta delictiva.

A ello se adiciona que las personas que lo señalaban pertenecieron bajo amenazas con él por más de 45 minutos, lo que acrecentaba la validez del testimonio en un eventual juicio y la inferencia razonable de autoría en cabeza del señor VIVEROS GORDILLO.

Extrañamente para el ente acusador, tal como se puede colegir de lo asentado en la sentencia de preclusión emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Popayán, los testigos principales de la autoría de los hechos

denunciados, después de indicarle al Fiscal que podría reconocer en fila de personas a VIVEROS GORDILLO a quien ya días atrás había reconocido el álbum fotográfico, el 22 de junio de 2014 al ponerlo frente a VIVEROS GORDILLO y otras personas manifestaron no reconocerlo.

Paso seguido y como consecuencia de tal retroceso de los testigos principales, al revisar frente a los hechos en concepto de irresistible, cuyo fondo conlleva la imposibilidad de rechazar o evitar algo, se tiene que, si los hechos ocurridos ya mencionados eran imprevisibles para el ente acusador, consecuentemente no era posible para éste evitarlos máxime cuando quedaron dependiendo solo de la voluntad de las víctimas renombradas.

Por expuesto, solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda, por cuanto no está demostrada la falla en el servicio por error judicial no 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 de culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero.

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.

Conforme a la certificación visible a folio 49, la sentencia absolutoria quedó debidamente ejecutoriada el 30 de julio de 2014, 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 1 de agosto de 2016, sin embargo, al haberse presentado la demanda el 23 de mayo de 2016¹¹, se hizo oportunamente, sin necesidad de contar el término de suspensión de la caducidad por la prestación de la solicitud de conciliación extrajudicial.

2. Problema jurídico.

¹¹ Folio 130 Cuaderno Principal.

Le corresponde al Juzgado establecer, ¿Si la NACIÓN-RAMA JUDICIAL- y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, son responsables administrativa y patrimonialmente, por los daños que se dicen fueron ocasionados a la parte actora como consecuencia de la privación de la libertad de que fue objeto el señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO o si por el contrario se encuentra acreditada alguna causal de exoneración de responsabilidad de las 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 penal¹², 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

¹² 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 .

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 coasociados¹³. Posteriormente, se dice que la 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 detención¹⁴.

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 culpa¹⁵. 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 detención¹⁶. 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 penal¹⁷, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia.

...

¹³ Sección Tercera, sentencia de 1 de octubre de 1992 (expediente 7058).

¹⁴ Sección Tercera, Sentencia de 25 de julio de 1994 (expediente 8666).

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

¹⁶ Sección Tercera, Sentencia de 17 de noviembre de 1995 (expediente 10056).

¹⁷ 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.

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 reo¹⁸.

...

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, 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)."¹⁹

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

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

¹⁹ 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).

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 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.

4. 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 utilización²⁰.

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 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

²⁰ Sentencia C-469 de 2016

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.

5. 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 LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, dentro del proceso penal bajo el C.U.I. 190016000602201305255 y con radicado interno N.I. 13398.

En el formato único de noticia criminal de fecha 26 de julio de 2013, se consagró en el relato de los hechos, realizado por el señor FERNEY MONTENEGRO, lo siguiente²¹:

“vengo a denunciar unos hechos que ocurrieron en el día de ayer en la cual llegábamos a la casa mi esposa María Eugenia Díaz Uribe, mi hija Claudia Marcela Montenegro, y en ese momento mi esposa abrió la puerta e ingresó, también ingresó mi hija y cuando yo me quedé afuera en el carro y procedí a abrir la puerta del garaje para meter el carro y cuando estaba dentro del carro llegaron como cinco tipos y me encañonaron y me pusieron el arma en la cabeza y me sacaron del carro y me metieron a la casa y adentro uno de los tipos cogió a mi hija y la subió al segundo piso y allá se encontraba mi esposa y le dijeron a mi esposa hijueputa te estas quieto o te mato a la niña y me entregas todo lo que tenes y a mi después me subieron al segundo piso y nos encerraron en una pieza y todos empezaron a revolver todo, cajones de los armarios y dejaron todo en desorden y nos quedamos encerrados. - preguntando, usted donde reside. -contestando- carrera 10 A Nor 66N 46 barrio bello horizonte -preguntando. -cuantas personas ingresaron a su vivienda. Contestando- cinco personas- preguntando-ustedes fueron intimidados con algún arma y de que clase- contestando- eran pistolas. - preguntando- todos portaban armas. - contestando- todos portaban armas. Preguntando- usted reconoce a alguno de los sujetos que lo hurtaron. - contestando. - al ver fotos sí. -preguntando. - ustedes fueron agredidos o lesionados con el hecho. - contestando. - no. -preguntando. Que elementos u

²¹ Folio 19-20 Cuaderno Pruebas.

objetos le fueron hurtados. Contestando. Esta la cedula de ciudadanía de mi esposa con número 34.542.738 de Popayán a nombre de María Eugenia Díaz Uribe, lo que también se hurtaron fue tres celulares, uno de marca Samsung Galaxy y un celular Nokia y el otro no recuerdo la marca, un pc COMPAQ, un millón de pesos, dos bolsos Totto, tres cadenas de oro, tres anillos de oro, cinco dijes de oro, tres lociones de hombre, dos lociones de mujer, tres chaquetas, cinco camisetas, dos juegos de llaves de carro y de la casa, un televisor plasma de 24 pulgadas. Preguntando. - En cuanto estima los daños y perjuicios ocasionados con el hecho. -Contestando. -Los estimo en cuatro millones de pesos. -preguntando. -usted está en disposición de elaborar retrato hablado o verificar álbum criminológico ante funcionario de Policía Judicial para el reconocimiento de estos sujetos. - Contestando. - sí. - preguntando. Desea agregar algo más a la diligencia. - Contestando. -Sí, pues tenemos alguna información de que es una banda que se dice llamar los Alirios que se hacen por este sector del norte de la ciudad y por vecinos del sector después de que nos dejaron encerrados en la pieza que estos sujetos fueron recogidos por un carro gris. - preguntando. Algo más. - contestando. - no, eso es todo. (...)"

