

**SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / DETENCIÓN ILEGAL / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / IMPROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / INDICIO GRAVE / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD**

La Sala confirmará la decisión de condenar a la Fiscalía General de la Nación porque está acreditado que dictó la medida de aseguramiento contra las víctimas directas sin que se cumplieran los requisitos legales para ello, dado que no existían indicios graves de responsabilidad penal en su contra. [...] En vigencia de la Ley 600 de 2000, momento en el que se dispuso detener a las víctimas directas del daño, los requisitos legales que debían cumplirse para adoptar tal medida estaban previstos en sus artículos 355, 356 y 357 [...]. [...] [E]l daño causado por la privación de la libertad con posterioridad a la ejecutoria de la resolución de acusación es imputable a la Rama Judicial, debido a que el juez penal pudo haber revocado de oficio la medida de aseguramiento dictada contra las víctimas directas y no lo hizo. En virtud de lo anterior y toda vez que la demanda no se dirigió contra la Rama Judicial, la condena contra la Fiscalía se limitará al período durante el cual la privación de la libertad es imputable a esta entidad.

**FUENTE FORMAL:** LEY 600 DE 2000 - ARTÍCULO 355 / LEY 600 DE 2000 - ARTÍCULO 356 / LEY 600 DE 2000 - ARTÍCULO 357

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**

La Sala se pronunciará de fondo en este caso, porque están reunidos los presupuestos procesales para fallar y la demanda fue presentada dentro del término establecido en el artículo 136 del CCA.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136

**EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / PRUEBA DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / DECLARACIÓN DE TERCEROS / INEXISTENCIA DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA**

No está demostrado que los demandantes [...] hubieran realizado conductas que pudieran ser determinantes para la imposición de la medida de aseguramiento. De acuerdo con las pruebas antes mencionadas, los demandantes fueron capturados simplemente como consecuencia de las declaraciones que en su contra rindieron terceros, sin que ninguna conducta suya hubiese tenido algún tipo de incidencia en tal determinación.

**HECHO DEL TERCERO / DAÑO OCASIONADO POR HECHO DEL TERCERO / INEXISTENCIA DEL HECHO DEL TERCERO / FUNCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / AUTONOMÍA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

La excepción relativa a la culpa exclusiva de un tercero propuesta en la contestación de la demanda por la Fiscalía General de la Nación y fundada en que la detención se produjo como consecuencia de acusaciones de terceros es improcedente, porque quien toma la decisión de detener es una autoridad estatal que realiza el análisis de sus supuestos de manera autónoma.

**DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN / DAÑO A LA SALUD / AFECTACIÓN RELEVANTE A BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA HONRA / NEGACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA**

La Sala negará la indemnización del daño a la vida de relación. La denominación de dicha tipología de perjuicio fue abandonada a partir de la sentencia de unificación del 14 de septiembre del 2011. En todo caso, la parte actora solicitó bajo este concepto la indemnización de los perjuicios causados por la afectación a la honra de [los demandantes], lo que no corresponde a una afectación distinta a los perjuicios inmateriales previamente reconocidos.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el abandono de la tipología de daño a la vida de relación, cita: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 14 de septiembre del 2011, rad. 38222. C. P. Enrique Gil Botero.

**PERJUICIO MATERIAL / PERJUICIO MATERIAL POR LUCRO CESANTE / CÁLCULO DE LA TASACIÓN DEL LUCRO CESANTE / LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE / RECONOCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE / SALARIO BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE / DETERMINACIÓN DEL LUCRO CESANTE**

A partir de los testimonios rendidos en este proceso, está demostrado que [la demandante] era comerciante y que [el demandante] trabajaba en labores del campo y en una discoteca de San Isidro; sin embargo, no se acreditó el monto devengado por dichas actividades económicas. Por lo tanto, el lucro cesante se liquidará con base en el salario mínimo legal vigente para este momento. No se realizará el incremento por prestaciones sociales porque no se demostró la existencia de una relación laboral.

**PERJUICIO MATERIAL / DAÑO EMERGENTE / NIEGA EL RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE DAÑO EMERGENTE / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL / NEGACIÓN DE LA TASACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL / IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO EMERGENTE / PERJUICIO MATERIAL POR LUCRO CESANTE / PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR**

Los demandantes solicitaron expresamente la indemnización del daño emergente, e indicaron que éste correspondía a los <<los salarios o ingresos>> que las víctimas directas dejaron de percibir con ocasión de su privación de la libertad, perjuicio que realmente corresponde al lucro cesante. Por lo tanto, la Sala negará la indemnización del daño emergente debido a que la parte demandante no solicitó la reparación de ningún perjuicio que se pueda enmarcar en esta categoría.

**UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / TOPE DE LA INDEMNIZACIÓN DEL**

**PERJUICIO MORAL / CRITERIO PARA PROFERIR LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / FINALIDAD DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PROCEDENCIA DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / REGULACIÓN NORMATIVA DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / REQUISITOS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN**

La Sala ejercerá la competencia prevista en el artículo 270 del CPACA que la habilita para proferir <<sentencias de unificación>>, con el objeto de <<unificar o sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación>>. Lo anterior se hace necesario en relación con las reglas de unificación vigentes, adoptadas en la sentencia de unificación del 28 de agosto 2014; tales reglas también deben ajustarse a las disposiciones legales sobre la necesidad y carga de la prueba, apreciación en conjunto y motivación de los medios probatorios y valoración de los indicios, previstas en los artículos 174, 177, 187, 248, 249 y 250 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículos 164, 167, 176, 240, 241 y 242 del Código General del Proceso; la competencia se ejerce igualmente para modificar los topes máximos de indemnización a los cuales hace referencia el artículo 25 del Código General del Proceso, bajo el mismo tope máximo de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes fijado como regla general por la jurisprudencia y, en casos excepcionales, hasta de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 270 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 174 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 177 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 187 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 248 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 249 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 250 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 164 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 167 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 176 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 240 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 241 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 242 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 25

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre las reglas de unificación vigentes que deben ser ajustadas, cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, rad. 36149, C. P. Hernán Andrade Rincón (e).

**PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / PRESUNCIÓN DE PERJUICIO MORAL / VÍCTIMA DIRECTA / CÓNYUGE / COMPAÑERO PERMANENTE / FAMILIA DE LA VÍCTIMA / GRADO DE PARENTESCO / PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD / PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD / PRUEBA DEL PERJUICIO MORAL / TOPE DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / TOPE MÁXIMO DEL PERJUICIO MORAL / VÍCTIMA INDIRECTA / TÉRMINO DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD / PRISIÓN DOMICILIARIA / PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO / CARGA DE LA PRUEBA / INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA**

Las decisiones que se adoptarán están dirigidas, de una parte, a precisar que los perjuicios morales pueden inferirse, para la víctima directa, de la prueba de la privación de la libertad; y para su cónyuge o compañero (a) permanente, así como

para sus parientes hasta el primer grado de consanguinidad, con la prueba de tal condición. La presunción jurisprudencial de perjuicios morales solo se refiere a dichas víctimas. En relación con las demás víctimas indirectas, aunque la prueba del parentesco puede ser apreciada en cada caso concreto como indicio de la existencia de relaciones estrechas con el detenido, se concluye que dicha prueba no es suficiente para demostrar la existencia de perjuicios morales indemnizables; en este caso, los perjuicios morales deben ser acreditados por la parte demandante con otros medios de prueba. Por último, se reitera que las presunciones jurisprudenciales admiten prueba en contrario. De otra parte, tienen el propósito de ajustar los montos máximos reconocidos a la persona privada de la libertad, determinados a partir de la duración de la privación, determinar su reducción cuando se trate de detención domiciliaria y modificar los toques máximos de indemnización para las víctimas indirectas. Teniendo en cuenta las reglas de unificación vigentes sobre la materia, (i) en relación con las víctimas indirectas, se precisa que los toques máximos de indemnización son indicativos, por lo que en cada caso concreto deben señalarse las razones por las cuales se establece el valor de la indemnización por perjuicios morales para ellas y (ii) se reitera la jurisprudencia vigente para indicar que el tope de indemnización de perjuicios morales de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa solamente podrá ser superado en casos excepcionales, eventos en el cual deberá motivarse detalladamente esta decisión y las razones que justifican tal determinación, hasta un monto máximo de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes. [...] De este modo, la presunción jurisprudencial permite, prima facie, tener por acreditado un hecho cuya demostración incumbe al demandante. Cuando el demandante acredita con la demanda la circunstancia fáctica que sirve de hecho indicador, o la calidad a partir de la cual se establece la presunción, se invierte la carga de la prueba y es al demandado a quien le corresponde desvirtuarla. Lo que agrega el establecimiento de la presunción jurisprudencial es el carácter vinculante de la inferencia, de la deducción o del <<enunciado general que autoriza el paso de uno a otro hecho>> para concluir que, ante la ausencia de otro medio de prueba, debe tenerse por demostrado el supuesto fáctico al cual ella se refiere.

#### **PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / PRUEBA DEL PERJUICIO MORAL / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / RELACIÓN AFECTIVA PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL**

[E]n relación con los parientes que no se encuentren en el primer grado de consanguinidad y de los demandantes distintos del cónyuge o compañero (a) permanente, la prueba de la relación de parentesco no puede considerarse como un indicio suficiente del cual deba inferirse la existencia de una relación estrecha con la persona privada de la libertad. Este medio de prueba no es suficiente para demostrar el perjuicio moral y le corresponde al juez confrontarlo con los demás allegados al proceso, para determinar si, de su análisis en conjunto, puede inferirse la existencia de perjuicios morales derivados de la detención de la víctima directa. En relación con los parientes que no se encuentren en el primer grado de consanguinidad, o distintos del cónyuge o compañero (a) permanente, debe considerarse que solo tienen derecho a la indemnización quienes acrediten que han sufrido un perjuicio moral particular y grave (que es el que puede calificarse de antijurídico) como consecuencia de la privación de la libertad de otra persona.

#### **PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA**

## **LIBERTAD / TOPE DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / TOPE MÁXIMO DEL PERJUICIO MORAL / CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO MORAL**

Si bien la tabla establecida en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 considera el tiempo de detención como criterio para determinar la cuantía de los perjuicios morales, presenta las siguientes dificultades: (i) no precisa si los montos establecidos en la tabla corresponden a rangos o topes de indemnización y (ii) no establece una indemnización progresiva, en función del tiempo de detención, dado que prevé una mayor cuantía para el primer período establecido en la tabla (detenciones con una duración igual o inferior a un mes), que decrece en los periodos posteriores, lo que arroja resultados que no resultan proporcionales. Para superar estos problemas, la Sala adoptará los siguientes topes para cuantificar los perjuicios morales de la víctima directa: Si la privación de la libertad tiene una duración igual o inferior a un mes, una suma fija equivalente a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV). Si la privación de la libertad tiene una duración superior a un mes: Por cada mes adicional transcurrido, sin importar el número de días que tenga el mes, cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV). Por cada día adicional al último mes transcurrido, una fracción equivalente a 0,166 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la cual se obtiene de dividir cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV) por 30 días. La cuantía se incrementará hasta cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV), indemnización que recibirá la víctima directa cuando esté detenida por 20 meses o más tiempo, con el objeto de mantener el tope máximo jurisprudencial, de acuerdo con la jurisprudencia antes indicada.

## **PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / TOPE DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PRISIÓN DOMICILIARIA / REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL**

Estima la Sala que, también como regla general, la intensidad del perjuicio es sustancialmente inferior cuando se trata de detención domiciliaria, caso en el cual la persona no se ve privada del entorno material de su hogar ni de la compañía de su familia. Esta circunstancia incide en la determinación de la intensidad de los perjuicios morales que sufren la víctima directa y sus familiares. Por lo tanto, en casos de detención domiciliaria, la reparación deberá disminuirse en un cincuenta por ciento (50%).

## **PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / TOPE DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / VÍCTIMA DIRECTA / REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / VÍCTIMA INDIRECTA / CÓNYUGE / COMPAÑERO PERMANENTE / FAMILIA DE LA VÍCTIMA / GRADO DE PARENTESCO / PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD / PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD / TOPE DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / TOPE MÁXIMO DEL PERJUICIO MORAL**

El dolor sufrido por la víctima directa de la privación injusta de la libertad no es, por regla general, equiparable al que padecen sus familiares o personas cercanas, que no sufren personalmente la detención. La privación de la libertad, para el que la padece, implica sobrellevar una situación de hecho permanente; no poder

realizar sus labores cotidianas; no vivir en su casa de habitación; no estar con sus seres queridos; no poder circular libremente; no poder autodeterminarse; y convivir con desconocidos. Es cierto que los parientes y personas cercanas (padres, hijos, pareja) sufren al saber que la víctima directa del daño se encuentra en tales circunstancias. Pero no resulta razonable considerar que, en todos los casos o por regla general, los dos dolores tienen la misma intensidad o el mismo grado, ni la misma permanencia o constancia durante el periodo de duración de la detención. En consecuencia, tampoco resulta razonable establecer una regla jurisprudencial de equiparación. Con fundamento en lo anterior, se establecen los topes de perjuicios morales para las víctimas indirectas así: para los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente el cincuenta por ciento (50%) de lo que le corresponda a la víctima directa. Y para los demás demandantes, cuando acrediten los perjuicios morales, el tope máximo es del treinta por ciento (30%) de lo que le corresponda a la víctima directa. La fijación de estos topes se enmarca en las justificaciones y criterios que se explican en el siguiente capítulo.

**REGLAS DE UNIFICACIÓN / PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / TOPE DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / VÍCTIMA DIRECTA / TÉRMINO DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD / PRISIÓN DOMICILIARIA / PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO / PRESUNCIÓN DE PERJUICIO MORAL / CÓNYUGE / COMPAÑERO PERMANENTE / FAMILIA DE LA VÍCTIMA / GRADO DE PARENTESCO / PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD / TOPE DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / TOPE MÁXIMO DEL PERJUICIO MORAL / VÍCTIMA INDIRECTA / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / CARGA DE LA PRUEBA / CARGA DE LA PRUEBA POR EL ACCIONANTE**

Con fundamento en lo anterior, la Sala adoptará las siguientes reglas de unificación para el reconocimiento y cuantificación de perjuicios en casos de responsabilidad del Estado por privación de la libertad: En relación con la víctima directa de la detención, tanto si se trata de detención en establecimiento carcelario, como si se trata de detención domiciliaria, la sola prueba de la privación de la libertad constituye presunción de perjuicio moral para ella. En relación con los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, la prueba de tales calidades constituye presunción del perjuicio moral para ellos. Las presunciones establecidas en las dos reglas anteriores podrán desvirtuarse por la parte demandada. En relación con las demás víctimas indirectas, la prueba del parentesco no es una presunción del perjuicio moral. En tales casos, el juez determinará si el demandante cumplió la carga de acreditar la existencia del perjuicio moral derivado de la existencia de una relación estrecha con el detenido, de la cual pueda inferirse la existencia de un perjuicio moral indemnizable. [...] Para las víctimas indirectas, los topes máximos de indemnización se determinan a partir del monto reconocido a la víctima directa, de la siguiente manera: A los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, el cincuenta por ciento (50%) de lo que le corresponda a la víctima directa. A los demás demandantes, cuando acrediten los perjuicios morales, el treinta por ciento (30%) de lo que le corresponda a la víctima directa. Para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso.

**UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLAS DE UNIFICACIÓN / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PRUEBA DEL PERJUICIO MORAL / REQUISITOS DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL / FAMILIA DE LA VÍCTIMA / GRADO DE PARENTESCO / PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD / HERMANOS DE LA VÍCTIMA / TOPE DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / TOPE MÁXIMO DEL PERJUICIO MORAL / VÍCTIMA INDIRECTA / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / CARGA DE LA PRUEBA / CARGA DE LA PRUEBA POR EL ACCIONANTE**

[C]omo a partir de la sentencia del 28 de agosto de 2013 puede deducirse que, en relación con los hermanos de la víctima directa era suficiente acreditar el parentesco para tener por demostrado el perjuicio moral, y en la gran mayoría de los fallos tal presunción viene aplicándose, la Sala estima procedente establecer la siguiente regla: en relación con las demandas presentadas desde el 28 de agosto de 2013 y hasta la fecha de expedición de la presente sentencia, en las cuales el juez advierta que se presentaron fundándose en la jurisprudencia existente y no se solicitaron pruebas para acreditar los perjuicios morales de los parientes en segundo grado de consanguinidad, podrá hacer uso de las facultades probatorias que le otorga la ley para garantizar su derecho al debido proceso. Esta determinación se adoptará sin importar la instancia en la que se encuentre el proceso. En relación con la determinación de los topes máximos por perjuicios morales y la forma de calcularlos, la sentencia será aplicada de inmediato. Aunque como quedó explicado anteriormente no es posible dar un valor pecuniario a los perjuicios morales, es entonces necesario que, mediante sentencia de unificación con carácter vinculante, se determinen sus topes máximos, con base en criterios generales de proporcionalidad. El hecho de que los demandantes no conocieran estos topes en el momento en que interpusieron sus demandas no afecta la <<confianza legítima>>. El derecho a la reparación de perjuicios sufridos como consecuencia de la privación de la libertad no es un derecho patrimonial que nazca de un acto jurídico (unilateral o bilateral) en el cual la parte se acoge a determinada regla que no puede ser modificada posteriormente. Tampoco puede considerarse que la demanda fue presentada pensando en obtener determinado monto de perjuicios y que la confianza en ese resultado se alteró al establecerse otro monto.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 270

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre los parámetros para la procedencia de la reparación de los perjuicios morales por privación injusta de la libertad a la víctima directa, al cónyuge o compañero permanente y los parientes en el primer grado de consanguinidad, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013, rad. 25022, C. P. Enrique Gil Botero.

**PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / REGLAS DE UNIFICACIÓN / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN /**

Debido a que no se desvirtuó la presunción de los perjuicios morales sufridos por los demandantes [...] con ocasión de la privación de su libertad y a que se demostró que el tiempo que estuvieron detenidos por cuenta de la Fiscalía General de la Nación se prolongó por un período total de [...], (la totalidad en

establecimiento carcelario) [...]. La presunción de la existencia de perjuicios morales en relación con la madre, padre e hijos de [...] no fue desvirtuada con las pruebas obrantes en el expediente. En relación con la intensidad de los perjuicios sufridos por los demandantes [...], hijos de la víctima directa, los testigos [...] señalaron que eran menores y convivían con ella cuando fue privada de la libertad, quedaron abandonados en <<manos de los vecinos>> y agregaron que la situación los afectó mucho porque ella era la <<cabeza del hogar>>. Estas circunstancias imponen decretar a su favor el tope máximo de indemnización, previsto en el 50% del perjuicio moral acordado para la víctima directa. [...] En relación con los padres de [...], los testimonios recibidos hicieron referencia genérica al sufrimiento que la detención generó en toda su <<familia>>, por lo que el perjuicio en relación con ellos se cuantificará en el 40% del perjuicio moral acordado para la víctima directa [...]. En relación con los hermanos de la víctima, las declaraciones recaudadas en el proceso con el objeto de acreditar el perjuicio moral sufrido por éstos no dieron cuenta de la existencia de relaciones estrechas de solidaridad o afecto con la víctima directa, ni indicaron ninguna circunstancia de la cual pueda inferirse que sufrieron un perjuicio particular y grave. Por esta razón y en la medida en que la simple prueba del parentesco no se estima como un indicio suficiente para dar por demostrados los perjuicios morales reclamados, se revocará la condena hecha a su favor por este concepto en la sentencia de primera instancia.

**NOTA DE RELATORÍA:** Providencia con aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata, salvamento de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque, y salvamento parcial de voto de los consejeros Fredy Ibarra Martínez, María Adriana Marín y Nicolás Yepes Corrales.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN TERCERA**

**Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

Bogotá D. C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)**

**Actor: JOSÉ DÍDIMO DÍAZ Y OTROS**

**Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS**

**Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)**

**Tema:** Privación de la libertad

**Unificación:** Se adoptan reglas para unificar la jurisprudencia relativa al reconocimiento y monto de los perjuicios morales por la privación de la libertad.

**Caso concreto:** Se confirma la decisión de condenar a la Fiscalía General de la Nación porque se probó la ilegalidad de la medida de aseguramiento dictada contra las víctimas directas. Se modifica la condena en perjuicios morales.

## **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL**

---

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia proferida el 23 de agosto de 2012 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Caquetá, en la que decidió:

<<(…) **ARTÍCULO PRIMERO:** Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional y Nación-Departamento Administrativo de Seguridad DAS, propuestas por cada una de las entidades respectivamente, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Declarar no probadas las excepciones propuestas por la Nación-Fiscalía General de la Nación y las demás, propuestas por la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional y Nación-Departamento Administrativo de Seguridad DAS, por las razones expuestas en esta providencia.

**ARTÍCULO TERCERO:** Declarar que la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, es administrativamente responsable por los perjuicios morales y materiales causados a los señores MIGUEL DE LOS SANTOS OVIEDO y BERENICE DÍAZ BUITRAGO, por la injusta privación de la libertad de que fueron víctimas, conforme lo demostrado y aludido en la parte motiva de esta providencia.

**ARTÍCULO CUARTO:** Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar con cargo a su presupuesto, por concepto de perjuicios las siguientes sumas de dinero:

### **a) Perjuicios morales**

A favor de BERENICE DÍAZ BUITRAGO, el equivalente a cuarenta y dos (42) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

A favor de FERLEY VARGAS, DANIEL VARGAS, CRISANTA BUITRAGO DE DÍAZ y ESTEBAN DÍAZ GUTIÉRREZ, la suma de veintiún (21) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, para cada uno de ellos.

A favor de URBANO DÍAZ BUITRAGO, DÍDIMO DÍAZ BUITRAGO, OVIDIO DÍAZ BUITRAGO, ORLANDO DÍAZ BUITRAGO, EVELIO DÍAZ BUITRAGO, OCTAVIO DÍAZ BUITRAGO y ALBEIRO DÍAZ BUITRAGO, la suma de diez punto cinco (10.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, para cada uno de ellos.

A favor de MIGUEL DE LOS SANTOS OVIEDO, el equivalente a cincuenta y un (51) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

A favor de ANA BEATRIZ OVIEDO, el equivalente a veinticinco punto cinco (25.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.

A favor de MERY MENESES OVIEDO, JOSÉ FRANKLIN OVIEDO, ADRIANO OVIEDO, la suma de doce punto cinco (12.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, para cada uno de ellos.

#### **b) Perjuicios materiales**

A favor de los señores BERENICE DÍAZ BUITRAGO y MIGUEL DE LOS SANTOS OVIEDO, la suma de siete millones trescientos ochenta y nueve mil trescientos sesenta pesos con diecinueve centavos (\$7.389.360,19), para cada uno de ellos; suma esta que deberá ser actualizada a la fecha del pago efectivo de la condena conforme al artículo 178 del C.C.A.

**ARTÍCULO QUINTO:** Denegar las demás pretensiones de la demanda.

**ARTÍCULO SEXTO:** Con el objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 176 y 177 del C.C.A., se expedirán copias de la sentencia, con constancia de ejecutoria con destino a los demandantes, a la Nación-Fiscalía General de la Nación y al Ministerio Público, con las constancias previstas en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

**ARTÍCULO SÉPTIMO:** En firme la presente sentencia archívese el expediente, una vez realizadas las correspondientes anotaciones en el software de gestión. (...)>>.

La Sala es competente para proferir esta providencia por tratarse de un recurso de apelación interpuesto en vigencia de la Ley 270 de 1996 contra una sentencia proferida en primera instancia por un tribunal administrativo dentro de un proceso de reparación directa por hechos de la administración de justicia.

En auto del 28 de noviembre de 2014 se aceptó a la Fiscalía General de la Nación como sucesor procesal del Departamento Administrativo de Seguridad. Sin embargo, mediante providencia del 4 de febrero de 2016 esa decisión se dejó sin efectos y se tuvo como sucesor procesal a la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado.

Mediante auto del 17 de septiembre de 2020 la Sala Plena de la Sección Tercera avocó el conocimiento del proceso con el fin de proferir la presente sentencia de unificación, para *<<revisar la postura actual de la Sección Tercera relativa a los criterios aplicables para la liquidación de los perjuicios morales en los casos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, establecidos en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 28 de agosto de 2014>>*.

## **I. ANTECEDENTES**

### **A.- Posición de la parte demandante**

1.- La demanda que dio origen al proceso fue interpuesta el 22 de marzo de 2006 por Berenice Díaz Buitrago, Miguel de los Santos Oviedo (víctimas directas) y sus familiares. Se dirigió contra la Fiscalía General de la Nación, el Ejército Nacional y el Departamento Administrativo de Seguridad para obtener la reparación del daño

causado por la privación de la libertad a la que fueron sometidas las víctimas directas, así: (i) la demandante Díaz Buitrago, en centro de reclusión desde el 4 de enero de 2004 hasta el 9 de agosto de 2004 y en detención domiciliaria del 10 de agosto de 2004 al 11 de noviembre de 2004, y (ii) el demandante Oviedo desde el 4 de enero de 2004 hasta el 11 de noviembre de 2004 en establecimiento penitenciario. En el proceso penal se les imputó el delito de rebelión.

2.- En la demanda se formularon las siguientes pretensiones:

<<(…) **PRIMERA.-** Que LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL, LA NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, y LA NACIÓN-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD (DAS), son responsables patrimonialmente de los perjuicios morales, daños a la vida de relación y perjuicios materiales, que le fueron ocasionados a la familia DÍAZ BUITRAGO y OVIEDO, por la detención física e injusta de la que fueron objeto los señores BERENICE DÍAZ BUITRAGO y MIGUEL DE LOS SANTOS OVIEDO, la primera desde el día 4 de enero de 2004 hasta el 9 de agosto de 2004 y detención domiciliaria desde el 10 de agosto al 11 de noviembre de 2004 inclusive, y el segundo detención física desde el día 4 de enero de 2004 hasta el día 11 de noviembre de 2004 inclusive, por cuenta de la Fiscalía Décima Seccional y Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia Caquetá, sindicados injustamente de la conducta punible de rebelión, proceso que culminó con sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia, por cuanto los procesados no cometieron la conducta de la cual se les sindicó.

**SEGUNDA.-** Que como consecuencia de lo anterior, se condene a LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL, LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, y LA NACIÓN - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD (DAS), a reconocer y pagar por perjuicios morales a las familias demandantes las siguientes sumas de dinero, así:

**a)** Para la familia DÍAZ BUITRAGO, integrada por: BERENICE DÍAZ BUITRAGO, CRISANTA BUITRAGO DE DÍAZ, ESTEBAN DÍAZ GUTIÉRREZ, URBANO, JOSÉ DÍDIMO, OVIDIO, ORLANDO, EVELIO, OCTAVIO y ALBEIRO DÍAZ BUITRAGO, mayores de edad, vecinos y residentes en el municipio de La Montañita Caquetá, y los menores FERLEY y DANIEL VARGAS DÍAZ, así:

Para BERENICE DÍAZ BUITRAGO, en calidad de directamente perjudicada con la acción del Estado, el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para la fecha de la sentencia o auto que apruebe la conciliación.

Para los menores FERLEY y DANIEL VARGAS DÍAZ, en calidad de hijos de la señora BERENICE DÍAZ BUITRAGO, para cada uno de ellos, el equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para la fecha de la sentencia o auto que apruebe la conciliación.

Para CRISANTA BUITRAGO DE DÍAZ y ESTEBAN DÍAZ GUTIÉRREZ, en calidad de padres de la señora BERENICE DÍAZ BUITRAGO, para cada uno de ellos, el equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para la fecha de la sentencia o auto que apruebe la conciliación.

Para URBANO, JOSÉ, DÍDIMO, OVIDIO, ORLANDO, EVELIO, OCTAVIO y ALBEIRO DÍAZ BUITRAGO, en calidad de hermanos de la señora BERENICE DÍAZ BUITRAGO, para cada uno de ellos, el equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para la fecha de la sentencia o auto que apruebe la conciliación.

- b)** Para la familia OVIEDO integrada por: MIGUEL DE LOS SANTOS OVIEDO, ANA BEATRIZ OVIEDO, MERY MENESES OVIEDO, JOSÉ FRANKLIN, ADRIANO y PEDRO OVIEDO, mayores de edad, vecinos y residentes en el municipio de la Montañita Caquetá, así:

Para MIGUEL DE LOS SANTOS OVIEDO, en calidad de directamente perjudicado con la acción del Estado, el equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para la fecha de la sentencia o auto que apruebe la conciliación.

Para ANA BEATRIZ OVIEDO, en calidad de madre del señor MIGUEL DE LOS SANTOS OVIEDO, el equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para la fecha de la sentencia o auto que apruebe la conciliación.

Para MERY MENESES OVIEDO, JOSÉ FRANKLIN, ADRIANO y PEDRO OVIEDO, en calidad de hermanos del señor MIGUEL DE LOS SANTOS OVIEDO, para cada uno de ellos, el equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para la fecha de la sentencia o auto que apruebe la conciliación.

**TERCERA.-** Que se condene a LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL, LA NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, y LA NACIÓN - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD (DAS), a reconocer y pagar por DAÑOS A LA VIDA DE RELACIÓN a las familias demandantes las siguientes sumas de dinero:

- a)** Para la familia DÍAZ BUITRAGO, integrada por: BERENICE DÍAZ BUITRAGO, CRISANTA BUITRAGO DE DÍAZ, ESTEBAN DÍAZ GUTIÉRREZ, URBANO, JOSÉ DÍDIMO, OVIDIO, ORLANDO, EVELIO, OCTAVIO y ALBEIRO DÍAZ BUITRAGO, mayores de edad, vecinos y residentes en el municipio de La Montañita Caquetá y los menores FERLEY y DANIEL VARGAS DÍAZ, así:

Para BERENICE DÍAZ BUITRAGO, en calidad de directamente perjudicada con la acción del Estado, el equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para la fecha de la sentencia o auto que apruebe la conciliación.

Para los menores FERLEY y DANIEL VARGAS DÍAZ, en calidad de hijos de la señora BERENICE DÍAZ BUITRAGO, para cada uno de ellos, el equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para la fecha de la sentencia o auto que apruebe la conciliación.

Para CRISANTA BUITRAGO MÁRQUEZ, en calidad de madre de la señora BERENICE DÍAZ BUITRAGO, el equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para la fecha de la sentencia o auto que apruebe la conciliación.

Para URBANO, JOSÉ DÍDIMO, OVIDIO, ORLANDO, EVELIO, OCTAVIO y ALBEIRO DÍAZ BUITRAGO, en calidad de hermanos de la señora de BERENICE DÍAZ BUITRAGO, para cada uno de ellos, el equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para la fecha de la sentencia o auto que apruebe la conciliación.

- b)** Para la familia OVIEDO integrada por: MIGUEL DE LOS SANTOS OVIEDO, ANA BEATRIZ OVIEDO, MERY MENESES OVIEDO, JOSÉ FRANKLIN, ADRIANO y PEDRO OVIEDO, mayores de edad, vecinos y residentes en el municipio de La Montañita, así:

Para MIGUEL DE LOS SANTOS OVIEDO, en calidad de directamente perjudicado con la acción del Estado, el equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para la fecha de la sentencia o auto que apruebe la conciliación.

Para ANA BEATRIZ OVIEDO, en calidad de madre del señor MIGUEL DE LOS SANTOS OVIEDO, el equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para la fecha de la sentencia o auto que apruebe la conciliación.

Para MERY MENESES OVIEDO, JOSÉ FRANKLIN, ADRIANO y PEDRO OVIEDO, en calidad de hermanos del señor MIGUEL DE LOS SANTOS OVIEDO, para cada uno de ellos, el equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para la fecha de la sentencia o auto que apruebe la conciliación.

**CUARTA.-** Que se condene a LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL, LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, y LA NACIÓN - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD (DAS), a reconocer y pagar a los señores BERENICE DÍAZ BUITRAGO y MIGUEL DE LOS SANTOS OVIEDO, los perjuicios materiales, traducidos en daño emergente y lucro cesante, consistente en los salarios o ingresos que dejaron de percibir durante el período de detención física, los cuales estimo en una suma superior a DIEZ MILLONES DE PESOS MCTE (\$10.000.000) para cada uno de ellos, teniendo en cuenta los siguientes parámetros.

- a) El salario mínimo legal vigente para el año 2004.
- b) Las prestaciones sociales y emolumentos salariales ocasionados durante el período de la detención física, de acuerdo al salario anotado en el literal anterior.
- c) Las anteriores sumas dineradas se deben actualizar de acuerdo a la variación del índice de precios al consumidor IPC entre el día 11 de noviembre de 2004 y la fecha de la sentencia definitiva, o el auto que apruebe la conciliación.

**QUINTA.-** Las sumas así causadas devengarán los intereses previstos en el artículo 177 del C.C.A. y se ejecutará en los términos establecidos en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

**SEXTA.-** Sírvase señor Magistrado Ponente condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada, en los términos consagrados en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil. (...)>>.

3.- Las pretensiones se fundaron en las siguientes afirmaciones:

3.1.- El **4 de enero de 2004** miembros del Ejército Nacional y del Departamento Administrativo de Seguridad detuvieron en el corregimiento de San Isidro, jurisdicción del municipio La Montañita, Caquetá, a los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo, entre otras personas<sup>1</sup>, por considerar que pertenecían a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia -FARC.

3.2.- El **6 de enero de 2004** fueron dejados a disposición de la Fiscalía Décima Seccional de Florencia, Caquetá, ante la cual rindieron indagatoria y negaron pertenecer a las FARC.

3.3.- El **26 de enero de 2004** la Fiscalía Décima Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Florencia, Caquetá, dictó medida de aseguramiento

---

<sup>1</sup> La Sala revisó los sistemas Siglo XXI y SAMAI para verificar si las demás personas que fueron procesadas también instauraron demandas de reparación directa para obtener la indemnización de perjuicios causados por la privación de su libertad, para efectos de una posible acumulación. Sin embargo, no se encontraron procesos en los que dichas personas hayan sido registradas como demandantes.

consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación contra los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo, a quienes les imputó haber participado en la comisión del delito de rebelión.

3.4.- El **2 de julio de 2004** la Fiscalía Décima Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Florencia, Caquetá, profirió resolución de acusación contra los citados demandantes.

3.5.- El **10 de agosto de 2004** el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia, Caquetá, le otorgó el beneficio de la detención domiciliaria a la demandante Berenice Díaz Buitrago.

3.6.- El **8 de noviembre de 2004** el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia, Caquetá, profirió sentencia absolutoria a favor de los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo.