El investigador de campo –FPJ-11- de fecha 13 de noviembre de 2013 de hora 09:00, da respuesta a la orden a policía judicial de fecha 05/08/2013²². Con el cual se busca esclarecer el hurto cometido el 25 de Julio de 2013 en el barrio bello horizonte de Popayán Cauca, señalando lo siguiente:

En el informe presentado se hace la descripción de la entrevista realizada por la señora María Eugenia Díaz Uribe identificada con cédula de ciudadanía No. 34.542.738 de Popayán, manifiesta que:
(...)

Sintió que tiraron las puertas del garaje duro, ella salió hacia el corredor a mirar y le dijo a su hija que se llama Marcela Montenegro que era lo que había pasado abajo en el primer piso, cuando ella observó que un sujeto de sexo masculino la traía cogida del brazo y apuntándole con un arma de fuego y detrás de esta venía otra persona de sexo masculino , cuando ella los vio, este sujeto le dijo que no hiciera ruido y que se metiera en la habitación, ella le respondió que no se iba a meter a la habitación y que era lo que le iba a hacer a su hija Marcela y su hija le dijo que mami hágale caso no te opongas y este sujeto le dijo "hágame caso sino yo mato a su hija" y ella le dijo que metiera a la niña primero a la habitación y luego ella, entonces metió a su hija primero a la habitación, entonces esta persona la empujo y la metió a la habitación a la fuerza y les dijeron que se tiraran al piso y que no les miraran las caras y el con una mano les apuntaba y con la otra requisaba los bolsos.

...

²² Folio 21-22 Cuaderno Pruebas.

La señora María Díaz nos manifiesta que las personas que ella pudo observar son de las siguientes características, uno de los sujetos era de contextura obesa porque se le podía observar la barriga, medía aproximadamente entre 1.65 a 1.70 metros, cabello corto y de color negro, la cara era redonda y con papada, color de piel trigueña, labios gruesos, las cejas son arqueadas, ojos eran de color como miel, vestía jean azul, la camisa era de rayas blancas y negras, un buzo de color gris con franjas verdes y tenía sobre su cabeza la capucha del buzo, tenía puesto zapatillas de color azul. La otra persona era de color trigueña, medía aproximadamente entre 1.75 a 1.80 metros y no recuerda más características de esta persona.

...

Con la información suministrada por la víctima, la cual hace una descripción de los rasgos físicos y características de los agresores, y quien asegura estar en condiciones de reconocer por lo menos a uno de estos, el cual corresponde a una persona de sexo masculino de contextura obesa porque se le podía observar la barriga, medía aproximadamente entre 1.65 a 1.70 metros, cabello corto y de color negro, la cara era redonda y con papada, color de piel trigueña, labios gruesos, las cejas son arqueadas, ojos eran de color miel, vestía jean color azul, la camisa era de rayas blancas y negras, un buzo de color gris con franjas verdes y tenía puesta sobre su cabeza la capucha del buzo, traía puesto zapatillas de color azul.

Mediante las labores investigativas adelantadas se verificó en la base de datos existente en la sección de investigación criminal de Popayán, se logra determinar que las características descritas por la víctima denunciante corresponden a una persona de sexo masculino que ya había sido conducida el día 21/08/2013 por personal de la Policía de Vigilancia a las instalaciones de la Policía Metropolitana de Popayán (MEPOY), a quien se le incauto un arma de fuego de su propiedad en aplicación a resolución 004 del 18/08/2013 Jefatura Estado Mayor Brigada 29, a demás esta persona presenta antecedentes ya que ha sido judicializada por el delito de hurto el día 22/04/2012, la persona que cumple con los rasgos y características físicas descritas por la víctima corresponden al señor Alirio Leónidas Viveros Gordillo identificado con cédula de ciudadanía No. 10.302.854 de Popayán, ante la similitud de la características físicas y morfológicas descritas por la víctima con el señor Alirio Leónidas Viveros Gordillo quien fue conducido el día 21/08/2013 a las instalaciones policiales, se solicitó al Área Científica de la DIJIN copia de la fotocédula con el fin de corroborar o desvirtuar los indicios, se solicitó al señor técnico en fotografía, el señor Félix Solarte Quinceno para que realizara un álbum fotográfico siendo indicado el señor Alirio Leónidas Viveros Gordillo; para que sea reconocido por la víctima el día 22/10/2013 en las instalaciones de la policía metropolitana de Popayán en presencia de representante del ministerio público señor JAIME BONILLA VALLECILLA, en dicho reconocimiento

fotográfico se le pone presente a la testigo el álbum fotográfico número 168/1 con siete imágenes con características morfológicas similares y la testigo señala la imagen número 5 que corresponde al nombre de Alirio Leónidas Viveros Gordillo.²³
(...)

Se solicitó el análisis de EMP y EF – FPJ-12- de fecha 22/08/2013, mediante descripción morfológica suministrada por la señora MARÍA EUGENIA DÍAZ, así como la realización del relato hablado²⁴.

Oficio No. SIOPER 2013- 496765 / SIJIN-GRAIJ 29 de 04 de septiembre de 2013, el cual obedece a la consulta realizada al Sistema de Información Estadístico Delincuencial Contravencional y Operativo de la Policía Nacional (SIEDCO), mediante la cual se tienen los antecedentes del señor ALIRIO LEONIDAS VIVEROS GORDILLO²⁵, así:

“Fuente: DATOS SIEDCO, Fecha de los hechos: 02-abril-2012, Ciudad de los hechos: Popayán (CT), Circunstancia de captura: flagrancia Ley 906 de 2004, Delito Artículo 239. Hurto Personas”.

Fuente: DATOS SIEDCO, Fecha de los hechos: 10-mayo-2013, Ciudad de los hechos: Popayán (CT), Circunstancia de captura: flagrancia Ley 906 de 2004, Delito: Artículo 285. Daño en bien ajeno”.
(...)

Solicitud de análisis de EMP y EF – FPJ-12- de fecha 26/09/2013²⁶, mediante el cual se hace examen de un (01) cd marca Princo color blanco con número P424210613570122 el cual contiene 01 tarjeta alfabética con la fotografía y datos del señor Alirio Leónidas Viveros Gordillo, identificado con cédula de ciudadanía no. 10.302.845, enviadas del Área Científica y Criminalística DIJIN de la ciudad de Bogotá D.C., investigado por el delito de hurto calificado. Y se solicita la realización de 01 álbum fotográfico donde se plasme fotografías del señor Viveros Gordillo, el cual se efectuará con un testigo.

Orden de captura No. 067 de 5 de diciembre de 2013²⁷, solicitada por la Fiscalía 001 URI INFANCIA Y ADOLESCENCIA DE POPAYÁN, orden de captura LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO C., No. 10.302.845 expedida en Popayán, hijo de ALIRIO Y ROSA, residente en carrera 17 No. 63N-64 B/ el Uvo de Popayán, lugar fecha de nacimiento Pasto Nariño, el día 9 de febrero de

²³ Folio 22 Reverso Cuaderno Pruebas.

²⁴ Folio 27-29 Cuaderno Pruebas.

²⁵ Folio 31- 32 Cuaderno Pruebas.

²⁶ Folio 37 Cuaderno Pruebas.

²⁷ Folio 14 Cuaderno Principal.

1984, estatura 1.65 mts, señales particulares Cicatriz en un dedo de la mano.

Se aportó Informe ejecutivo –FPJ-3- de 15 de mayo de 2014²⁸, por parte de la Policía Metropolitana de Popayán que realizaron la captura, así:

“El día de hoy 15 de mayo de 2014 unidades de la SIJIN de la Policía Metropolitana de Popayán pertenecientes al grupo de patrimonio económico de la SIJIN, después de recibir información de fuente humana de la ubicación del señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.302.845 de Popayán. Al igual por el radio de comunicaciones de la Policía Nacional nos informa el cuadrante 3 señor SI, Rojas, de la estación de Policía Norte de la ciudad de Popayán, que trasladan a esta persona hasta las instalaciones policiales ubicadas en la calle 67 carrera 12 del barrio Bello Horizonte, con el fin de verificar sus antecedentes judiciales, de inmediato nos trasladamos al lugar indicado encontrando al señor Leónidas Alirio Viveros Gordillo identificado con cédula de ciudadanía No. 10.302.845 de Popayán, acompañado del señor Diego Fernando Fernández Daza, identificado con cédula de ciudadanía No. 12.171.267 de Isnos Huila, siendo las 12:20 del día se le pone en conocimiento al señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, la orden de captura No. 067, del 5 de diciembre de 2013 radicación 190016000602201305255, N.I. 13398, por el delito de HURTO CALIFICADO Y AGRABADO ART. 240 y 241 del C.P, FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FURGO, ACCESORIOS O MUNICIONES ART. 365 del CP y SECUESTRO SIMPLE ART. 168 C.P, suscrita por el señor Juez EFREN VICENTE URBANO. (...)

El 16 de mayo de 2014, ante el JUZGADO CUARTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento, la cual fue solicitada por la Fiscalía por el procedimiento de captura del indiciado LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, según los hechos ocurridos el 25 de julio de 2013²⁹. Se realizó la imputación de cargos en contra del señor VIVEROS GORDILLO, por los delitos de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO, FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS O MUNICIONES y SECUESTRO SIMPLE, a los cuales el imputado no se allanó y se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva intramural al señor VIVEROS GORDILLO (Lit. a, núm. 1 art. 307 CPP), el Juez encuentra que la conducta desarrollada por el imputado es dolosa y grave, independientemente que se configure el secuestro y el porte de arma, el solo hurto se encuentra como una actuación grave. La constancia que se allega por parte de la defensa no indica con certeza que el procesado no se

²⁸ Folio 80 Cuaderno Principal.

²⁹ Folio 16 Cuaderno Principal.

encontraba en Popayán para el día de los hechos. Por lo tanto, se considera que el procesado representa un peligro para la comunidad, se gira boleta de encarcelación ante la cárcel San Isidro de Popayán. La decisión no fue objeto de apelación por parte de la defensa del imputado.

En la misma fecha, se libró boleta de encarcelamiento No. 031 por el mismo despacho en contra de LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO³⁰.

El mismo Juzgado también ordenó la cancelación de la orden de captura 067 de diciembre 5 de 2013, emitida por el Juez 5 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Popayán³¹.