3.7.- Los demandantes Miguel de los Santos Oviedo y Berenice Díaz Buitrago fueron dejados en libertad el **11 de noviembre de 2004**.

3.8.- La absolución de los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo fue confirmada mediante sentencia del **27 de septiembre de 2005**, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, debido a que las pruebas existentes no permitían probar su vinculación a las FARC.

3.9.- En el proceso penal se surtieron las siguientes actuaciones relevantes: **(i)** Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo fueron capturados el 4 de enero de 2004; **(ii)** el 26 de enero de 2004 se les impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad; **(iii)** el 2 de julio de 2004 la Fiscalía profirió resolución de acusación en su contra; **(iv)** el 10 de agosto de 2004 le fue otorgado el beneficio de detención domiciliaria a la demandante Berenice Díaz Buitrago; **(v)** el 8 de noviembre de 2004 se dictó sentencia absolutoria en su favor, la cual fue confirmada el 27 de septiembre de 2005 y, **(vi)** el 11 de noviembre fueron dejados en libertad.

3.10.- Aunque los demandantes negaron desde la indagatoria cualquier participación en el delito de rebelión imputado, afirmaron que no existían indicios en su contra, que su comparecencia se hubiese podido garantizar con una caución prendaria, y que fueron mantenidos bajo detención preventiva desconociendo los fines de esta medida. Y, a pesar de que existían pruebas en el proceso que daban fe de su inocencia, el aparato represor del Estado tardó más de diez meses en declararla.

3.11.- Como consecuencia de lo anterior, los detenidos se vieron separados abruptamente de sus familiares y han sido *<<macartizados y señalados por sus vecinos y sus amigos como delincuentes>>*.

## **B.- Posición de las entidades demandadas**

4.- La Fiscalía General de la Nación se opuso a las pretensiones formuladas. Como argumentos de defensa expuso que:

4.1.- La medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta a los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo se basó en elementos probatorios que permitieron inferir dos indicios graves de responsabilidad. Si bien éstos no eran suficientes para emitir una sentencia condenatoria, tal circunstancia no compromete automáticamente la responsabilidad de la entidad demandada.

4.2.- La imposición de esa medida cautelar de restricción de la libertad era necesaria para garantizar el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria, evitar la distorsión de las pruebas y la comisión de otros ilícitos.

4.3.- No se configuró ninguna irregularidad en el proceso penal toda vez que, conforme con lo dispuesto en la Ley 600 del 2000, los privados de la libertad rindieron indagatoria dentro del término establecido en el artículo 386 y se les resolvió la situación jurídica como señala el artículo 387.

4.4.- El hecho de que no se dictara sentencia condenatoria no significa que la actuación del ente acusador deba ser calificada como defectuosa o contraria a la ley, pues las decisiones que profirió cumplieron los requisitos legales. En consecuencia, la privación de la libertad era una carga que Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo debían soportar.

4.5.- Propuso las excepciones de: **(i)** la ineptitud formal de la demanda por inexistencia del hecho dañoso atribuible a esta entidad demandada y por falta de elementos que estructuren la falla del servicio; **(ii)** el hecho exclusivo de un tercero, toda vez que la medida restrictiva de la libertad se impuso con fundamento en las declaraciones de algunos reinsertados de la guerrilla de las FARC.

5.- El Departamento Administrativo de Seguridad se opuso a las pretensiones formuladas por las siguientes razones:

5.1.- Las labores de inteligencia y las actuaciones realizadas por el DAS se realizaron en cumplimiento de sus competencias constitucionales y legales.

5.2.- La privación de la libertad de los demandantes fue una decisión judicial autónoma proferida por la Fiscalía y no por esta entidad.

6.- El Ejército Nacional se opuso a las pretensiones formuladas con fundamento en lo siguiente:

6.1.- Cuando retuvo a los demandantes, el Ejército solo dio cumplimiento a la orden judicial que recaía en su contra por el delito de rebelión. Luego los puso a disposición de la Fiscalía Seccional del Caquetá, entidad encargada de imponer medida de aseguramiento y de resolver su situación jurídica.

6.2.- No estaban acreditados los tres elementos necesarios para atribuir responsabilidad a la entidad demandada, toda vez la parte demandante no probó la existencia de un daño antijurídico, ni que esta entidad hubiera incurrido en una falla del servicio. Tampoco demostró un nexo causal entre la privación de la libertad que los demandantes tenían la carga de soportar y la actuación desplegada por esta entidad.

6.3.- Los demandantes no probaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la privación de la libertad impuesta a Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo, ni los perjuicios que sufrieron, lo que constituye un incumplimiento de la carga probatoria según lo establecido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

6.4.- Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva dado que los argumentos de imputabilidad corresponden a decisiones que fueron asumidas por entidades que administran justicia, función que no está asignada al Ejército Nacional. Además, no se probó que la retención de los demandantes fuera ilegal.

6.5.- Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa de los demandantes que actúan en calidad de hermanos de los privados de la libertad, pues no se demostró la dependencia económica, lazos de unión o convivencia bajo el mismo techo.

### **C.- Sentencia recurrida**

7.- En sentencia dictada el 23 de agosto de 2012, el Tribunal Administrativo del Caquetá:

7.1.- Declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ejército Nacional y por el DAS, porque si bien dichas entidades capturaron y dejaron a disposición de la Fiscalía a las víctimas directas del daño, no ejercen funciones jurisdiccionales.

7.2.- Condenó a la Fiscalía General de la Nación al aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, debido a que los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo fueron absueltos en el proceso penal en el que fueron privados de la libertad. Reconoció los perjuicios morales y el lucro cesante solicitados por los demandantes en las cuantías indicadas al principio de esta providencia. Para la liquidación del lucro cesante aplicó la presunción del salario mínimo legal mensual vigente al momento de proferir el fallo, toda vez que se desconocían los ingresos recibidos por las víctimas directas para el momento en el cual fueron privados de la libertad. Por último, negó la indemnización del daño a la vida de relación debido a que no fue demostrado.

### **D.- Recursos de apelación**

8.- La Fiscalía General de la Nación apeló el fallo de primera instancia. Solicitó que se revocara integralmente y en su lugar se negaran las pretensiones de la demanda. Su inconformidad se centró en los siguientes puntos:

8.1.- Se debió estudiar la responsabilidad de la entidad demandada bajo el título de imputación subjetivo de falla del servicio, toda vez que era la posición jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado vigente al momento que se dictó la sentencia.

8.2.- Con base en declaraciones juramentadas de desmovilizados, quienes coincidieron en manifestar que los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo eran miembros de las FARC, la Fiscalía contaba con dos indicios para imponer la medida de aseguramiento de detención preventiva, por lo que no se configuró una falla del servicio.

8.3.- No era procedente una condena bajo el régimen de la responsabilidad objetiva dado que *<<este es uno de aquellos casos en que la víctima está en la obligación de soportar la detención preventiva como compensación de la vida en comunidad y contribución a la recta administración de justicia>>*.

8.4.- Cuestionó el reconocimiento y liquidación de los perjuicios morales y materiales. En cuanto a los primeros, señaló que el monto era excesivo, por cuanto la jurisprudencia estableció como tope máximo indemnizatorio 100 SMLMV en aquellos eventos de mayor gravedad como la muerte o la incapacidad permanente total. Frente a los segundos, consideró que se debían desestimar porque las pruebas en que se sustentó su reconocimiento no eran oponibles a esta entidad, toda vez que se trataban de documentos privados emanados por terceros que no tenían fecha cierta, ni firma autenticada ante funcionario público, y tampoco probaban un pago efectivo por esa prestación.

9.- La parte demandante apeló el fallo de primera instancia para que se reconociera el perjuicio de daño a la vida de relación y que se aumentara el monto de los perjuicios morales y materiales reconocidos en primera instancia, así:

9.1.- Solicitó que a los padres, hijos y hermanos de las víctimas directas se les reconociera el mismo monto de los perjuicios morales otorgado a los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo debido a que se probó el sufrimiento que padecieron como consecuencia de la privación de su libertad y a que se vieron expuestos a señalamientos por la sociedad. En consecuencia, pidió aumentar la indemnización reconocida por dicho concepto conforme a los parámetros establecidos por la Sección Tercera de esta Corporación.

9.2.- Pidió que se reconociera la indemnización del daño a la vida de relación, toda vez que se demostró la afectación a la honra que sufrieron las víctimas directas y sus familiares como consecuencia de la privación de la libertad de Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo. En particular, resaltó que su vinculación a un proceso penal en el cual fueron sindicados por el delito de rebelión les generó un estigma social por el cual fueron discriminados.

9.3.- En cuanto a la liquidación del lucro cesante, solicitó el reconocimiento del periodo de 8.75 meses que dura una persona en reincorporarse a la vida laboral. Si bien reconoció que dicho periodo no fue solicitado en la demanda, la parte demandante afirmó que el mismo fue pedido en los alegatos de conclusión con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

## II. CONSIDERACIONES

10.- En primer lugar, la Sala expondrá las razones por las cuales confirmará la sentencia de primera instancia en relación con la declaratoria de responsabilidad de la Fiscalía y se pronunciará sobre los perjuicios materiales y a la vida de relación. En segundo lugar, expondrá las precisiones jurisprudenciales que se adoptan en relación con la prueba y cuantificación de los perjuicios morales en los casos de privación de la libertad, y resolverá el caso concreto conforme con ellas.

### **Primera parte: La responsabilidad de las demandadas por la privación de la libertad de los demandantes y los daños materiales y a la vida de relación**

#### **E.- Presupuestos procesales**

11.- La Sala se pronunciará de fondo en este caso, porque están reunidos los presupuestos procesales para fallar y la demanda fue presentada dentro del término establecido en el artículo 136 del CCA. En efecto, la sentencia que absolvió a los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo quedó ejecutoriada el 27 de octubre de 2005 y la demanda fue presentada el 22 de marzo de 2006.

12.- Se confirmará la decisión de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ejército Nacional y del DAS porque que no fue apelada por los recurrentes.

#### **F.- Exposición del litigio, síntesis de la controversia y decisiones a adoptar**

13.- Está probado que los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo fueron privados de la libertad desde el 4 de enero de 2004 hasta 10 de noviembre de 2004, es decir por un período total de 10 meses y 7 días. Durante este período, la demandante Díaz Buitrago cumplió 7 meses y 6 días en establecimiento carcelario y 3 meses y 1 día en detención domiciliaria<sup>2</sup>. Por su parte, el demandante Oviedo cumplió la totalidad de su detención en un centro carcelario<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Ver certificación expedida por el INPEC, contenida en el Oficio No. 13-EPCFLO-RESEÑA-DIR del 29 de junio de 2007 expedido por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC (fl. 91, c. 2.).

<sup>3</sup> Ver certificación expedida por el INPEC, contenida en el Oficio No. 143 –EPCFLO-RESEÑA-DIR del 29 de junio de 2007 expedido por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC (fl. 92, c. 2.).

14.- Está demostrado que los citados demandantes fueron absueltos mediante sentencia del 8 de noviembre de 2004, confirmada el 27 de septiembre de 2005 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, debido a que las pruebas existentes no demostraron su vinculación a las FARC.

15.- La Sala confirmará la decisión de condenar a la Fiscalía General de la Nación porque está acreditado que dictó la medida de aseguramiento contra las víctimas directas sin que se cumplieran los requisitos legales para ello, dado que no existían indicios graves de responsabilidad penal en su contra.

#### **G.- La Fiscalía no cumplió los requisitos legales para imponer la medida de aseguramiento contra las víctimas directas**

16.- En vigencia de la Ley 600 de 2000, momento en el que se dispuso detener a las víctimas directas del daño, los requisitos legales que debían cumplirse para adoptar tal medida estaban previstos en sus artículos 355, 356 y 357, y eran los siguientes:

16.1.- La procedencia de la medida según el tipo de delito imputado (art. 357).

16.2.- La existencia de *<<por lo menos dos indicios **graves** de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso>>*.

16.3.- La existencia de medios de prueba que permitieran deducir que la medida era necesaria *<<para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria>>*.

17.- En este caso no se cumplieron dichos requisitos porque la Fiscalía no contaba con dos indicios graves de responsabilidad contra los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo.

18.- Con la resolución del 26 de enero de 2004, mediante la cual la Fiscalía Décima Delegada ante el Juez Penal del Circuito de Florencia, Caquetá, dictó la medida de aseguramiento privativa de la libertad contra los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo, a quienes les imputó haber participado en la comisión del delito de rebelión, está demostrado que:

18.1.- Los demandantes fueron detenidos por la tropa de la Brigada 12 del Ejército Nacional en un operativo realizado el 4 de enero de 2004, el cual se llevó a cabo con base en la información dada por desmovilizados de las FARC que se encontraban adscritos al Plan Nacional de Reinserción.

18.2.- La Unidad de Fiscalía Décima Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Florencia les impuso la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva con fundamento en: **(i)** el informe de captura rendido por el

DAS, en el cual se afirmó que los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo fueron capturados en flagrancia, y **(ii)** las declaraciones de los desmovilizados Hernando Tapiero Tique, Willinton Rocha Acosta, Armando Ortiz Bonilla y José Albeiro Rodríguez Morales, quienes señalaron que los demandantes eran integrantes del Frente 15 de las FARC. Según dichas declaraciones, la demandante Berenice Díaz Buitrago era conocida como la mujer de alias <<Calambombo>>, quien estaba al mando de ese frente; y el demandante Miguel de los Santos Oviedo, conocido con el alias del <<Tío>>, cumplía funciones de inteligencia para el grupo insurgente.

19.- La Sala comparte las conclusiones de la sentencia penal absolutoria según las cuales los anteriores medios de convicción no permitían construir dos indicios graves de responsabilidad contra los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo, por los siguientes motivos:

19.1.- Como se indicó en la sentencia absolutoria de segunda instancia, el informe de captura del DAS adolecía de irregularidades que impedían tener como probada la captura en flagrancia de los procesados. Así lo señaló el tribunal:

<<(…) Como ya se mencionó el citado informe No. 001 DAS SCAQ GOPE, constituyó el eje probatorio fundamental sobre el que se construyó la formulación de cargos hecha por la Fiscalía, *evidenciando la ausencia dentro del plenario de prueba diferente a aquella*, con sustento en las imputaciones y señalamientos hechos por unos supuestos reinsertados vinculados al Programa Presidencial de Reinserción, así como tres ciudadanos desplazados de la región.

Para mayor claridad veamos:

La operación militar llamada <<Año Nuevo>>, desarrollada por tropa de la Brigada 12 del Ejército a partir del (3) de enero de (2004), en el corregimiento la Unión Peneya y en la vereda San Isidro, jurisdicción del Municipio de la Montaña Caquetá, contó con el apoyo de Unidades de Policía Judicial adscritas al D.A.S., y *sin la presencia de funcionarios de la Fiscalía* según lo dicho en el mismo informe (F. 23 C-1).

En este *no se menciona la fecha, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se hicieron las capturas*, a folio 82 ibídem, se observa el escrito No. 030 SCAQ.GOPE2184, donde el DAS, grupo operativo certifica que fueron capturados a las (15 horas) del día (5) de enero de (2004), tras la solicitud realizada por la Fiscalía (F. 188 c-1), afirmaciones que contrastan con las revelaciones hechas por algunos de los implicados como HÉCTOR RODRÍGUEZ MORA (f. 188 c-1), ALEXANDER ADAIME BARRAGÁN (f. 172 C-1), MIGUEL DE LOS SANTOS OVIEDO (f. 2005), entre otros señalan *en sus indagatorias* que fueron capturados en las horas de la noche del día cuatro (4) de enero de dos mil cuatro (2004), recibiendo malos tratos e insultos, mencionan que fueron amarrados de pies y manos, y puestos boca abajo, circunstancias que *evidencian desde ahora que la operación se llevó sin el más asomo de respeto por la dignidad humana*; otros de los implicados manifiestan que fueron capturados el día cinco del mismo mes y año, llevados a un polideportivo y señalados por personas encapuchadas como miembros de grupo alzado en armas, lo cierto es que a folio 1 del cuaderno de pruebas reposa el fallo disciplinario proferido por la Jurisdicción Militar contra veintisiete (27) de los uniformados que participaron en la citada operación porque al parecer cometieron actos de vandalismo y se apropiaron de los elementos personales encontrados en las viviendas que fueron motivo de registro.

A folio 15 *ibídem* se relacionan los elementos incautados, no obstante sin que se hubieran hecho entrega de ellos con el informe y posteriormente a folio 83 *ibídem*, encontramos una complementación al informe primigenio de los demás elementos incautados tras los registros realizados a unas viviendas, acompañados de sus respectivas actas de registro voluntario sin que hubieran sido firmadas por los propietarios de dichos inmuebles sino por testigos, en dichas actas no se consignó ningún tipo de nomenclatura, ni descripción y ubicación del inmueble, o algún tipo de característica en particular que permitiera individualizarlas o por los menos ubicar sus propietarios, sin embargo, en aquellas se describe de tajo como residencia o propiedad de un alias que corresponde a algunos de los implicados (F. 89-95 C-1), no obstante en el informe primigenio (F. 15 C-1) se consignó que unos inmuebles fueron objeto de registros voluntarios, los cuales no tenían nomenclatura y que algunos se encontraron sin moradores debido a que presuntamente emprendieron la huida, tras notar la presencia de las autoridades, entonces analiza la Sala, cómo es posible que se aporten dichas pruebas bajo el amparo de registros voluntarios, sin ni siquiera determinar cuáles son sus propietarios o moradores y como aquellas se encuentran firmadas por testigos y de qué forma se le podría atribuir la titularidad de los elementos incautados a los procesados. (...)