El 28 de mayo de 2014 se llevó a cabo audiencia pública: revocatoria de medida de aseguramiento³², el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, solicitada por la defensa sustenta su petición en el art. 318 CPP. Indica que su defendido para el día de los hechos imputados 25 de julio de 2013 se encontraba en la ciudad de Neiva administrando un establecimiento comercial “Remates el enano todo a 5000 mil”, lo sustenta con declaraciones de Silvia Patricia Quintero y Lucia Quintero y el registro de ventas de ese día. Considera que se ha generado una duda respecto de la inferencia razonable de autoría. Corre traslado de los EMP. La Fiscalía, considera que lo planteado por la defensa afecta son aspectos de responsabilidad y este no es el escenario para realizar dicho debate, los documentos presentados son documentos privados y no brindan certeza y buena fe. Los elementos que sustentaron la medida de aseguramiento son de carácter público que tienen visos de credibilidad. Considera se encuentra incólume la inferencia razonable de autoría. El Juez entra a determinar si procede o no la revocatoria de medida de aseguramiento que ostenta el señor Leónidas Alirio Viveros Gordillo. Existen unas declaraciones extra juicio como la de Lucia Quintero, pero la misma no aporta elementos nuevos que indiquen que el procesado no estuviera en el lugar de los hechos que se investigan. Igualmente encontramos la declaración de Silvia Patricia Quintero, pero el mismo certifica únicamente que el procesado era administrador del lugar. Existe un cuaderno firmado por un “Alirio V” pero es un documento que no reviste claridad. Considera se mantiene incólume la inferencia razonable de autoría, razón por la cual no se accede a la petición de la defensa. No se interponen recursos.

El Juzgado Primero Penal Municipal –Ambulante- de Popayán con Funciones de Control de Garantías, el día 14 de julio de 2014³³ se realiza audiencia. La

³⁰ Folio 17 Cuaderno Principal.

³¹ Folio 18 Cuaderno Principal.

³² Folio 30 Cuaderno Principal.

³³ Folio 55-56 Cuaderno Principal.

defensa solicita que se revoque la medida de aseguramiento que pesa sobre su defendido, con base el art. 308 del C.P.P., entre estos se encuentran, declaración de la señora Silvia Quintero quien manifiesta que el señor VIVEROS GORDILLO laboraba para el día de los hechos en la tienda de su propiedad, entrevista de la víctima donde relata al investigador de campo privado ciertas inconsistencias al analizar el álbum fotográfico, allega también declaraciones extra juicio para soportar que el señor VIVEROS GORDILLO no ha participado de los hechos por lo cual fue sometido a la privación de la libertad, solicita se deje en libertad a su defendido, la fiscalía se opone a la solicitud de revocatoria de medida de aseguramiento, manifiesta que la defensa no aportó los elementos probatorios necesarios para desvirtuar la inferencia razonable, y que además de eso el abogado ha actuado de manera desleal por lo que solicita se compulsen copias disciplinarias y penales para este abogado. El señor Juez no accede a la petición solicitada por la defensa, ya que después de analizados los aspectos fácticos narrados, llega a la conclusión de que esos EMP y EF allegados por la defensa, no cumplen con los requisitos estipulados en los artículos 318 del C.P.P., no desnaturalizan los hechos que llevaron a cabo a la privación preventiva de la libertad y continua la inferencia razonable del imputado. En consecuencia, no se revoca la medida de aseguramiento. Por último, determina compulsar copias al abogado GUIOVANNY PALTA ante el Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria y Fiscalía General de la Nación de esta ciudad, por intermedio del centro de servicios realícese los oficios correspondientes. La defensa interpone recurso de reposición frente a la compulsa de copias. El señor Juez, considera que no hay lugar a ese recurso de reposición ya que es una determinación ordenada por un operador judicial que en ese este caso es el señor Juez quien está obligado a ejercerlo, sin otorgar alguna clase de recursos. Solicita el señor defensor el recurso de queja. El Juez accede al recurso de queja art. 179b del C.P.P.

Acta de reconocimiento en fila de personas –FPJ-21 de 22 de julio de 2014³⁴, mediante la cual la testigo MARÍA EUGENIA DÍAZ URIBE, identificada con cédula de ciudadanía No. 34.542.738 de Popayán, manifiesta no reconocer a la persona que ingresó a su residencia.

Acta de reconocimiento en fila de personas –FPJ-21 de 22 de julio de 2014³⁵, mediante la cual la testigo FERNEY MONTENEGRO LLANTÉN, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.539.499 de Popayán, manifiesta no reconocer a la persona que ingresó a su residencia.

El apoderado judicial del imputado el día 24 de Julio de 2014, convoca la

³⁴ Folio 74 Cuaderno Principal.

³⁵ Folio 74 Cuaderno Principal.

celebración de una audiencia preliminar, con el objeto de solicitar ante un Juez de Control de Garantías de la ciudad, la revocatoria de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario³⁶.

Obra en el expediente a folios 68, 69 y 70 del cuaderno Principal, investigación de campo –FPJ-11- de 28 de julio de 2014, informe mediante la cual se realiza la notificación de las diligencias de reconocimiento en fila de personas en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Popayán, así como la solicitud de acompañamiento del representante del Ministerio Público para el reconocimiento en fila de personas para el 22 de julio de 2014 a las 9:00 horas. El día jueves 22 de junio de 2014, siendo las 08:50 horas, se reúnen en las afueras del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Popayán los testigos, los funcionarios de Policía Judicial, el representante del Ministerio Público y el abogado defensor, para realizar el reconocimiento en fila de personas, siendo las 9:30 de la mañana se ingresa a las instalaciones del Instituto Penitenciario y Carcelario San Isidro.

Se realiza el primer reconocimiento en fila de personas con la testigo María Eugenia Díaz Uribe identificada con cédula de ciudadanía No. 34.542.738 de Popayán, en la primera se le pone de presente 07 personas de sexo masculino con características similares a las del imputado LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO el cual están enumeradas del 01 al 07 donde al imputado le corresponde el número 04, la testigo manifiesta no reconocer a la persona que ingresó a su residencia y le hurtó sus pertenencias, en la segunda salida se le pone de presente las 07 personas de sexo masculino con características similares a las del imputado LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO en diferentes posiciones a la de la primera salida el cual están enumerados del 01 al 07 donde el imputado le correspondió la número 06 y nuevamente la testigo manifiesta no reconocer a la persona que ingreso a su residencia y le hurto sus pertenencias.