Es evidente que el informe cae en imprecisiones al afirmar que se había procedido a dichos registros voluntarios, por cuanto sus moradores al sentir la presencia de las autoridades habían emprendido la fuga, no obstante, los hoy implicados al ser capturados según el informe en flagrancia son a quienes se les sindicó como propietarios de los elementos incautados, habida cuenta que se les encontraron en sus respectivas viviendas.

Diferente es la realidad observada en las indagatorias con respecto a la situación a la situación en que fueron capturados, toda vez que el informe aduce que todas las capturas se hicieron en flagrancia, sin embargo, no es posible hacer una construcción de dicha situación tal como lo advierte el tema debatido, habida cuenta que existen un sin número de imprecisiones que no permiten establecer la materialidad de los hechos tal como quedó evidenciado, y no es posible darle el alcance solicitado por la parte recurrente, al acervo probatorio por cuanto *las mismas fueron practicadas con vulneración al debido proceso en el art. 29 de la Constitución Política, atendiendo a la forma como se efectuaron los registros de las viviendas en contravía de los postulados del art. 28 Superior en concordancia con el art. 294 del C.P.P. (...)*

Nótese que de acuerdo con lo establecido en la citada normativa no se efectuaron los registros de las viviendas, con observancia del debido proceso, por cuanto el informe No. 0001 DAS.SCAQ.GOPE, se limitó a dejar a disposición de la Fiscalía los capturados, pero del procedimiento de registro de las viviendas no se dijo nada, no se explicó cuáles fueron sus motivaciones y sin embargo en el mismo se mencionó que las capturas fueron en flagrancia para justificar tal actuación y dar aplicación al inc. 2 del art. 294 de la ley 600 de 2000, situación que como ya se advirtió debido a las series inconsistencias que rodearon la operación, en el transcurso del proceso no se probó que se hubiera tratado de un caso de flagrancia, permitiéndonos concluir que se vulneró el debido proceso en el procedimiento de registros y como consecuencia la prueba allegada al plenario es constitucionalmente ilícita por cuanto como ya se dejó consignado se obtuvo sin la observancia de las garantías Constitucionales, y al margen de la Carta Magna, razones por las que habrá de ser necesariamente excluida de la valoración hecha por la Sala, en aplicación de la regla de exclusión constitucional de la prueba obtenida con violación del debido proceso. (...)>>

19.2.- Las declaraciones de los desmovilizados de las FARC no eran suficientes para construir dos indicios graves de responsabilidad contra los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo. Tal como lo expuso el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia en la sentencia del 27 de septiembre de 2005, sus declaraciones carecían de soporte y eran contradictorias, lo que impedía otorgar credibilidad a sus dichos.

Al respecto señaló el tribunal:

<<(…) De acuerdo con los anteriores testimonios y *que sirvieron de soporte a la Fiscalía para proferir la resolución de acusación en contra de los implicados es claro que dicha prueba se encuentra huérfana, por cuanto del análisis detallado, acucioso y en conjunto que de ellos se efectúa teniendo como sustento las reglas de la sana crítica acorde con lo preceptuado por el art. 238 y 277 de la Ley 600 de 2000, los mismos no ofrecen un grado de certeza que nos sirva de presupuesto para dar por ciertos los cargos que aquí se estudian, habida cuenta las contradicciones e inconsistencias en que incurren los informantes, para establecer la materialidad de los hechos que carecen de fundamento alguno.* (...)

Estima la Sala que el motivo que ocupa nuestro estudio *no es precisamente el conocimiento que los informantes tengan de la organización*, lo que es preciso establecer es el valor probatorio y la contundencia que tienen las declaraciones de los reinsertados *para establecer la materialidad de los hechos y así poder determinar la responsabilidad de los procesados del punible que se les imputa*, y el hecho de que residan donde presuntamente opera el frente XV de la organización subversiva no es suficiente para inferir que todos los que allí habitan pertenecen a dicho grupo.

Las versiones de los implicados en las indagatorias como garantía del derecho de defensa, muestran una realidad diferente a las imputaciones hechas por los informantes, en cuanto *no ofrecen la más mínima coincidencia respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos*, por el contrario dan muestra de ser personas dedicadas a otro tipo de actividades, y permiten entrever cierto grado de enemistad e interés por parte de quienes los señalan como integrantes del grupo insurgente, que ofrecen indiscutiblemente duda e incertidumbre, situación que demuestra que estamos frente a unos declarantes fácilmente maleables, e interesados muy seguramente en ganar una retribución económica, permitiéndonos evidenciar que su credibilidad se pone de manifiesto transformándola en duda inevitablemente. (...)

Igualmente dentro del plenario no obra prueba que los testigos de cargo figuren en *el programa de reinsertados* de la Presidencia, tampoco los inculcados figuran en el orden de batalla, pese a la solicitud hecha por la Fiscalía al Comandante de la Décimo Segunda Brigada de Florencia (...) contrastando con el informe (...) procedente del Departamento Administrativo de Seguridad DAS (...) que da cuenta que ninguno de los procesados registra antecedentes judiciales al tenor de lo dispuesto en el art. 248 de la Carta Magna. (...)>>

19.3.- En consecuencia, tal como se advirtió en la sentencia penal absolutoria de segunda instancia: **(i)** los medios de convicción valorados por la Fiscalía para imponer la medida de aseguramiento (el informe del DAS y las declaraciones de los desmovilizados Hernando Tapiero Tique, Willinton Rocha Acosta, Armando Ortiz Bonilla y José Albeiro Rodríguez Morales) no permitían inferir que los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo pertenecían al Frente 15 de las FARC; **(ii)** existían muchas contradicciones, inconsistencias y carencia de información que no permitían darle credibilidad al informe, y **(iii)** la valoración individual y en conjunto de los testimonios, comparados con las versiones de los sindicados, tampoco tenía peso probatorio debido a que los reinsertados no hicieron señalamientos puntuales y concretos que permitieran

inferir la responsabilidad de los sindicatos en la comisión del delito que se les imputó para proferir la medida de aseguramiento en su contra.

## **H.- Entidad imputada**

20.- Por tratarse de una medida de aseguramiento dictada bajo la vigencia del Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 600 de 2000, el daño causado por la privación de la libertad de Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo desde el momento que fueron dejados a disposición de la Fiscalía (6 de enero de 2004) y hasta el momento en el cual quedó ejecutoriada la resolución de acusación (14 de julio de 2004)<sup>4</sup> es imputable a la Fiscalía General de la Nación, dado esta entidad la decretó a través de la Fiscalía Décima Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Florencia, Caquetá.

21.- Luego de que quedó ejecutoriada la resolución de acusación, los referidos demandantes estuvieron privados de la libertad por cuenta del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia, Caquetá. El artículo 363 de la Ley 600 de 2000 señala que *<<Durante la instrucción, de oficio o a solicitud de los sujetos procesales, el funcionario judicial revocará la medida de aseguramiento cuando sobrevengan pruebas que la desvirtúen>>*. La Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de este artículo en la sentencia C-774 de 2001, en el sentido de que *<<en la apreciación de las causales de revocatoria de la detención preventiva debe tenerse en cuenta también la consideración sobre la subsistencia de su necesidad en atención a los fines que llevaron a decretarla>>*. Y la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que dicha revocatoria *<<se extiende también a la etapa de juzgamiento>>*<sup>5</sup>. En consecuencia, el daño causado por la privación de la libertad con posterioridad a la ejecutoria de la resolución de acusación es imputable a la Rama Judicial, debido a que el juez penal pudo haber revocado de oficio la medida de aseguramiento dictada contra las víctimas directas y no lo hizo. En virtud de lo anterior y toda vez que la demanda no se dirigió contra la Rama Judicial, la condena contra la Fiscalía se limitará al período durante el cual la privación de la libertad es imputable a esta entidad. Ese período es el transcurrido entre el 6 de enero de 2004 (fecha en la que los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo fueron dejados a disposición de la Fiscalía) y el 14 de julio de 2004 (fecha en la que quedó ejecutoriada la resolución de acusación), que corresponde a 6 meses y 9 días.

## **I.- Análisis de la culpa de la víctima**

---

<sup>4</sup> De conformidad con el artículo 179 del C.P.P., cuando no fuere posible efectuar la notificación personal, esta se realizará por estado, la cual se fijará por tres días contados a partir de la diligencia de citación. Esta última deberá enviarse a más tardar el día siguiente hábil de la fecha de la providencia que se deba notificar. Dado que la resolución de acusación data del 2 de julio de 2004, la comunicación debió enviarse al día siguiente hábil, es decir, el 6 de julio del mismo año. La notificación por estado debió surtirse entre el 7 y 9 de julio de 2004. De manera que la providencia mencionada quedó ejecutoriada el 14 de julio de 2004 de conformidad con el artículo 187 del C.P.P., el cual dispone que las providencias quedarán ejecutoriadas tres días después de su notificación.

<sup>5</sup> Al respecto ver providencias: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 23 de noviembre de 2016. AP7997-2016, Radicación No. 35691; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 2 de octubre de 2003, exp. 21348.

22.- No está demostrado que los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo hubieran realizado conductas que pudieran ser determinantes para la imposición de la medida de aseguramiento. De acuerdo con las pruebas antes mencionadas, los demandantes fueron capturados simplemente como consecuencia de las declaraciones que en su contra rindieron terceros, sin que ninguna conducta suya hubiese tenido algún tipo de incidencia en tal determinación.

#### **J.- La improcedencia del hecho de un tercero**

23.- La excepción relativa a la culpa exclusiva de un tercero propuesta en la contestación de la demanda por la Fiscalía General de la Nación y fundada en que la detención se produjo como consecuencia de acusaciones de terceros es improcedente, porque quien toma la decisión de detener es una autoridad estatal que realiza el análisis de sus supuestos de manera autónoma.

#### **K.- Reconocimiento y liquidación de perjuicios**

##### **i) Daño a la vida de relación**

24.- La Sala negará la indemnización del daño a la vida de relación. La denominación de dicha tipología de perjuicio fue abandonada a partir de la sentencia de unificación del 14 de septiembre del 2011<sup>6</sup>. En todo caso, la parte actora solicitó bajo este concepto la indemnización de los perjuicios causados por la afectación a la honra de Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo, lo que no corresponde a una afectación distinta a los perjuicios inmateriales previamente reconocidos.

##### **ii) Lucro cesante**

25.- A partir de los testimonios rendidos en este proceso, está demostrado que Berenice Díaz Buitrago era comerciante<sup>7</sup> y que Miguel de los Santos Oviedo trabajaba en labores del campo y en una discoteca de San Isidro<sup>8</sup>; sin embargo, no se acreditó el monto devengado por dichas actividades económicas. Por lo tanto, el lucro cesante se liquidará con base en el salario mínimo legal vigente para este momento. No se realizará el incremento por prestaciones sociales porque no se demostró la existencia de una relación laboral.

26.- Para la liquidación del lucro cesante consolidado se aplicará la siguiente fórmula:

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Exp. 38222. M.P. Enrique Gil Botero.

<sup>7</sup> Gladis Yaneth Torres Buitrago, Jairo Ramírez Ducuara y Ana Rosa Lombo Bejarano que obran en los folios 85, 86-87, 88-89 del cuaderno 2.

<sup>8</sup> María Nubia Gaviria, Jackeline Sánchez Rodríguez y Héctor Rondón Muñoz que obran en los folios 73-74, 75-76, 77-79 del cuaderno 2.

26.1.- Periodo indemnizable: 6 meses y 9 días, desde el 6 de enero de 2004 hasta el 14 de julio de 2004. No se adicionará el periodo de reubicación laboral para la liquidación del lucro cesante debido a que su reconocimiento no fue solicitado en la demanda y solo fue pedido en la apelación.

26.2.- Salario mínimo 2021: \$908.526

26.3.- Se calcula con base en la fórmula así:

$$S = \$908.526 \frac{(1 + 0.004867)^{6,3} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$5.704.628,13$$

26.4.- En consecuencia, se reconocerá por concepto de lucro cesante consolidado la suma de CINCO MILLONES SETECIENTOS CUATRO MIL SEISCIENTOS VEINTIOCHO PESOS CON TRECE CENTAVOS (\$5.704.628,13) a cada una de las víctimas directas.

### iii) Daño emergente

27.- Los demandantes solicitaron expresamente la indemnización del daño emergente, e indicaron que éste correspondía a los <<los salarios o ingresos>> que las víctimas directas dejaron de percibir con ocasión de su privación de la libertad, perjuicio que realmente corresponde al lucro cesante. Por lo tanto, la Sala negará la indemnización del daño emergente debido a que la parte demandante no solicitó la reparación de ningún perjuicio que se pueda enmarcar en esta categoría.

## **Segunda parte: La reparación de los perjuicios morales como consecuencia de la privación de la libertad**

### **L.- El fundamento legal de la unificación jurisprudencial**

28.- La Sala ejercerá la competencia prevista en el artículo 270 del CPACA que la habilita para proferir <<sentencias de unificación>>, con el objeto de <<unificar o sentar jurisprudencia o **precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación**>>. Lo anterior se hace necesario en relación con las reglas de unificación vigentes, adoptadas en la sentencia de unificación del 28 de agosto 2014<sup>9</sup>; tales reglas también deben ajustarse a las disposiciones legales sobre la necesidad y carga de la prueba, apreciación en conjunto y motivación de los medios probatorios y valoración de los indicios, previstas en los artículos 174, 177, 187, 248, 249 y 250 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículos 164, 167, 176, 240, 241 y 242 del Código General del Proceso; la competencia se ejerce igualmente para modificar los toques máximos de indemnización a los cuales

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Expediente: 36.149. M.P.: Dr. Hernán Andrade Rincón (E).

hace referencia el artículo 25 del Código General del Proceso<sup>10</sup>, bajo el mismo tope máximo de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes fijado como regla general por la jurisprudencia y, en casos excepcionales, hasta de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

29.- Acerca de las razones consideradas para la determinación de topes máximos de perjuicios morales y de su carácter vinculante, la jurisprudencia ha señalado:

<<(…) En ese orden de ideas, es posible identificar con plena claridad, la existencia de una línea jurisprudencial consolidada en el Consejo de Estado (Sección Tercera) en materia de daño moral y tasación de perjuicios morales. Esa jurisprudencia fue sentada en fallo de 6 de septiembre de 2001 y ha sido reiterada en un amplio número de pronunciamientos posteriores. (...)

En el fallo citado, la Sección Tercera recoge la forma en que se ha entendido el daño moral y se han tasado los perjuicios de carácter moral en la jurisprudencia de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa en el transcurso del tiempo. A partir de ese desarrollo histórico consideró el Consejo de Estado que, en materia de daño administrativo resultaba pertinente separarse de los criterios establecidos en el ámbito penal, y dejar de lado la tasación del mismo en gramos oro para utilizar, en cambio, el salario mínimo como vía de cálculo, por razones de índole económica y, principalmente, por la conexión que se mantiene entre el salario mínimo y el costo de vida. (...)

De la jurisprudencia del Consejo de Estado se desprenden, al menos, las siguientes conclusiones: el daño moral puede probarse por cualquier medio probatorio. Sin embargo, la prueba solo atañe a la existencia del mismo, pero no permite determinar de manera precisa el monto en que deben reconocerse los perjuicios morales que, por su naturaleza (no puede intercambiarse la aflicción por un valor material) no tienen un carácter indemnizatorio sino compensatorio (en alguna manera intentan recomponer un equilibrio afectado). Para la tasación del daño, el juez se debe guiar por su prudente arbitrio, pero está obligado a observar, por expreso mandato legal los principios de equidad y reparación integral. El Consejo de Estado ha decidido establecer las condenas por perjuicios morales en términos de salarios mínimos, considerando que es un parámetro útil en tanto el salario mínimo se fija de acuerdo con el IPC, y de esa forma mantiene un poder adquisitivo constante (o al menos se acerca a ese ideal). **Para la alta Corporación es útil establecer el máximo de 100 smlmv como tope, con el fin de que exista un parámetro que evite el desconocimiento al principio de igualdad. Sin embargo, esa suma no vincula de forma absoluta a los jueces quienes, como ya se explicó, deben tomar en cuenta consideraciones de equidad al tasar ese tipo de condenas. (...)**

A juicio de la Sala, la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos. En efecto, estos deben seguir *la libertad probatoria* y utilizar su *prudente arbitrio* en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales. Además, al establecer un tope –al menos indicativo- de 100 smlmv, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de *razonabilidad*, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento

---

<sup>10</sup> El artículo 25 del CGP dispone que <<Cuando se reclame la indemnización de daños extrapatrimoniales se tendrán en cuenta, solo para efectos de determinar la competencia por razón de la cuantía, los parámetros jurisprudenciales máximos al momento de la presentación de la demanda.>>

estudiado. El límite, sin embargo, es *indicativo* porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales. (...)»<sup>11</sup>

### **M.- El alcance general de la unificación que se adopta en esta sentencia**

30.- Las decisiones que se adoptarán están dirigidas, de una parte, a precisar que los perjuicios morales pueden inferirse, para la víctima directa, de la prueba de la privación de la libertad; y para su cónyuge o compañero (a) permanente, así como para sus parientes hasta el primer grado de consanguinidad, con la prueba de tal condición. La presunción jurisprudencial de perjuicios morales solo se refiere a dichas víctimas. En relación con las demás víctimas indirectas, aunque la prueba del parentesco puede ser apreciada en cada caso concreto como *indicio* de la existencia de relaciones estrechas con el detenido, se concluye que dicha prueba no es suficiente para demostrar la existencia de perjuicios morales indemnizables; en este caso, los perjuicios morales deben ser acreditados por la parte demandante con otros medios de prueba. Por último, se reitera que las presunciones jurisprudenciales admiten prueba en contrario.