Se realiza el primer reconocimiento en fila de personas con el testigo Ferney Montenegro Llantén identificado con cédula de ciudadanía No. 10.539.499 de Popayán, en la primera se le pone de presente 07 personas de sexo masculino con características similares a las del imputado LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO el cual están enumeradas del 01 al 07 donde al imputado le corresponde el número 03, el testigo manifiesta no reconocer a la persona que ingresó a su residencia y le hurtó sus pertenencias, en la segunda salida se le pone de presente las 07 personas de sexo masculino con características similares a las del imputado LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO en diferentes posiciones a la de la primera salida el cual están enumerados del 01 al 07 donde el imputado le correspondió la número 01 y nuevamente la testigo

³⁶ Folio 44 Cuaderno Principal.

manifiesta no reconocer a la persona que ingreso a su residencia y le hurtó sus pertenencias.

Es de poner en conocimiento que no hubo reconocimiento de parte de las víctimas. Pero esto se deja registro fotográfico del reconocimiento en fila de las personas. (...)

El día 30 de Julio de 2014, el Juez Quinto Penal Municipal de Popayán con Funciones de Control de Garantías declara instalada la audiencia de carácter preliminar de solicitud de revocatoria de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario y en consecuencia se ordene la libertad inmediata. El defensor de confianza el Dr. Giovanny Palta Bravo. De acuerdo con el artículo 318 del C.P.P., solicita se Revoque la medida de aseguramiento y se ordene la libertad inmediata su defendido, según los elementos materiales probatorios tales como el reconocimiento en fila del día 22 de julio de 2014, realizado por las víctimas dentro de este proceso no reconocieron al señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, como uno de los autores o partícipe dentro de los hechos materia de investigación. Corre traslado de las actas de reconocimiento en fila. La Fiscalía manifiesta que se opone a lo solicitado por el defensor de confianza, teniendo en cuenta que la prueba presentada por la defensa se presenta por presiones realizadas a las víctimas para que cambiaran de versión de los hechos, recibieron una indemnización de \$5.000.000, existen dudas sobre la transparencia del procedimiento y una persona que se considera inocente no tendría por qué estar pagando perjuicios y las víctimas tienen miedo a posibles retaliaciones. N consecuencia pide que no se revoque la detención preventiva en establecimiento carcelario. Corre traslado de informe de investigador de campo en el que allega cuatro entrevistas de las víctimas. El Juez Quinto Penal Municipal de Popayán con Funciones de Control de Garantías, conforme al artículo 318 del C.P.P., frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la ocurrencia de los hechos, a la fecha la defensa ha desvirtuado los presupuestos establecidos del artículo 308 numeral 2 del C.P.P., además se tiene que de los elementos materiales probatorios, se ha debilitado la expectativa de responsabilidad sobre la conducta punible, presuntamente efectuada por el imputado el señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, identificado con la C.C No. 10.302.845 expedida en Popayán- Cauca. Uno de los argumentos presentados por el Juez Cuarto Penal Municipal de Popayán con Funciones de Control de Garantías para imponer la medida, fue el reconocimiento fotográfico realizado por las víctimas y hoy en esta diligencia se presenta un acta de reconocimiento en fila, en el cual las víctimas no reconocen al imputado, cuando se encuentran a una distancia de menos de tres metros, si bien la fiscalía presente unas entrevistas a las víctimas donde manifiestan que han sido presionadas por la defensa, son con anterioridad al reconocimiento en fila y en ellas no se dice las víctimas hayan recibido dinero

para cambiar su versión. Además, la fiscalía no mencionó otros elementos materiales probatorios que permitieran inferir la posible participación del imputado en los hechos investigados. En este caso existe prueba sobrevenida que desvanece la participación de VIVERO GORDILLO en la presente investigación. Por lo consiguiente se accede a la solicitud de revocar la medida de aseguramiento de detención preventiva en Establecimiento Carcelario “SAN ISIDRO” y se ordena la libertad inmediata del señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, identificado con C.C. No. 10-302.845 expedida en Popayán-Cauca. No se interpone recurso alguno³⁷.

El mismo Juzgado ordena Boletín de libertad No. 54 de 30 de julio de 2014³⁸, ante el director del Establecimiento Carcelario y Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de Popayán “SAN ISIDRO”.

La Fiscalía presenta solicitud de preclusión el día 06 de agosto de 2014, de conformidad al artículo 332 No. 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia³⁹.

Audiencia pública de solicitud de preclusión de 4 de septiembre de 2014⁴⁰, se da inicio a la audiencia pública. Se verificó la presencia de las partes. No comparecieron el procesado y el señor representante del Ministerio Público pese a haber sido notificados. Se le concedió el uso de la palabra al señor fiscal para que sustente su solicitud. El señor fiscal solicitó la preclusión de la presente investigación con fundamento en el artículo 332 #6 de la Ley 206 de 2004 por imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia. Previo traslado al señor defensor, se incorporaron al expediente los elementos materiales probatorios relacionados por el señor fiscal. Se le concedió la palabra al señor defensor, quien expresó que coadyuva la solicitud de preclusión elevada por el señor fiscal. El Despacho entró a resolver la solicitud elevada. Previa manifestación de viva voz que hicieran las víctimas de estar de acuerdo con la solicitud de preclusión presentada por la fiscalía, la señora Juez aceptó la solicitud de preclusión con fundamento en el artículo 332 numeral 6 del Código de Procedimiento Penal y dictó auto en cuya parte resolutive se dispuso a Precluir la presente investigación penal a favor de LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO identificado con cédula de ciudadanía No. 10.302.845 de Popayán; por el delito de hurto calificado agravado en concurso con secuestro imple y fabricación, trafico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones, conforme a lo previsto en el artículo 332 numeral 6 del Código de Procedimiento Penal y a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. (...)

³⁷ Folio 48-49 Cuaderno Principal.

³⁸ Folio 50 Cuaderno Principal.

³⁹ Folio 63-64 Cuaderno Principal.

⁴⁰ Folio 95- 97 Cuaderno Principal.

Conforme a las pruebas antes descritas, procede el despacho a estudiar si la privación de la libertad a la cual fue sometido LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, se tornó injusta y si hay lugar a algún tipo de reparación por parte de las entidades demandadas.

Para el Juzgado no hay duda sobre la existencia del daño alegado, pues se encuentra acreditado que LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO estuvo privado de la libertad dentro de la investigación penal adelantada en su contra por el delito de HURTO CALIFICADO AGRAVADO EN CONCURSO CON SECUESTRO IMPLE Y FABRICACIÓN, TRAFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, PARTES O MUNICIONES, en el período comprendido entre el 16 de mayo 2014 al 30 de julio del mismo año en Establecimiento Carcelario y Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de Popayán "SAN ISIDRO".

6. La imputación.

Analizado el devenir jurisprudencial se observa que el Consejo de Estado ha acudido al título de imputación objetivo, para casos como el presente de "privación injusta de la libertad" de que trata el artículo 68 de la Ley 270 de 1996. Sin embargo se ha dicho, que ello no impide para que en el asunto de autos, si las condiciones fácticas y jurídicas lo ameritan, resulte aplicable el régimen subjetivo o de falla del servicio, cuando el mismo se encuentre acreditado en el plenario. Así, se ha considerado que si bien el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos en los cuales la actuación de cualquiera de sus ramas u órganos hubiera sido "abiertamente arbitraria", dicha disposición no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto, estos no tengan el deber jurídico de soportarlos, como sucede con todos aquellos daños que sufren las personas que son privadas de la libertad durante una investigación penal, a pesar de no haber cometido ningún hecho punible, siempre que la víctima no haya actuado con dolo o culpa grave.

Adicionalmente, debe advertirse que durante la vigencia del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, la responsabilidad estatal debía ser declarada cuando se dictara una sentencia absolutoria o su equivalente –preclusión de investigación o cesación del procedimiento–, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de un hecho punible. Esta disposición quedó derogada el 24 de julio de 2001, al entrar a regir la Ley 600 de 2000. No obstante, ha recordado la Sección Tercera que los supuestos del artículo ya citado se derivan directamente del artículo 90 de la Constitución Política, de modo que la entrada en vigencia de la Ley 600 de

2000 o bien de la Ley 906 de 2004 no inhiben su aplicación, pues las circunstancias señaladas en dicho canon continúan vigentes por expresa orden constitucional.

Igualmente el Consejo de Estado ha dispuesto en reiteradas oportunidades que la conducta de la víctima debe ser analizada por parte del fallador, aspecto último que ha resultado como punto de discrepancia en la reciente acción de tutela contra providencia judicial de fecha 15 de noviembre de 2019⁴¹.

Partiéndose desde el punto de discusión de la jurisprudencia en torno a la participación de la víctima, si bien es cierto no se realiza un nuevo análisis de responsabilidad por parte de este despacho, no puede olvidarse que aún en regímenes objetivos, la participación de la víctima deviene en causal eximente de responsabilidad, adicionalmente el despacho comparte las apreciaciones que ha realizado el Consejo de Estado, en torno a la necesidad de analizar si en el caso específico se cumplieron los requisitos para que procediera la medida restrictiva de la libertad.

De conformidad con lo anterior, como la indemnización se abre paso cuando se demuestra que la privación de la libertad del procesado fue injusta, podría no ser admisible ni justo con el Estado -el cual también reclama justicia para sí- que se le obligara a indemnizar a quien ha sido objeto de la medida de detención preventiva cuando para la imposición de esta, se han satisfecho los requisitos de ley ni cuando a pesar de haber intentado desvirtuar la duda mediante la práctica de pruebas, no se ha podido obtener o lograr ese objetivo, es decir, cuando sobre el investigado persisten dudas acerca de su participación en el ilícito y, por lo tanto, también persisten respecto de lo justo o lo injusto de la privación de la libertad, caso en el cual, si el juez verifica que se cumplieron los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una persona, como aquellos de que tratan los ya citados artículos 28 y 250 constitucionales (inclusive este último después de la modificación que le introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002), las normas de procedimiento penal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mal puede imponer una condena en contra de este último.

Así las cosas, se insiste, resultaría incoherente que el Estado tuviera que indemnizar automática o indefectiblemente por una privación de la libertad impuesta, incluso, por la aplicación del mencionado sustento constitucional, pues para nada es lógico y si, más bien es absurdo pensar y aceptar que la propia Constitución Política exige a la Fiscalía adoptar -o solicitar al Juez-

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”; acción de tutela, expediente con radicación 11001-03-15-000-2019-00169-01; actor: Martha Lucía Ríos Cortés y otros; M.P. Martín Bermúdez Muñoz.

medidas de aseguramiento, como la detención domiciliaria o la detención preventiva u otras que –en las voces de la jurisprudencia de esta Corporación– implican la pérdida jurídica de la libertad, como, por ejemplo, la prohibición de salir del país (art. 388 del antiguo C.P.P.), para garantizar la comparecencia del investigado al proceso –como lo exigen las normas transcritas– y que dicho organismo, sin embargo, por satisfacer ese deber y por obedecer el mandato que le imponía el artículo 6 del derogado Decreto 2700 de 1991 –el cual establecía que los funcionarios judiciales debían someterse al imperio de la Constitución y de la Ley–, se vea obligado a pagar indemnizaciones cuando deba levantar la medida, la cual, como se vio unos párrafos atrás, para nada implica la imposición de una sanción o condena.⁴²

Cabe resaltar que en el presente caso y según la postura jurisprudencial vigente, la preclusión 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 LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, incurrió en alguna conducta gravemente culposa o dolosa, determinante en la adopción de imponerle medida de aseguramiento.