De otra parte, tienen el propósito de ajustar los montos máximos reconocidos a la persona privada de la libertad, determinados a partir de la duración de la privación, determinar su reducción cuando se trate de detención domiciliaria y modificar los topes máximos de indemnización para las víctimas indirectas.

Teniendo en cuenta las reglas de unificación vigentes sobre la materia, (i) en relación con las víctimas indirectas, se precisa que los topes máximos de indemnización son indicativos, por lo que en cada caso concreto deben señalarse las razones por las cuales se establece el valor de la indemnización por perjuicios morales para ellas y (ii) se reitera la jurisprudencia vigente para indicar que el tope de indemnización de perjuicios morales de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa solamente podrá ser superado en casos excepcionales, eventos en el cual deberá motivarse detalladamente esta decisión y las razones que justifican tal determinación, hasta un monto máximo de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

31.- La Sala expondrá el sustento de las reglas de unificación que se adoptan en esta sentencia en lo relativo a la prueba y cuantificación de los perjuicios morales por privación de la libertad; hecho lo anterior, se resolverán estos aspectos en el caso concreto, dando aplicación a dichas reglas.

### **N.- Las reglas de unificación vigentes**

32.- La sentencia de unificación con base en la cual actualmente se establece (i) la forma de acreditar los perjuicios morales por privación de la libertad y (ii) la

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-351 de 2011. M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

determinación de su cuantía es la proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2014, adoptada en el proceso No. 36149 con ponencia del doctor Hernán Andrade Rincón. En esta sentencia se reiteran los criterios adoptados en la sentencia del 28 de agosto de 2013, proferida en el proceso No. 25022, con ponencia del doctor Enrique Gil Botero.

33.- En relación con el carácter indicativo de los parámetros establecidos y la necesidad de considerar las circunstancias del caso concreto para estimar los perjuicios, se lee en la sentencia del 28 de agosto de 2013:

<<Respecto del *quantum* al cual deben ascender estos perjuicios, según la jurisprudencia de la Sala que aquí se unifica, se encuentra suficientemente establecido que **el juez debe valorar, según su prudente juicio, las circunstancias propias del caso concreto, para efectos de determinar la intensidad de esa afectación**, con el fin de calcular las sumas que se deben reconocer por este concepto.

<<Con todo y, **de nuevo, sin perjuicio de las particularidades de cada caso concreto**, la Sala, para efectos de determinar el monto de los perjuicios morales en los eventos de privación injusta de la libertad, estima necesario tener en cuenta, tal como lo ha hecho de manera reiterada e invariable, algunos de los presupuestos o criterios que sirven de referente objetivo a la determinación de su arbitrio, con el fin de eliminar al máximo apreciaciones eminentemente subjetivos y garantizar así, de manera efectiva, el Principio Constitucional y a la vez Derecho Fundamental a la igualdad (artículos 13 y 209 C.P.), propósito para cuya consecución se han utilizado, entre **otros: i) el tiempo durante el cual se extendió la privación de la libertad; ii) las condiciones en las cuales se hizo efectiva la privación de la libertad, esto es, si se cumplió a través de reclusión en centro carcelario o detención domiciliaria (...)**

Se reitera, los anteriores parámetros objetivos sirven como norte, guía o derrotero a efectos de que se garantice el principio de reparación integral del artículo 16 de la ley 446 de 1998, y los principios de igualdad material y dignidad humana, **para lo cual el juez al momento de la valoración del daño moral es preciso que motive con suficiencia las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales se reconoce el respectivo perjuicio.>>**

34.- Los parámetros adoptados en la sentencia del 28 de agosto de 2014 se justifican y se establecen de la siguiente manera:

#### **<<7.1. Perjuicios morales.**

Según lo ha reiterado la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos de privación injusta de la libertad y con apoyo en las máximas de la experiencia, hay lugar a inferir que esa situación genera dolor moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto afectada o limitada su libertad<sup>12</sup>; en la misma línea de pensamiento se ha considerado que dicho dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades<sup>13</sup>, al tiempo que se ha precisado que según las aludidas reglas de la experiencia, el dolor de los padres es, cuando menos, tan grande como el del hijo que fue privado injustamente de su libertad, cuestión que cabe predicar por igual en relación con el cónyuge, compañera o

<sup>12</sup> Entre otras, Sentencia de 14 de marzo de 2002, exp. 12.076. M.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>13</sup> Sentencia de 20 de febrero de 2.008, exp. 15.980. M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

compañero permanente o estable o los hijos de quien debió soportar directamente la afectación injusta de su Derecho Fundamental a la libertad<sup>14</sup>. Asimismo, en relación con la acreditación del perjuicio en referencia, se ha dicho que con la prueba del parentesco o del registro civil de matrimonio se infiere la afectación moral de la víctima, del cónyuge y de los parientes cercanos<sup>15</sup>, según corresponda.

Respecto del quantum al cual deben ascender estos perjuicios, según la jurisprudencia de la Sala que aquí se reitera, se encuentra suficientemente establecido que el Juez debe tener como fundamento el arbitrio judicial y debe valorar, según su prudente juicio, las circunstancias propias del caso concreto, para efectos de determinar la intensidad de esa afectación, con el fin de calcular las sumas que se deben reconocer por este concepto<sup>16</sup>.

Ahora bien, en los casos de privación injusta de la libertad se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de 28 de agosto de 2013 proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativa –radicación No. 25.022– y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera en los términos del cuadro que se incorpora a continuación:

	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

<sup>14</sup> Sentencia del 11 de julio de 2012, exp. 23.688. M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, reiterada recientemente en sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23.998 y del 13 de febrero de 2013.

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1° de marzo de 2006. Expediente 15440. MP: María Elena Giraldo Gómez.

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 27 de junio de 2013. Expediente 31033.

inferior a 6					
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

Por consiguiente, teniendo en cuenta el tiempo durante el cual el señor José Delgado Sanguino permaneció privado de su libertad, esto es casi 9 meses, la gravedad del delito por el cual fue acusado y la afectación, angustia y congoja que el hecho dañoso causó en la víctima directa del daño, de acuerdo a lo acreditado con las pruebas testimoniales, se considera que hay lugar a reconocer, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a 70 SMLMV.

En relación con los demás demandantes, se encuentra probado con los registros civiles de nacimiento que fueron aportados al proceso, que José Alberto Delgado Fontecha y Lina María De Las Estrellas Delgado Rangel son hijos del señor José Delgado Sanguino, razón por la cual hay lugar a reconocerles, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a 70 SMLMV para cada uno de ellos. En cuanto a la calidad de compañera permanente o estable de la señora Sonia Fontecha Vargas, tal como se mencionó en el acápite del material probatorio que obra en el proceso, se tiene acreditado que ella afilió como beneficiario del Sistema de Seguridad Social en Salud al señor José Delgado Sanguino como su compañero permanente (...)>>.

#### O.- La prueba de los perjuicios morales

35.- En relación con la persona privada de la libertad, la Sala encuentra razonable seguir considerando que de la prueba de la aplicación efectiva de esta medida se infiera un perjuicio moral indemnizable respecto de la persona que ha sido objeto de la misma, dada su gravedad y particularidad. Estima que la prueba efectiva de la detención, tanto cuando la medida se cumple en un establecimiento carcelario, como cuando se cumple en el domicilio del demandante, permite presumir la existencia del perjuicio moral para la víctima de la detención.

36.- La estructura de los indicios y las presunciones comprende los siguientes elementos: un <<hecho base>>, un <<hecho indicado>> y una conexión existente entre ambos, entendida como <<un enunciado general cuya aceptación autoriza el paso de uno a otro hecho>>. En ese sentido, la inferencia está construida sobre la <<regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad>><sup>17</sup> de la conexión.

<<Por decirlo de manera contundente, **quien afirma que la conclusión es presumible está otorgando tal fuerza a los indicios, a los hechos probatorios, que afirma también que son suficientes para dar por probada la conclusión; sostiene no solo la probabilidad de la conclusión, sino que, a falta de nueva información, la conclusión debe darse por probada.** En este sentido, las presunciones *hominis* cumplen la función de invertir la carga de la

<sup>17</sup> Aguiló Regla, Josep. *Presunciones, verdad y normas procesales*. Publicado en ISEGORÍA, No 35 julio-diciembre, 2006 9-31, ISSN: 1130-2097.

prueba. Aceptar un «es presumible» implica aceptar que quien corría con la carga de la prueba ha suministrado prueba suficiente para tener éxito en su pretensión probatoria; y que, por tanto, quien quiera oponerse a esa pretensión corre ahora con la carga de probar.»<sup>18</sup> <<(…) la función primaria que cumplen las normas de presunción no es tanto establecer una verdad material cuanto una verdad procesal, procedimental o dialéctica. Aceptar y aplicar una norma de presunción no obliga a creer en la ocurrencia de un hecho, sino a considerar probado o no probado un cierto hecho bajo ciertas circunstancias>>. <sup>19</sup>

37.- De este modo, la presunción jurisprudencial permite, *prima facie*, tener por acreditado un hecho cuya demostración incumbe al demandante. Cuando el demandante acredita con la demanda la circunstancia fáctica que sirve de hecho indicador, o la calidad a partir de la cual se establece la presunción, se invierte la carga de la prueba y es al demandado a quien le corresponde desvirtuarla. Lo que agrega el establecimiento de la presunción jurisprudencial es el carácter vinculante de la inferencia, de la deducción o del <<enunciado general que autoriza el paso de uno a otro hecho>> para concluir que, ante la ausencia de otro medio de prueba, debe tenerse por demostrado el supuesto fáctico al cual ella se refiere.

38.- El juez puede considerar, como regla general, que la *privación de la libertad* en sí misma es un indicio suficiente de que la víctima directa ha sufrido un daño moral indemnizable. La imposibilidad de autodeterminarse en todos los aspectos que conciernen a la vida personal que sufre quien es privado de la libertad hace razonable considerar la existencia de sentimientos de desasosiego, impotencia, indignidad y humillación de carácter particular y grave en la persona que es objeto de esta medida. La privación de la libertad en un establecimiento carcelario cambia de manera radical los hábitos personales de quien la sufre, que pasa a depender absolutamente de las condiciones impuestas por otros en cuanto la forma como debe vivir, vestirse, alimentarse y relacionarse de manera permanente. Y cuando se cumple en el domicilio, implica también una modificación radical en los hábitos de vida de quien es objeto de ella.

39.- En relación con la prueba del perjuicio moral para la (el) cónyuge o compañera (o) permanente de la víctima directa y sus parientes hasta el primer grado de consanguinidad, la Sala considera que respecto de ellos también puede inferirse la existencia del perjuicio moral con la sola prueba de su parentesco o relación con la víctima directa. En relación con los demás parientes de la víctima directa, la prueba del parentesco no es un indicio suficiente para acreditar los perjuicios morales.

40.- El parentesco, considerado como *indicio* de la existencia de una *relación estrecha de solidaridad y apoyo mutuo* con el detenido, debe fundarse en una *regla de experiencia* que parte de la doctrina sugiere denominar mejor como

---

<sup>18</sup> Aguiló Regla, Jospe. Las presunciones *hominis* y las inferencias probatorias. En: <http://www.scielo.org.pe/pdf/derecho/n79/a05n79.pdf>  
Adjunto el texto.

<sup>19</sup> Aguiló Regla, Josep op. cit.

*generalización empírica.*<sup>20</sup> Esas reglas fueron definidas como <<juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se ha inducido y que, por encima de esos casos pretenden tener validez para otros nuevos>><sup>21</sup>. Aunque se trata de reglas generales, en la medida en que la regla debe aplicarse al caso concreto, no puede incurrirse en lo que Taruffo denomina <<prejuicios, generalizaciones infundadas o simplificaciones indebidas>>.

41.- Para la Sala, la inferencia en relación con las consecuencias que se derivan de la privación de la libertad del padre, hijo, cónyuge o compañero (a) permanente, es distinta a la que puede deducirse para los demás parientes de la víctima directa. Los efectos son distintos para quienes, por regla general, conviven con quien ha sido privado de la libertad o tienen respecto del mismo una relación necesaria de permanente contacto. La generalización o regla de experiencia que se adopta como fundamento de la deducción de los perjuicios morales para los primeros se sustenta en que son estos quienes ordinariamente mantienen entre ellos, durante toda la vida, relaciones estrechas y permanentes de apoyo afecto y solidaridad. Esa regla no se extiende a todos los parientes del detenido, porque la característica común del grupo de personas incluido dentro de la generalización se presenta usualmente solo respecto de ellas.

42.- Por lo tanto, en relación con los parientes que no se encuentren en el primer grado de consanguinidad y de los demandantes distintos del cónyuge o compañero (a) permanente, la prueba de la relación de parentesco no puede considerarse como un indicio suficiente del cual deba inferirse la existencia de una relación estrecha con la persona privada de la libertad. Este medio de prueba no es suficiente para demostrar el perjuicio moral y le corresponde al juez confrontarlo con los demás allegados al proceso, para determinar si, de su análisis en conjunto, puede inferirse la existencia de perjuicios morales derivados de la detención de la víctima directa.

43.- En relación con los parientes que no se encuentren en el primer grado de consanguinidad, o distintos del cónyuge o compañero (a) permanente, debe considerarse que solo tienen derecho a la indemnización quienes acrediten que han sufrido un perjuicio moral particular y grave (que es el que puede calificarse de *antijurídico*) como consecuencia de la privación de la libertad de otra persona.

## **P.- Los topes máximos de indemnización**

---

<sup>20</sup> <<El cambio de nombre supone asumir una postura según la cual debería dejarse de lado la idea de que la experiencia, particularmente del juez, sería una fuente válida de conocimiento a efectos de construir y expresar las máximas. Expresa Taruffo al respecto: "(...) es útil hacer referencia a la noción de generalización, dado que el fundamento cognoscitivo de las máximas de la experiencia debería depender de la validez y admisibilidad de las generalizaciones que expresan". (Acero-Gallego, Luis Guillermo, Análisis sobre las reglas o máximas de la experiencia y su uso en el medio Colombiano, U. D de Girona, 2020, p. 28).

<sup>21</sup> Stein, citado por Linardo Limardo, Alain, Repensando las máximas de la experiencia, Universidad de Buenos Aires, Quaestio Facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, 2020 p. 115.

**i) Para la víctima directa**

44.- Si bien la tabla establecida en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 considera el tiempo de detención como criterio para determinar la cuantía de los perjuicios morales, presenta las siguientes dificultades: **(i)** no precisa si los montos establecidos en la tabla corresponden a rangos o topes de indemnización y **(ii)** no establece una indemnización progresiva, en función del tiempo de detención, dado que prevé una mayor cuantía para el primer período establecido en la tabla (detenciones con una duración igual o inferior a un mes), que decrece en los periodos posteriores, lo que arroja resultados que no resultan proporcionales.

45.- Para superar estos problemas, la Sala adoptará los siguientes topes para cuantificar los perjuicios morales de la víctima directa:

45.1.- Si la privación de la libertad tiene una duración **igual o inferior a un mes**, una suma fija equivalente a **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

45.2.- Si la privación de la libertad tiene una duración **superior a un mes**:

a.- **Por cada mes** adicional transcurrido, sin importar el número de días que tenga el mes, **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

b.- Por cada día adicional al último mes transcurrido, una fracción equivalente a **0,166 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, la cual se obtiene de dividir **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)** por **30 días**.

c.- La cuantía se incrementará hasta  **cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV)**, indemnización que recibirá la víctima directa cuando esté detenida por **20 meses o más tiempo**, con el objeto de mantener el tope máximo jurisprudencial, de acuerdo con la jurisprudencia antes indicada.

d.- De conformidad con los anteriores parámetros, los topes de indemnización de perjuicios morales para la víctima directa son los siguientes:

<b>Duración de la privación</b>	<b>Víctima directa en SMLMV</b>
<b>Entre un día y un mes</b>	Suma fija de 5 SMLMV
<b>Hasta 2 meses</b>	Hasta 10 SMLMV
<b>Hasta 3 meses</b>	Hasta 15 SMLMV
<b>Hasta 4 meses</b>	Hasta 20 SMLMV
<b>Hasta 5 meses</b>	Hasta 25 SMLMV
<b>Hasta 6 meses</b>	Hasta 30 SMLMV
<b>Hasta 7 meses</b>	Hasta 35 SMLMV
<b>Hasta 8 meses</b>	Hasta 40 SMLMV
<b>Hasta 9 meses</b>	Hasta 45 SMLMV
<b>Hasta 10 meses</b>	Hasta 50 SMLMV

<b>Hasta 11 meses</b>	Hasta 55 SMLMV
<b>Hasta 12 meses</b>	Hasta 60 SMLMV
<b>Hasta 13 meses</b>	Hasta 65 SMLMV
<b>Hasta 14 meses</b>	Hasta 70 SMLMV
<b>Hasta 15 meses</b>	Hasta 75 SMLMV
<b>Hasta 16 meses</b>	Hasta 80 SMLMV
<b>Hasta 17 meses</b>	Hasta 85 SMLMV
<b>Hasta 18 meses</b>	Hasta 90 SMLMV
<b>Hasta 19 meses</b>	Hasta 95 SMLMV
<b>20 meses o más</b>	Hasta 100 SMLMV

e.- Y la fórmula para determinar la cuantía de los perjuicios morales de la víctima directa es:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

f.- El tope de indemnización de perjuicios morales de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa solamente podrá ser superado en casos excepcionales, evento en el cual deberá motivarse detalladamente esta decisión y las razones que justifican tal determinación, hasta un monto máximo de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

#### **ii) Reducción en el caso de detención domiciliaria**

46.- Estima la Sala que, también como regla general, la intensidad del perjuicio es sustancialmente inferior cuando se trata de detención *domiciliaria*, caso en el cual la persona no se ve privada del entorno material de su hogar ni de la compañía de su familia. Esta circunstancia incide en la determinación de la intensidad de los perjuicios morales que sufren la víctima directa y sus familiares. Por lo tanto, en casos de **detención domiciliaria**, la reparación deberá disminuirse en un **cincuenta por ciento (50%)**.