Así pues, en 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

⁴² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Expediente: 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947) Actor: Martha Lucía Ríos Cortés y otros Demandado: La Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación Referencia: Acción de reparación directa.

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 Civil⁴³.

“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”⁴⁴.

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 Civil⁴⁵, 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

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, Rad. 27.577”.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección C, sentencia del 23 de abril de 2018 (expediente 43.085).

⁴⁵ “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”.

pretende le sean resarcidos.”⁴⁶

En consonancia con lo anterior, para caracterizar los mencionados conceptos de culpa grave y dolo, la jurisprudencia⁴⁷ ha acudido a los criterios contemplados en el artículo 63 del Código Civil⁴⁸, de los cuales se extrae que el primero 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 necesidad, la temeridad o la incuria del agente.”⁴⁹*

Para el Juzgado no hay duda sobre la existencia del daño alegado, pues se encuentra acreditado que el señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, estuvo privado de la libertad dentro de la investigación penal adelantada en su contra por los delitos hurto calificado agravado en concurso con secuestro simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones, en el período comprendido entre el 16 de mayo de 2014 al 30 de julio 2014; sin embargo, como se mencionó, no existía suficiente material probatorio ni evidencia que permitiera inferir de parte de la fiscalía que el señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, actuó o participó en los hechos en relación con los delitos que se le imputaron, esto es que él hubiere participado en el hurto o que se le hubiere incautado un arma al momento de la captura, por lo que lo procedente era abstenerse de imponer la medida de aseguramiento.

De esta manera, no se encuentra demostrado que el actor hubiere actuado con temeridad dentro del proceso penal o que sus comportamientos hayan

⁴⁶SENTENCIA 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).

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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 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.

⁴⁹ 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)

sido irregulares para que ameritaran el adelantamiento de la respectiva actuación y consecuente imposición de una medida que lo privara de su libertad. Hasta el punto que, la Fiscalía solicitó la preclusión de la investigación por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, puesto que no se logró confirmar el reconocimiento en fila de personas realizado por las víctimas dentro del proceso, debilitando la expectativa de responsabilidad sobre la conducta punible. Adicionalmente, desde la fecha de los hechos hasta la imposición de la medida de aseguramiento, la fiscalía solamente presentó formato único de noticia criminal⁵⁰, entrevistas realizadas por las víctimas FERNEY MONTENEGRO⁵¹ y MARÍA EUGENIA DÍAZ⁵², información morfológica cromática⁵³, retrato hablado⁵⁴, acta de reconocimiento fotográfico y video gráfico⁵⁵. 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 al 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.

Así las cosas, como no obra prueba alguna de la razón de las afirmaciones de la Fiscalía, pues ninguna de ellas acredita que el señor VIVEROS GORDILLO haya cometido los delitos mencionados, es claro que no se tiene evidencia de que él hubiera incurrido en conducta alguna que pudiera haber estado afectada de dolo o culpa grave, a la luz del artículo 63 del Código Civil y que, en

⁵⁰ Folio16-20 Cuaderno Pruebas.

⁵¹ Folio 23-24 Cuaderno Pruebas.

⁵² Folio 21-22 Cuaderno Pruebas.

⁵³ Folio 28 Cuaderno Pruebas.

⁵⁴ Folio 29 Cuaderno Pruebas.

⁵⁵ Folio 39-43 Cuaderno Pruebas.

consecuencia, él haya dado lugar a la investigación que se adelantó en su contra.

En ese orden, la preclusión 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 2 meses y 14 días y por tanto se concluye que el daño causado a la parte actora por la privación injusta de la libertad del señor VIVEROS GORDILLO 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 LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, además, quienes conforman el grupo familiar demandante, esto es, ROSA GORDILLO HENAO Y ALIRIO LAZARO VIVEROS GOMEZ, en calidad de padres de la víctima y MARIA DE LOS ANGELES VIVEROS GORDILLO en calidad de hermana de la víctima; entidades que están llamadas a responder solidariamente⁵⁶, la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la la NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

7. 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 la prueba documental se tiene que están acreditadas las relaciones de parentesco existentes entre los demandantes:

- Lo señores ROSA GORDILLO HENAO y ALIRIO LAZARO VIVEROS GOMEZ son los padres de LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, conforme al registro civil de nacimiento visible a folio 7 del cuaderno principal 1.
- La señora MARIA DE LOS ANGELES VIVEROS GORDILLO, es la hermana de LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, conforme al registro civil de nacimiento visible a folio 6 del cuaderno principal 1.

⁵⁶ 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.

En tal sentido queda acreditada la legitimación en la causa por activa de los mencionados al acreditarse una relación de parentesco con la víctima directa.

En la demanda se tiene a la señora LIZETH KARIME RAMIREZ TULANDE como parte actora, actuando en calidad de compañera permanente de LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO.

Se encuentra en el plenario, acta de derechos de capturado –FPJ-6- de 15 de mayo de 2014⁵⁷, del señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, en la que manifiesta que su estado civil es soltero.

Así mismo, en el informe de medida de aseguramiento que obra a folio 22 de cuaderno principal, señala el mismo estado civil mencionado.

En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta que el señor VIVEROS GORDILLO manifestó que era soltero, el Despacho procederá a negar esta pretensión, por tanto no se encuentra dentro del plenario material probatorio que acredite lo solicitado por la parte actora.

7.1. Perjuicios inmateriales.

7.1.1. Perjuicios de orden moral.

El apoderado de la parte actora solicita se reconozca por perjuicio a moral a favor de la víctima directa el señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, su madre ROSA GORDILLO HENAO, su padre ALIRIO LAZARO VIVEROS GOMEZ la suma equivalente a 35 SMLMV y a su hermana MARIA DE LOS ANGELES VIVEROS GORDILLO, la suma de 17'5 SMLMV, a raíz del profundo dolor moral, la angustia y agobio ocasionado a los actores por la privación injusta de la que fue víctima el señor LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO.

De conformidad con el acervo probatorio se concluye que LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO estuvo privado injustamente de su libertad por medida de aseguramiento desde el día 16 de marzo de 2014 al 30 de julio de 2014, es decir que estuvo privado de su libertad por un periodo de 2 meses y 14 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

⁵⁷ Folio 83 Cuaderno Principal.

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

Frente al reconocimiento de perjuicios morales, el Consejo de Estado⁵⁸ 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.

En consecuencia se aplicará la presunción establecida por el Consejo de Estado respecto a que los familiares que ocupan el nivel 1 y 2, y teniendo en cuenta que el tiempo detención fue de 2 meses y 14 días, por lo que se reconocerá el perjuicio moral de la siguiente manera:

A favor de LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO en calidad de víctima directa la suma de 35 SMLMV.

A favor de ROSA GORDILLO HENAO y ALIRIO LAZARO VIVEROS GOMEZ en calidad de padres del afectado principal la suma de 35 SMLMV, para cada uno.

⁵⁸ 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).

A favor de MARIA DE LOS ANGELES VIVEROS GORDILLO en calidad de hermana del afectado principal la suma de 17,5 SMLMV.

7.2. Perjuicios materiales.

7.2.1. Lucro cesante.

Solicita la parte demandante en la demanda, las sumas de dinero dejadas de percibir para LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, durante el tiempo que estuvo privado de la libertad y el tiempo en que se demora una persona en conseguir trabajo después de que sale de prisión.

Para resolver esta pretensión el despacho acude a reciente sentencia de unificación de fecha dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019)⁵⁹, 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.

⁵⁹ 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

En los casos en los que se prueba 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 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.⁶⁰).

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,

⁶⁰ 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”.

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.

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 expedirlas⁶¹, las facturas de venta, las cuales tendrán valor probatorio siempre que satisfagan los requisitos previstos en el Estatuto Tributario⁶², 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

⁶¹ “**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”.

⁶² Ver la cita 60 de la página 31.

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”.

De acuerdo al material probatorio que reposa en el plenario, el despacho evidencia que el lucro cesante que se reclama no se encuentra acreditado de conformidad con los parámetros del Consejo de Estado, es decir, no se probó que para la fecha de los hechos 25 de julio de 2013 LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO estuviera ejerciendo una actividad laboral lícita, puesto que si bien es cierto en el proceso penal se allegaron unas declaraciones extra proceso que indicaban que el día en que ocurrió el ilícito por el cual fue privado el ahora demandante se encontraba laborando en la ciudad de Neiva y que fueron desechadas en su oportunidad por el Juez de la causa por presentar inconsistencias.

En el presente proceso no se allegaron dichas declaraciones, no pudiendo ser valoradas la prueba documental referida. Así cosas, no existiendo elemento probatorio que fundamente lo el perjuicio, es del caso negar dicha pretensión.

8. De la condena en 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, sin embargo lo fue en forma parcial no se condenará en costas a las entidades demandadas.

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 probadas las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, ausencia de nexo causal, inexistencia de perjuicios y falta de legitimación en la causa por pasiva, propuestas por la NACIÓN-RAMA JUDICIAL- DESAJ.

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 LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, identificado con la C.C. N° 10.302.845 de Popayán, ROSA GORDILLO HENAO, identificada con la C.C. N° 30.709.531 de Pasto- Nariño, ALIRIO LAZARO VIVEROS GOMEZ, identificado con la C.C. N° 12.955.195 de Pasto- Nariño y MARIA DE LOS ANGELES VIVEROS GORDILLO, identificada con la C.C. N° 25.290.708 de Popayán, por las razones expuestas.

TERCERO.- CONDENAR solidariamente a la NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar:

(i) Por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas:

- A favor de LEONIDAS ALIRIO VIVEROS GORDILLO, identificado con la C.C. N°10.302.845 de Popayán, la suma de 35 SMLMV, en calidad de víctima directa.
- A favor de ROSA GORDILLO HENAO, identificada con la C.C. N° 30.709.531 de Pasto- Nariño y ALIRIO LAZARO VIVEROS GOMEZ, identificado con la C.C. N° 12.955.195 de Pasto- Nariño, la suma de 35 SMLMV para cada uno, en calidad de padres de la víctima directa.
- Y a favor de MARIA DE LOS ANGELES VIVEROS GORDILLO, identificada con la C.C. N° 25.290.708 de Popayán, la suma de 17,5 SMLMV, en calidad de hermana de la víctima directa.

CUARTO.- 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 obligación

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

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.- No Condenar en costas a la parte vencida.

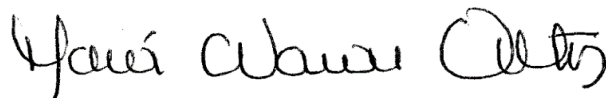
OCTAVO.- Una vez liquidados, por Secretaría devuélvase a la parte actora el excedente de gastos ordinarios del proceso.

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.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