#### **iii) Para las víctimas indirectas**

47.- La Sala considera que el monto de los perjuicios morales previstos en la tabla adoptada en la jurisprudencia vigente para las víctimas indirectas de la privación no es proporcional con los fijados en otras sentencias de unificación de la Sección Tercera para daños que pueden considerarse de mayor intensidad, como es el caso de la muerte de la víctima directa, los cuales se encuentran determinados en la sentencia de unificación también dictada el 28 de agosto de 2014, radicado 26251<sup>22</sup>.

48.- Cuando la privación de la libertad es superior a 18 meses, los parientes y personas cercanas a la víctima directa obtienen una indemnización por concepto de perjuicios morales equivalente a 100 salarios mínimos, que es igual a la que recibirían en casos de muerte de la víctima directa. Y por regla general, no puede

<sup>22</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251). Sentencia del 28 de agosto de 2014. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

asimilarse el dolor que sufre el padre por la muerte de su hijo y con el que le causa la privación de su libertad.

49.- De igual manera, no se estima justificado reconocer a favor de los cónyuges, compañeros permanentes o parientes en el primer grado de consanguinidad el mismo monto que se le otorga a la víctima directa que ha padecido la privación de la libertad. Nuevamente, se trata de daños frente a los cuales no puede afirmarse, por regla general, que tengan igual intensidad.

50.- El dolor sufrido por la víctima directa de la privación injusta de la libertad no es, por regla general, equiparable al que padecen sus familiares o personas cercanas, que no sufren personalmente la detención. La privación de la libertad, para el que la padece, implica sobrellevar una situación de hecho permanente; no poder realizar sus labores cotidianas; no vivir en su casa de habitación; no estar con sus seres queridos; no poder circular libremente; no poder autodeterminarse; y convivir con desconocidos. Es cierto que los parientes y personas cercanas (padres, hijos, pareja) sufren al saber que la víctima directa del daño se encuentra en tales circunstancias. Pero no resulta razonable considerar que, en todos los casos o por regla general, los dos dolores tienen la misma intensidad o el mismo grado, ni la misma permanencia o constancia durante el periodo de duración de la detención. En consecuencia, tampoco resulta razonable establecer una regla jurisprudencial de equiparación.<sup>23</sup>

51.- Con fundamento en lo anterior, se establecen los topes de perjuicios morales para las víctimas indirectas así: para los **parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente el cincuenta por ciento (50%)** de lo que le corresponda a la víctima directa. Y para los **demás demandantes**, cuando acrediten los perjuicios morales, el tope máximo es del **treinta por ciento (30%)** de lo que le corresponda a la víctima directa. La fijación de estos topes se enmarca en las justificaciones y criterios que se explican en el siguiente capítulo.

#### **Q.- El análisis de las pruebas y la motivación de los fallos para determinar la existencia y monto de los perjuicios morales de las víctimas indirectas**

52.- La jurisprudencia de unificación vigente advierte de manera reiterativa y enfática que para establecer la existencia y para fijar el monto de los perjuicios morales en relación con los parientes del detenido deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso concreto, lo cual implica considerar y exponer las motivaciones relativas a los medios probatorios ofrecidos por la parte demandante para acreditar la existencia de tales perjuicios y determinar su intensidad. Sin

---

<sup>23</sup> María Cecilia M'Clausand, al referirse al dolor que sufren los parientes cercanos del detenido, anota que <<aunque el sufrimiento de estas por lo común es profundo no parece adecuado compararlo con el de quien ve restringida su libertad y padece en carne propia las condiciones de la reclusión>>. No descarta que existan situaciones excepcionales, que deben probarse, entre las cuales menciona el <<caso de los niños pequeños que deben ser separados de su madre recluida y llevados a un lugar especial donde, si bien reciben la protección del Estado, carecen de la compañía familiar>>. M'Causland Sánchez, María Cecilia. *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2019. Págs. 470 y 471.

embargo, lo cierto es que (i) al enunciarse presunciones jurisprudenciales a partir del grado de parentesco y (ii) al fijarse los montos del perjuicio moral con base en lo reconocido al detenido, el análisis del caso concreto y de las pruebas ofrecidas para determinar la intensidad del dolor no se hace en las sentencias.

53.- Como consecuencia de las dos circunstancias antes señaladas (el establecimiento jurisprudencial de presunciones y montos), las consideraciones judiciales se limitan a verificar si está probado el parentesco con la persona privada de la libertad y a aplicar el monto determinado en la tabla. Los valores determinados por perjuicios morales no se entienden como indicativos, ni como topes máximos; el monto del perjuicio se determina mediante la aplicación de una operación aritmética a partir de dos datos: el lapso de la privación de la libertad y el grado de parentesco con el detenido, debidamente demostrado.

54.- De este modo, en lugar de declararse probada la existencia y la cuantía de un perjuicio, tales motivaciones se presentan como si se estuviera reconociendo a los demandantes un *derecho patrimonial establecido* con base en los parámetros antes señalados y sujeto simplemente a la prueba del parentesco con el detenido. El establecimiento de la presunción de perjuicios morales en casos de privación de la libertad a partir del parentesco con la víctima directa se ha transformado en una especie de *derecho automático*: si una persona ha sido privada de la libertad, el abogado que presenta la demanda estima que *tienen derecho a la reparación* los parientes hasta el grado de consanguinidad correspondiente. La demostración del parentesco *genera*, de manera automática, el *derecho* a la <<reparación>>.

55.- Este procedimiento contradice las advertencias hechas en la sentencia de unificación acerca de la motivación particular y concreta de la condena en relación con la existencia y la intensidad del perjuicio, y puede incluso desconocer el carácter desvirtuable de la presunción jurisprudencial. Considerar únicamente la prueba del parentesco y el lapso de la privación para establecer el monto de la indemnización, implica desconocer otras pruebas que pueden evidenciar la inexistencia de relaciones o demostrar la existencia relaciones muy precarias entre el detenido y el demandante que no permiten deducir la existencia de un perjuicio moral indemnizable o no permiten establecerlo en el tope máximo previsto por la jurisprudencia.

56.- Al descartar por infundado el enfoque según el cual los perjuicios patrimoniales se asimilan a un *derecho patrimonial* para quien *acredite la condición de pariente* del demandante, no debe seguir considerándose que la *única* prueba del perjuicio moral sea el parentesco. Respecto de los demandantes frente a los cuales se presume el perjuicio moral, las pruebas aportadas por la entidad demandada pueden desvirtuar su existencia y, en todo caso, permiten determinar su intensidad para establecer la cuantía dentro del tope máximo que se establece en la tabla. En los demás casos en los que se considera que la prueba del parentesco no permite inferir el perjuicio moral, el análisis en conjunto de las pruebas es lo que permite establecer su existencia y su intensidad.

57.- Adicionalmente, el juez tiene el deber legal de examinar la <<conducta procesal de las partes>> y deducir indicios de ella.<sup>24</sup> No solo tiene el deber legal de decidir en contra de quien no ha cumplido la carga de probar sus afirmaciones, sino que puede deducir que ellas no son ciertas cuando, teniendo la posibilidad de ofrecer medios probatorios para acreditarlas, no lo hace.

58.- Sobre este particular la doctrina ha señalado: <<(…) para la demostración del daño moral y del daño en general no existe tarifa legal sino libertad probatoria. Cualquiera de las pruebas idóneas aportadas por el demandante para demostrar la relación afectiva existente ente él y la víctima, así como el sufrimiento consecuente tendrá que ser decretada y apreciada por el Juez en el caso concreto.>><sup>25</sup>

En la sentencia de unificación del 18 de julio de 2019<sup>26</sup>, relativa a la prueba de perjuicios materiales, la Sección Tercera consideró:

<<(…) Sin embargo, a juicio de la Sala, resulta mejor, con miras a un adecuado ejercicio de la labor de impartir justicia, soslayar el uso de presunciones de orden jurisprudencial que lleven a reconocer de oficio perjuicios de este tipo, pues evitarlas y, por tanto, decidir con sustento en hechos o supuestos efectivamente probados garantiza de manera efectiva y eficaz el principio de congruencia de las sentencias y mantiene incólumes el principio de justicia rogada y el principio dispositivo, los cuales orientan la actividad y las decisiones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Agrégase a lo anterior que las orientaciones jurisprudenciales anteriormente mencionadas y las presunciones jurisprudenciales aplicadas con el objeto de determinar la existencia y el monto de los perjuicios materiales **podrían entenderse en el sentido de que, cumplidas ciertas condiciones, los demandantes tienen derecho, per se, a obtener el pago de perjuicios en determinado monto...**

<<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>>.

59.- Estas mismas consideraciones aplican al reconocimiento de los perjuicios morales en los casos de privación de la libertad. Para determinarlos adecuadamente también es necesario examinar las particularidades de cada caso concreto, y tener en cuenta -entre otras circunstancias- las relaciones de cercanía

---

<sup>24</sup> El artículo 249 del CPC dispone que el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

<sup>25</sup> M'Causland op. cit. p. 468.

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572). Sentencia del 18 de julio de 2019. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

en la familia, la edad de las personas, la afectación que en el entorno social en que vivían produjo el hecho, la sensación de injusticia que generó la detención, y los lazos de unión y solidaridad demostrados durante la detención.

60.- La precisión y el establecimiento explícito del supuesto de hecho que debe acreditarse como presupuesto para acceder a la pretensión resultan indispensables para estructurar adecuadamente la argumentación probatoria a desarrollar; en esa dirección, se advierte que no puede considerarse como indemnizable cualquier tipo de afectación: el daño antijurídico que debe ser indemnizado es el particular y grave que se deriva de la existencia de una relación estrecha con la persona privada de la libertad. La doctrina se refiere en este punto a la *premisa normativa*<sup>27</sup> para precisar que lo que debe probarse es la afirmación de la parte que constituye **el supuesto de hecho** previsto en la norma para la obtención del derecho.

61.- El supuesto de hecho a acreditar es la aflicción, el dolor, el sentimiento de desasosiego que invade a la persona cercana a la víctima de la detención durante el período que ella dura; la noticia de la detención de un pariente que puede significar un sentimiento de indignidad o de pesar, no puede considerarse como un *perjuicio moral indemnizable*, porque no reviste la condición de *gravedad* que justifica su reparación.

62.- La existencia del daño moral indemnizable, entendido como el dolor, la aflicción o el desasosiego que una persona siente por la privación de la libertad de otra no es un *hecho* que pueda acreditarse de manera *directa*, ni que pueda *demonstrarse plenamente o con certeza*, porque pertenece a su fuero interno. Es un hecho que se *infiere* de circunstancias externas que permiten considerar, con un grado de *probabilidad suficiente*, que el demandante sufrió un perjuicio moral indemnizable. Este es un dato que es importante tener en cuenta para comprender la *gravedad* del indicio o los indicios demostrados, entendida como la capacidad que tienen para deducir la hipótesis que se pretende demostrar (la existencia de una relación estrecha con el detenido) y para descartar la hipótesis contraria que es la inexistencia de una relación con tales características.

63.- La existencia del *perjuicio moral indemnizable* puede inferirse de una relación de cercanía, solidaridad y apoyo entre el detenido y el demandante, la cual puede acreditarse mediante distintos medios de prueba. El demandante puede demostrar con testimonios o documentos la existencia de una relación estrecha con el detenido y la forma como lo afectó su detención; las formas como demostró su solidaridad durante el tiempo de la detención, incluyendo las visitas que le hizo en el lugar de reclusión; o la forma como le brindó su apoyo. La existencia de una relación de esta naturaleza es un *indicio* de que el demandante (víctima indirecta) sufrió un perjuicio moral particularmente grave, como consecuencia de la privación de la libertad a la que fue sometida la víctima directa.

---

<sup>27</sup> Cfr. Acero-Gallego, Luis Guillermo, Análisis sobre las reglas o máximas de la experiencia y su uso en el medio Colombiano, U. D. de Girona, 2020, p. 8.

64.- A partir de las consideraciones anteriores, el juez determinará con base en los medios de prueba obrantes en el expediente y respetando los topes establecidos en la tabla, la cuantía del perjuicio que corresponde a la afectación sufrida por la víctima.

## **R.- Las reglas de unificación**

65.- Con fundamento en lo anterior, la Sala adoptará las siguientes reglas de unificación para el reconocimiento y cuantificación de perjuicios en casos de responsabilidad del Estado por privación de la libertad:

65.1.- En relación con la víctima directa de la detención, tanto si se trata de detención en establecimiento carcelario, como si se trata de detención domiciliaria, la sola prueba de la privación de la libertad constituye presunción de perjuicio moral para ella.

65.2.- En relación con los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, la prueba de tales calidades constituye presunción del perjuicio moral para ellos.

65.3.- Las presunciones establecidas en las dos reglas anteriores podrán desvirtuarse por la parte demandada.

65.4.- En relación con las demás víctimas indirectas, la prueba del parentesco no es una presunción del perjuicio moral. En tales casos, el juez determinará si el demandante cumplió la carga de acreditar la existencia del perjuicio moral derivado de la existencia de una relación estrecha con el detenido, de la cual pueda inferirse la existencia de un perjuicio moral indemnizable.

65.5.- Los topes máximos de indemnización se establecen de la siguiente forma para la víctima directa:

a.- Si la privación de la libertad tiene una duración **igual o inferior a un mes**, una suma fija equivalente a **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

b.- Si la privación de la libertad tiene una duración **superior a un mes**:

- **Por cada mes** adicional transcurrido, sin importar el número de días que tenga el mes, **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

- Por cada día adicional al último mes transcurrido, una fracción equivalente a **0,166 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, la cual se obtiene de dividir **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)** por **30 días**.

- La cuantía se incrementará hasta **cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV)**, indemnización que recibirá la víctima directa cuando esté

detenida por **20 meses o más tiempo**, con el objeto de mantener el tope máximo jurisprudencial, de acuerdo con la jurisprudencia antes indicada.

- De conformidad con los anteriores parámetros, los topes de indemnización de perjuicios morales para la víctima directa son los siguientes:

Duración de la privación	Víctima directa en SMLMV
<b>Entre un día y un mes</b>	Suma fija de 5 SMLMV
<b>Hasta 2 meses</b>	Hasta 10 SMLMV
<b>Hasta 3 meses</b>	Hasta 15 SMLMV
<b>Hasta 4 meses</b>	Hasta 20 SMLMV
<b>Hasta 5 meses</b>	Hasta 25 SMLMV
<b>Hasta 6 meses</b>	Hasta 30 SMLMV
<b>Hasta 7 meses</b>	Hasta 35 SMLMV
<b>Hasta 8 meses</b>	Hasta 40 SMLMV
<b>Hasta 9 meses</b>	Hasta 45 SMLMV
<b>Hasta 10 meses</b>	Hasta 50 SMLMV
<b>Hasta 11 meses</b>	Hasta 55 SMLMV
<b>Hasta 12 meses</b>	Hasta 60 SMLMV
<b>Hasta 13 meses</b>	Hasta 65 SMLMV
<b>Hasta 14 meses</b>	Hasta 70 SMLMV
<b>Hasta 15 meses</b>	Hasta 75 SMLMV
<b>Hasta 16 meses</b>	Hasta 80 SMLMV
<b>Hasta 17 meses</b>	Hasta 85 SMLMV
<b>Hasta 18 meses</b>	Hasta 90 SMLMV
<b>Hasta 19 meses</b>	Hasta 95 SMLMV
<b>20 meses o más</b>	Hasta 100 SMLMV

- En consecuencia, la fórmula para determinar la cuantía de los perjuicios morales de la víctima directa es:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

- En casos de **detención domiciliaria**, la cuantía de los perjuicios morales sufridos por la víctima directa se disminuirá en un **50%**.

65.6.- Para las víctimas indirectas, los topes máximos de indemnización se determinan a partir del monto reconocido a la víctima directa, de la siguiente manera:

a.- A los **parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido**, su **cónyuge o su compañero o compañera permanente**, el **cincuenta por ciento (50%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

b.- A los **demás demandantes**, cuando acrediten los perjuicios morales, el **treinta por ciento (30%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

65.7.- Para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso.

65.8.- Se reitera lo señalado en las anteriores jurisprudencias de unificación en lo relativo a que todos los topes que aquí se establecen podrán ser superados cuando se acrediten circunstancias que evidencien una gravedad e intensidad excepcional en el perjuicio moral sufrido por el detenido o las víctimas indirectas de la detención, las cuales podrán estar relacionadas con la gravedad del delito por el cual el sindicado fue investigado o acusado y las circunstancias particulares afrontadas con ocasión de la detención. En estos eventos, la decisión y las razones que justifican tal determinación deberán motivarse detalladamente. Finalmente, se establece que en ningún caso la indemnización podrá superar los trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa.

### **S.- La aplicación en el tiempo de las reglas que se adoptan en esta sentencia**

66.- Las reglas que se adoptan en el presente fallo, en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 270 del CPACA, tienen el objeto de <<unificar o sentar jurisprudencia o **precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación**>>.

67.- En esta sentencia de unificación se adoptan dos reglas jurisprudenciales respecto de las cuales es necesario pronunciarse sobre sus efectos en el tiempo: **(i)** los perjuicios morales solo se presumen para la víctima directa, los cónyuges, compañeros permanentes y los parientes en el primer grado de consanguinidad; **(ii)** se modifican los topes máximos sobre perjuicios morales derivados de la privación de la libertad para las víctimas directas e indirectas.

68.- No se estima procedente otorgarle efectos prospectivos a la limitación de la presunción jurisprudencial de los perjuicios morales, por las siguientes razones:

68.1.- De acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, la modulación de las modificaciones jurisprudenciales, en relación con reglas de naturaleza procesal, resulta procedente cuanto sea evidente que en el momento en el que se ejerció el derecho la parte no tenía conocimiento del requisito que se introdujo en la nueva regla jurisprudencial. Se afectaría su <<confianza legítima>> o su derecho de <<acceso a la administración de justicia>> si se negara el derecho impetrado aplicando la nueva regla. Si al adoptar la nueva regla en la sentencia de unificación es evidente que esto ocurre de manera general para los casos en los cuales tal regla deba ser aplicada, sus efectos deben modularse en el tiempo. Sin embargo, la noción de <<confianza legítima>> no puede examinarse en abstracto, ni entenderse como un derecho absoluto a la no modificación de una regla; debe entenderse como una expectativa legítima del justiciable, teniendo en cuenta las circunstancias concretas en las cuales se presenta su modificación.

68.2.- En la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013 (exp. No 25022), se consideró como regla general que el dolor de la víctima directa era igual al de sus <<seres queridos más cercanos>>, y se incluyó dentro de ellos al cónyuge o

compañero permanente y los parientes en el primer grado de consanguinidad: para ellos se estableció que la reparación debía ser igual que la de la víctima directa. No enunció expresamente ninguna presunción jurisprudencial en la que se indicara que la prueba del parentesco fuera suficiente para acreditar la existencia del perjuicio moral frente a estas víctimas. Sin embargo, al decidir el caso concreto *aplicó* una presunción según la cual la prueba del parentesco (los registros civiles) era suficiente para acreditar los perjuicios, y a los hermanos de la víctima directa les dio el mismo tratamiento.

Se lee en esta sentencia, en lo pertinente:

<<(…) 6.1. *Perjuicios Morales*

<<La Sala de Sección aprovecha esta oportunidad para advertir la necesidad de unificar criterios a fin de propender por su trato igualitario en punto de reconocimiento y tasación de los perjuicios morales en los supuestos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, a partir de una fórmula objetiva para determinar los montos indemnizatorios reconocidos en esta tipología de perjuicios.

<<Lo anterior, debido a la problemática que se ha suscitado en la jurisprudencia de las Subsecciones por la utilización de metodologías diferentes para la tasación de los perjuicios inmateriales.

<<De otro lado, según lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos de privación injusta de la libertad hay lugar a inferir que esa situación genera dolor moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto afectada o limitada su libertad<sup>28</sup>; **en esa línea de pensamiento, se ha considerado que ese dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades<sup>29</sup>, al tiempo, el dolor de los padres es, cuando menos, tan grande como el del hijo que fue privado injustamente de su libertad, cuestión que cabe predicar por igual en relación con el cónyuge, compañera o compañero permanente o los hijos** de quien debió soportar directamente la afectación injusta de su derecho fundamental a la libertad<sup>30</sup> (...)

<<Así las cosas, como en el *sub judice* las demandadas no desvirtuaron la presunción de aflicción que se desprende de la acreditación del parentesco – registros civiles que obran de folio 3 a 10 del cuaderno principal– habrá que decretar el perjuicio solicitado, según el arbitrio judicial, para lo cual es **imprescindible tener en cuenta la naturaleza**, la intensidad, extensión y la gravedad de la afectación o lesión al derecho o interés legítimo respectivo, razón por la cual se asignarán los porcentajes, para cada uno de los demandantes, en los valores que se indican a continuación:

Rubén Darío Silva Alzate (privado de la libertad)	90 SMMLV
Deysi Yurani Silva Yepes (hija)	90 SMMLV
Blanca Esther Alzate Ospina (madre)	90 SMMLV

<sup>28</sup> Entre otras, sentencia del 14 de marzo de 2002, exp. 12076, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>29</sup> Cf. Sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 15980, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>30</sup> Cf. Sentencia del 11 de julio de 2012, exp. 23688, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, reiterada en sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23998 y del 13 de febrero de 2013, exp. 24296, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, proferidas por la Subsección A de esta Sección, y en sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 27289, M.P. Enrique Gil Botero.

Sigifredo de Jesús Silva Giraldo (padre)	90 SMMLV
Sandra Milena Silva Alzate (hermana)	45 SMMLV
Sigifredo de Jesús Silva Alzate (hermano)	45 SMMLV
Carlos Arturo Silva Alzate (hermano)	45 SMMLV
José Alirio Silva Alzate (hermano)	45 SMMLV
Jhon Elkin Silva Alzate (hermano)	45 SMMLV

(...)>><sup>31</sup>

68.3.- En la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 (radicado 36149), se reitera la presunción de perjuicios morales con la prueba del parentesco a favor de los seres queridos más cercanos, sin determinar quiénes están incluidos en esa categoría. Y no se puede deducir ninguna conclusión de su aplicación a personas distintas de los cónyuges o compañeros permanentes y parientes en el primer grado de consanguinidad, porque en el caso concreto los demandantes eran únicamente la compañera permanente, los hijos y la madre de la víctima directa. No obstante, se incluyó una tabla en la que se señalan cuantías para parientes en los siguientes niveles: en el primer nivel, los cónyuges, compañeros (as) permanentes y parientes en el primer grado de consanguinidad; en el segundo nivel, los parientes en el segundo grado de consanguinidad; en el tercer nivel, los parientes en el tercer grado de consanguinidad; en el cuarto nivel, los parientes en el cuarto grado de consanguinidad y afines hasta el segundo grado; y en el quinto nivel, los terceros damnificados. Y, tal y como se había advertido en la sentencia del 1° de marzo de 2006, expediente 15440, lo anterior se tomó como una presunción jurisprudencial que permitía otorgar <<automáticamente>> perjuicios morales en los rangos de parentesco indicados en la tabla.

En esta sentencia se lee:

<<(…) Asimismo, en relación con la acreditación del perjuicio en referencia, se ha dicho que con la prueba del parentesco o del registro civil de matrimonio se infiere la afectación moral de la víctima, del cónyuge y de los parientes cercanos<sup>32</sup>, según corresponda. (...)>><sup>33</sup>

68.4.- A partir de lo anterior es evidente que lo que se hace en este fallo no es modificar una regla sobre presunción de perjuicios morales, sino precisar su alcance con el objeto de resolver las divergencias en su interpretación y aplicación, conforme con lo dispuesto en el artículo 270 del CPACA. Y, en la medida en que no puede afirmarse que en la sentencia del 28 de agosto de 2013 se adoptó una regla jurisprudencial que estableciera que era suficiente la prueba del parentesco para presumir los perjuicios morales en relación con determinadas víctimas, no es procedente fijar como regla general que, para las demandas presentadas a partir de esa fecha y hasta la expedición de este fallo, deba considerarse como prueba suficiente de los perjuicios morales de los <<parientes

<sup>31</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena de Sección Tercera. Expediente 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022). Sentencia del 28 de agosto de 2013. M.P.: Dr. Enrique Gil Botero.

<sup>32</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1° de marzo de 2006. Expediente 15440. MP: María Elena Giraldo Gómez.

<sup>33</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena de Sección Tercera. Expediente 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149). M.P.: Dr. Hernán Andrade Rincón (E).

cercanos>> la demostración de su parentesco. Lo que genera el carácter vinculante de una regla jurisprudencial es su enunciación precisa en la sentencia en la que se adopta; es esto lo que crea una expectativa legítima en los justiciables y en este caso ello no ocurrió.

68.5.- No obstante, como a partir de la sentencia del 28 de agosto de 2013 puede deducirse que, en relación con los hermanos de la víctima directa era suficiente acreditar el parentesco para tener por demostrado el perjuicio moral, y en la gran mayoría de los fallos tal presunción viene aplicándose, la Sala estima procedente establecer la siguiente regla: en relación con las demandas presentadas desde el 28 de agosto de 2013 y hasta la fecha de expedición de la presente sentencia, en las cuales el juez advierta que se presentaron fundándose en la jurisprudencia existente y no se solicitaron pruebas para acreditar los perjuicios morales de los parientes en segundo grado de consanguinidad, podrá hacer uso de las facultades probatorias que le otorga la ley para garantizar su derecho al debido proceso. Esta determinación se adoptará sin importar la instancia en la que se encuentre el proceso.

69.- En relación con la determinación de los topes máximos por perjuicios morales y la forma de calcularlos, la sentencia será aplicada de inmediato. Aunque como quedó explicado anteriormente no es posible dar un valor pecuniario a los perjuicios morales, es entonces necesario que, mediante sentencia de unificación con carácter vinculante, se determinen sus topes máximos, con base en criterios generales de proporcionalidad.

70.- El hecho de que los demandantes no conocieran estos topes en el momento en que interpusieron sus demandas no afecta la <<confianza legítima>>. El derecho a la reparación de perjuicios sufridos como consecuencia de la privación de la libertad no es un derecho patrimonial que nazca de un acto jurídico (unilateral o bilateral) en el cual la parte se acoge a determinada regla que no puede ser modificada posteriormente. Tampoco puede considerarse que la demanda fue presentada pensando en obtener determinado monto de perjuicios y que la confianza en ese resultado se alteró al establecerse otro monto.

71.- El derecho a la igualdad en este caso se garantiza aplicando la sentencia de manera similar a todos los casos que se fallen luego de su ejecutoria. Suponer que tal derecho solo se garantiza si se le otorga el mismo monto de perjuicios morales a todas las personas que presentaron la demanda durante determinado periodo de tiempo carece de fundamento; la fecha en la cual se presentó la demanda no tiene en este caso ningún tipo de relevancia para estructurar tal derecho, como sí puede tenerla frente a quienes en ese momento consideraban que podían acogerse a la presunción jurisprudencial de perjuicios morales para los hermanos.

72.- Esgrimir el derecho de igualdad para impedir la aplicación inmediata de los topes de perjuicios morales implicaría considerar que los mismos no pueden ser modificados por la jurisprudencia. Implicaría también considerar que, con base en el mismo derecho de igualdad, no existe justificación para que en relación con las

demandas presentadas con posterioridad a este fallo se apliquen los nuevos topes.

73.- A partir de lo previsto en la ley, lo que deben prever los justiciables, por el contrario, es que dichos topes pueden ser modificados jurisprudencialmente. Y teniendo en cuenta la noción misma del perjuicio moral, lo previsible también es que tales perjuicios son estimados por el *arbitrio iudice*.

#### **T.- El reconocimiento y liquidación de los perjuicios morales en el caso concreto**

74.- En este caso **(i)** la demanda se presentó el **22 de marzo de 2006**, es decir antes de que se profirieran las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2013 (exp. No 25022) y del 28 de agosto de 2014 (radicado 36149) y **(ii)** en la demanda se solicitó la práctica de testimonios para acreditar los perjuicios morales sufridos por los demandantes.

##### **i) Los perjuicios morales sufridos por las víctimas directas**

75.- Debido a que no se desvirtuó la presunción de los perjuicios morales sufridos por los demandantes **Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo** con ocasión de la privación de su libertad y a que se demostró que el tiempo que estuvieron detenidos por cuenta de la Fiscalía General de la Nación se prolongó por un período total de 6 meses y 9 días (la totalidad en establecimiento carcelario), para la liquidación de los perjuicios morales sufridos por estos demandantes se tendrá en cuenta que:

75.1.- Fórmula para la liquidación de los perjuicios morales:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

$$PM = (6 \text{ meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (9 \text{ días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

$$PM = 30 \text{ SMLMV} + 1,50 \text{ SMLMV}$$

$$PM = 31,50 \text{ SMLMV}$$

75.2.- Monto de la indemnización de los perjuicios morales sufridos por cada una de las víctimas directas, por el tiempo que estuvieron detenidas por cuenta de la Fiscalía General de la Nación: **31,50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.**

##### **ii) Los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas**

76.- Para demostrar los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas, los demandantes: **(i)** allegaron los correspondientes registros civiles de nacimiento para acreditar su parentesco con los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo y **(ii)** solicitaron los testimonios de personas cercanas a las familias de los detenidos.

77.- En relación con la prueba de los perjuicios morales sufridos por los familiares de la demandante **Berenice Díaz Buitrago**, la Sala destaca que:

77.1.- Con la copia de los registros civiles que obran en el expediente está acreditado que los demandantes tienen los siguientes vínculos de parentesco con Berenice Díaz Buitrago:

Madre: Crisanta Buitrago de Díaz<sup>34</sup>

Padre: Esteban Díaz Gutiérrez<sup>35</sup>.

Hijos: Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz<sup>36</sup>.

Hermanos: Orlando Díaz Buitrago, Ovidio Díaz Buitrago, Octavio Díaz Buitrago, Urbano Díaz Buitrago, Dídimo Díaz Buitrago, Albeiro Díaz Buitrago y Evelio Díaz Buitrago<sup>37</sup>.

77.2.- La presunción de la existencia de perjuicios morales en relación con la madre, padre e hijos de **Berenice Díaz Buitrago** no fue desvirtuada con las pruebas obrantes en el expediente.

77.3.- En relación con la intensidad de los perjuicios sufridos por los demandantes Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz, hijos de la víctima directa, los testigos Gladis Yaneth Torres Buitrago, Jairo Ramírez Ducuara y Ana Rosa Lombo Bejarano señalaron que eran menores y convivían con ella cuando fue privada de la libertad, quedaron abandonados en <<manos de los vecinos>> y agregaron que la situación los afectó mucho porque ella era la <<cabeza del hogar>>. Estas circunstancias imponen decretar a su favor el tope máximo de indemnización, previsto en el 50% del perjuicio moral acordado para la víctima directa. Por lo tanto, se reconocerá a favor de cada uno de estos demandantes una reparación correspondiente a **15,75 salarios mínimos legales mensuales vigentes**.

77.4.- En relación con los padres de **Berenice Díaz Buitrago**, los testimonios recibidos hicieron referencia genérica al sufrimiento que la detención generó en toda su <<familia>>, por lo que el perjuicio en relación con ellos se cuantificará en el 40% del perjuicio moral acordado para la víctima directa, lo que equivale a **12,60 salarios mínimos legales mensuales vigentes** para cada uno.

77.5.- En relación con los hermanos de la víctima, las declaraciones recaudadas en el proceso con el objeto de acreditar el perjuicio moral sufrido por éstos no dieron cuenta de la existencia de relaciones estrechas de solidaridad o afecto con la víctima directa, ni indicaron ninguna circunstancia de la cual pueda inferirse que sufrieron un perjuicio particular y grave. Por esta razón y en la medida en que la simple prueba del parentesco no se estima como un indicio suficiente para dar por

---

<sup>34</sup> F. 22, c. 2.

<sup>35</sup> Ibídem.

<sup>36</sup> Fls. 17, 18, c. 1.

<sup>37</sup> Fls. 20, 21, 23, 24, 25, 26 y 27, c. 2.

demostrados los perjuicios morales reclamados, se revocará la condena hecha a su favor por este concepto en la sentencia de primera instancia.

78.- En relación con la demostración de los perjuicios morales sufridos por los familiares del demandante **Miguel de los Santos Oviedo**, la Sala hace las siguientes consideraciones:

78.1.- Con la copia de los registros civiles que obran en el expediente está acreditado que los demandantes tienen los siguientes vínculos de parentesco con Miguel de los Santos Oviedo:

Madre: Ana Beatriz Oviedo<sup>38</sup>

Hermanos: Mery Meneses Oviedo, Adriano Oviedo, Pedro Oviedo y José Franklin Oviedo<sup>39</sup>.

78.2.- La testigo Jackeline Sánchez Rodríguez declaró que la demandante Ana Beatriz Oviedo visitó con frecuencia a su hijo Miguel de los Santos Oviedo durante el tiempo que estuvo privado de la libertad. Sin embargo, señaló que no tuvo conocimiento de que este tuviera hermanos u otros familiares.

<<(…) CONTESTÓ Para él y para la mamá fue muy duro, la mamá conozco fue a visitarlo, no sé de otros familiares porque cuando yo fui a visitarlo sólo vi a su mamá. El veía era por su mamá porque cuando fue preso no tenía esposa. La mamá sufrió mucho por lo que él veía por ella (…) CONTESTÓ: Unas veces yo lo encontré sólo, otras veces sólo a la mamá o amigos de él cuando yo lo visitaba en la cárcel. No le vi hermanos ni familiares (…)>>

78.3.- En similar sentido, declaró el testigo Héctor Rondón Muñoz:

<< (…) PREGUNTADO: Distingue usted a las siguientes personas: MERY MENESES OVIEDO, JOSE FRANKLIN, PEDRO, ADRIANO Y MISAEL MENESES y si estos fueron perjudicados moral y materialmente por la detención de MIGUEL DE LOS SANTOS OVIEDO. CONTESTÓ: No los distingo a ellos. La única que se perjudicó fue la mamá y él. PREGUNTADO. Sírvase manifestar si le consta si durante el tiempo en que estuvo detenido el señor MIGUEL DE LOS SANTOS OVIEDO en la cárcel del Cunduy en Florencia, quienes estuvieron al tanto de sus necesidades básicas y a quienes observó afectados moralmente. CONTESTÓ: Yo fui a visitarlo y me consta que a él la única que iba a visitarlo era la mamá (…)>>.

78.4.- En consecuencia, la Sala:

a.- En relación con **Ana Beatriz Oviedo** tendrá por probados los perjuicios morales sufridos por estar acreditada su condición de madre de la víctima directa de la detención; y en la medida en que los testimonios acreditan la especial afectación que la misma le generó indicando particularmente que fue la única persona con quien mantuvo una relación cercana durante el tiempo que estuvo privada de la libertad, se determinará el monto del perjuicio en la suma indicada como tope máximo en la tabla. Se reconocerá a su favor una reparación

---

<sup>38</sup> Fl. 19, c. 1.

<sup>39</sup> Fls. 20, 21, 22 y 23, c. 1

correspondiente **50%** de lo reconocido a favor de la víctima directa, esto es de **15,75 salarios mínimos legales mensuales vigentes**.

b.- Negará la reparación de los perjuicios morales solicitada por los hermanos del demandante Miguel de los Santos Oviedo porque las pruebas testimoniales solicitadas para demostrarlos no permiten inferir de ninguna manera la existencia de los mismos y la acreditación del parentesco no es un indicio suficiente para probarlos.

#### **U.- Costas**

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

#### **V.- Aprobación de la sentencia**

80.- Todas las decisiones y reglas contenidas en esta providencia fueron aprobadas por la mayoría de los magistrados que integran la Sección Tercera. En relación con su votación, la Sala destaca que:

80.1.- Los magistrados Martín Bermúdez Muñoz, Alberto Montaña Plata y Guillermo Sánchez Luque votaron negativamente la regla de unificación señalada en la consideración 65.2.

80.2.- Los magistrados Fredy Ibarra Martínez y María Adriana Marín votaron negativamente: **(i)** la regla de unificación señalada en la consideración 65.4; **(ii)** la cuantía del descuento para los casos de detención domiciliaria establecida en la consideración 65.5; y **(iii)** los topes máximos de indemnización establecidos en la consideración 65.6 para las víctimas indirectas.

80.3.- Los magistrados María Adriana Marín y Alberto Montaña Plata votaron negativamente el tope de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes establecido para la víctima directa en la regla señalada en la consideración 65.5.

80.4.- Los magistrados Fredy Ibarra Martínez, María Adriana Marín y José Roberto Sáchica Méndez votaron negativamente la regla de unificación señalada en la consideración 65.7.

80.5.- Los magistrados Fredy Ibarra Martínez, María Adriana Marín, José Roberto Sáchica Méndez y Guillermo Sánchez Luque votaron negativamente las pautas sobre la aplicación en el tiempo de las reglas jurisprudenciales señaladas en esta providencia.

80.6.- En relación con el caso concreto:

a.- Los magistrados Guillermo Sánchez Luque y Nicolás Yepes Corrales votaron negativamente la decisión de condenar a la Fiscalía General de la Nación; y la magistrada María Adriana Marín salvó parcialmente el voto respecto de la decisión de limitar la condena impuesta contra la Fiscalía solo al tiempo que las víctimas directas estuvieron detenidas por cuenta de esta entidad.

b.- Los magistrados Fredy Ibarra Martínez y María Adriana Marín votaron negativamente la cuantificación de los perjuicios morales realizada respecto de los padres de Berenice Díaz Buitrago.

80.7.- Las demás decisiones adoptadas en esta sentencia fueron votadas favorablemente por la totalidad de los magistrados.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

**MODIFÍCASE** la sentencia dictada el 23 de agosto de 2012 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Caquetá, así:

**PRIMERO: DECLÁRASE** probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y el Departamento Administrativo de Seguridad.

**SEGUNDO: DECLÁRASE** patrimonialmente responsable a la **NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** por los perjuicios ocasionados a los demandantes por la privación de la libertad de **BERENICE DÍAZ BUITRAGO Y MIGUEL DE LOS SANTOS OVIEDO**.

**TERCERO: CONDÉNASE** a la **NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** al pago de las siguientes indemnizaciones, por concepto de perjuicios morales, las cuales se tasarán en salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria de esa providencia:

Nombre	Indemnización
Berenice Díaz Buitrago	31,50 SMLMV
Ferley Vargas Díaz	15,75 SMLMV
Daniel Vargas Díaz	15,75 SMLMV
Crisanta Buitrago de Díaz	12,60 SMLMV
Esteban Díaz Gutiérrez	12,60 SMLMV
Miguel de los Santos Oviedo	31,50 SMLMV
Ana Beatriz Oviedo	15,75 SMLMV

**CUARTO: CONDÉNASE** a la **NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** al pago de las siguientes indemnizaciones, por concepto de lucro cesante:

<b>Demandante</b>	<b>Cuantía</b>
Berenice Díaz Buitrago	\$5.704.628,13
Miguel de los Santos Oviedo	\$5.704.628,13

**QUINTO: NIÉGUENSE** las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO: SIN CONDENA** en costas.

**SÉPTIMO:** Las condenas se cumplirán en los términos de los artículos 176 a 178 del CCA.

**OCTAVO:** Para el cumplimiento de la sentencia expídanse copias con destino a las partes, de conformidad con el artículo 115 del CPC.

**NOVENO:** Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** el expediente a su tribunal de origen

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Con firma electrónica*  
**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**  
Presidente

*Con firma electrónica*  
**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**  
Magistrado

*Con firma electrónica*  
**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
Magistrado  
Con salvamento parcial de voto

*Con firma electrónica*  
**MARÍA ADRIANA MARÍN**  
Magistrada  
Con salvamento parcial de voto

*Con firma electrónica*  
**ALBERTO MONTAÑA PLATA**  
Magistrado  
Con aclaración de voto

*Con firma electrónica*  
**JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**  
Magistrado

*Con firma electrónica*  
**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**  
Magistrado  
Con salvamento de voto

*Con firma electrónica*  
**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**  
Magistrada

*Con firma electrónica*  
**NICOLÁS YEPES CORRALES**  
Magistrado  
Con salvamento parcial de voto

## **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA CONSEJERA MARÍA ADRIANA MARÍN**

### **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD / SISTEMA DE REGLAS DE LA EXPERIENCIA / MODULACIÓN DE EFECTOS DE LA SENTENCIA EN EL TIEMPO**

Comparto el criterio expuesto en la sentencia, en relación con la exigencia que se hace a los parientes que se hallen en el tercero y cuarto grados de consanguinidad con la víctima directa del daño, con pruebas adicionales a las de su estado civil, porque en tal caso, no hay lugar a inferir la existencia del dolor moral, con la sola demostración del vínculo de consanguinidad. Así se había establecido la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, en consideración a la regla de la experiencia o la regla de generalización -como se prefiere denominar en la sentencia de la que en parte disiento- que no permite inferir la existencia de relaciones muy estrechas entre los parientes menos cercanos. No obstante, me aparto de la nueva regla de unificación en relación con los parientes que se hallen en el segundo grado de consanguinidad con la persona que hubiera sido injustamente privada de la libertad, porque no encuentro -ni se expusieron en el fallo- las razones de orden sociológico, histórico o doctrinal que lleven a negar la generalización a la que durante décadas ha acudido la jurisprudencia para establecer la presunción de daño en relación con los hermanos, abuelos y nietos. Ahora bien, si se considera que dicho cambio sí está justificado, a mi juicio, debió dictarse una sentencia con efectos prospectivos, para no sorprender a quienes, prevalidos de una regla probatoria explícita y reiterada, presentaron la demanda, sin pedir pruebas distintas, para demostrar un daño, que, según el criterio jurisprudencial, quedaba acreditado con la sola prueba del parentesco. De acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, la modulación de las modificaciones jurisprudenciales, en relación con reglas de naturaleza procesal, resulta procedente cuando sea evidente que en el momento en el que se ejerció el derecho la parte no tenía conocimiento del requisito que se introdujo en la nueva regla jurisprudencial.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el perjuicio moral y su presunción bajo las reglas de la experiencia, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de julio de 1992, rad. 6750, C. P. Daniel Suárez Hernández. Sobre el concepto de jurisprudencia anunciada, cita: Consejo de Estado, Sección Quinta, rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00, sentencia de 7 de junio de 2016. C. P. Alberto Yepes Barreiro, y Consejo de Estado, Sección Quinta, rad. 11001-03-28-000-2020-00058-00, sentencia del 18 de febrero de 2021. C. P. Lucy Jeannette Bermúdez.

### **PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / VÍCTIMA INDIRECTA**

Aunque no comparto, podría aceptar el criterio de que en relación con los parientes debe hacerse una reducción de la indemnización por el dolor moral, pero en todo caso esa reducción debe ser mucho menor a la que se adoptó en la sentencia y sólo cuando se prueben circunstancias muy particulares. Sin duda, se reducen de manera significativa los topes indemnizatorios en materia de parientes en primer grado (50%) y demás demandantes (30%). [...] No hay duda de que la

reparación a las víctimas directas e indirectas de los daños causados por la privación injusta de la libertad pueden ser muy onerosas; sin embargo, no puede ser otra la consecuencia en un Estado Social de Derecho que reconoce la libertad como derecho y valor fundamental y, por ende, tiene la obligación ineludible de reparar integralmente el daño que se causa cuando de manera injusta priva a una persona de su derecho, y cuando, además, ese deber de reparación no surge del comportamiento de las víctimas sino de la opción de la detención preventiva como manifestación por excelencia de la política criminal del Estado. Por cuantiosa que resulte ser la sumatoria de esas indemnizaciones, es deber ineludible del Estado lograr que la reparación del daño sea integral y no meramente simbólica.

### **INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / PRISIÓN DOMICILIARIA / REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL**

Comparto el criterio de reducir la indemnización en los casos de detención domiciliaria, porque, por desfavorables que sean las condiciones de vida de una persona, sigue gozando de su entorno familiar, pero considero que la reducción de la proporción señalada en la sentencia de unificación es muy elevada, porque, en todo caso, la persona ha perdido el derecho a la libertad.

### **INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / TASACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS**

Se estableció en la sentencia de la cual me aparto parcialmente que la cuantía de la indemnización se incrementará hasta en 100 SMLMV, indemnización que recibirá la víctima directa cuando esté detenida por 20 meses o más tiempo, tope que solo puede ser superado hasta en 300 SMLMV, en casos excepcionales, y exigirá que se motive detalladamente la decisión y las razones que la justifican. No comparto esa limitación. El tope de los 100 SMLMV fue adoptado jurisprudencialmente para eventos en los cuales el daño se genere en un solo momento, aunque se prolongue en el tiempo, por ejemplo, en los casos de muerte, de lesiones, pero, tratándose de la privación de la libertad no debe haber lugar a dicho tope, porque no se trata de un daño que se produzca en un momento, sino que se sucede día a día, hasta el momento en que cese su restricción. Justamente, lo que considero más acertado de esta sentencia de unificación es que establece una indemnización por cada día de detención (0.166 SMLMV), entonces, ¿Por qué se considera que el daño y su reparación tienen un límite arbitrario de 100 SMLMV? Como si la persona que sigue detenida por un tiempo posterior a los 20 meses ya no sufriera daños por la restricción de su derecho. Si en esta sentencia se trató de corregir el defecto advertido en la de unificación de 2014, que establecía una indemnización diferente por períodos, para formular una indemnización progresiva, en función del tiempo de detención, la solución se desnaturaliza cuando se llega a los 20 meses de detención. En efecto, en varios eventos en los que se ha prolongado la privación de la libertad, la Sala ha considerado razonable superar ese límite, como sucedió en una privación de la libertad por 42 meses, en la que se reconocieron 300 SMLMV y en otra en la que se reconocieron 150 por una privación de la libertad de 11 años. A mi juicio, la indemnización, en los casos de privación injusta de la libertad solo será integral si repara cada día de afectación del derecho, sin límites y sin necesidad de justificación distinta al daño que sucede día a día, mientras la persona permanezca detenida. [...] [L]os valores indemnizatorios establecidos en la sentencia de unificación aprobada por la Sala deben aplicarse en todos los casos,

con el fin de asegurar los principios de reparación integral, seguridad jurídica e igualdad, y sólo cuando se advierta circunstancias que demuestren que el daño fue mayor o menor al que sufre la generalidad de las personas sometidas a detención preventiva, podrán variarse aquellos, para lo cual será exigible al juez que justifique su decisión, y no como lo propone la sentencia en el sentido de que en cada caso se expliquen las razones por las cuales la condena se profiere conforme a los topes señalados, porque de esta manera se impide lograr el fin buscado con la unificación.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN TERCERA**

**Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

Bogotá D. C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)**

**Actor: JOSÉ DÍDIMO DÍAZ Y OTROS**

**Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS**

**Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)**

Con el respeto que profeso por las decisiones que adopta la Sala, me permito expresar las razones que me llevan a salvar parcialmente mi voto en la sentencia de 29 de noviembre de 2021, en la que se adoptan reglas para unificar la jurisprudencia relativa al reconocimiento y monto de los perjuicios morales por la privación injusta de la libertad.

Mi discrepancia con la Sala se da en relación con los siguientes asuntos:

#### **1. La prueba del perjuicio moral de las víctimas indirectas diferentes al cónyuge o compañero (a) y los parientes en primer grado de consanguinidad**

Comparto el criterio expuesto en la sentencia, en relación con la exigencia que se hace a los parientes que se hallen en el tercero y cuarto grados de consanguinidad con la víctima directa del daño, con pruebas adicionales a las de su estado civil, porque en tal caso, no hay lugar a inferir la existencia del dolor moral, con la sola demostración del vínculo de consanguinidad. Así se había establecido la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, en consideración a la regla de la experiencia o la regla de generalización -como se

prefiere denominar en la sentencia de la que en parte disiento- que no permite inferir la existencia de relaciones muy estrechas entre los parientes menos cercanos.

No obstante, me aparto de la nueva regla de unificación en relación con los parientes que se hallen en el segundo grado de consanguinidad con la persona que hubiera sido injustamente privada de la libertad, porque no encuentro -ni se expusieron en el fallo- las razones de orden sociológico, histórico o doctrinal que lleven a negar la generalización a la que durante décadas ha acudido la jurisprudencia para establecer la presunción de daño en relación con los hermanos, abuelos y nietos<sup>40</sup>.

Ahora bien, si se considera que dicho cambio sí está justificado, a mi juicio, debió dictarse una sentencia con efectos prospectivos, para no sorprender a quienes, prevalidos de una regla probatoria explícita y reiterada, presentaron la demanda, sin pedir pruebas distintas, para demostrar un daño, que, según el criterio jurisprudencial, quedaba acreditado con la sola prueba del parentesco.

De acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, la modulación de las modificaciones jurisprudenciales, en relación con reglas de naturaleza procesal, resulta procedente cuando sea evidente que en el momento en el que se ejerció el derecho la parte no tenía conocimiento del requisito que se introdujo en la nueva regla jurisprudencial.

Según la cita que se trae en el fallo, *“quien afirma que la conclusión es presumible está otorgando tal fuerza a los indicios, a los hechos probatorios, que afirma también que son suficientes para dar por probada la conclusión; sostiene no solo la probabilidad de la conclusión, sino que, a falta de nueva información, la conclusión debe darse por probada”*, y esto era lo que había hecho la jurisprudencia, dar por demostrado el dolor moral de los parientes en el segundo grado de consanguinidad, a partir de la sola prueba del parentesco, hecho que bien podía ser desvirtuado en los casos concretos.

---

<sup>40</sup> De manera expresa, la Sala había señalado, desde 1992, la existencia de la presunción del dolor en relación con los parientes en segundo grado de consanguinidad, así: *“La familia para fines de las controversias indemnizatorias está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio. Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales”*. Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 6750, M.P. Daniel Suárez Hernández, sentencia del 17 de julio de 1992.

Luego, a quien hubiera presentado la demanda antes del 28 de agosto de 2013, con el propósito de reclamar la indemnización por el perjuicio moral a favor de los hermanos, abuelos o nietos, no le era exigible que trajera prueba distinta a los registros civiles, para demostrar la existencia del daño. Su conducta procesal relacionada con la manera de cumplir con esa carga probatoria estuvo orientada por la propia jurisprudencia, que -se insiste- infería la existencia del daño a partir de la acreditación del vínculo de consanguinidad. Por tanto, aplicarles en su caso el presente criterio jurisprudencial sí implica desconocer una regla probatoria, de manera sorpresiva y desfavorable.

En mi criterio, al cambio jurisprudencial le era perfectamente aplicable la figura de la jurisprudencia anunciada<sup>41</sup>, *“que matiza las consecuencias de las alteraciones interpretativas de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, comoquiera que propugna por una aplicación modulada en el tiempo –hacia el futuro – de las nuevas previsiones hermenéuticas”*<sup>42</sup>. El cambio en la carga probatoria del daño afecta de manera significativa la seguridad jurídica en materia de reparación directa, en cuanto a la prueba del daño moral.

Ahora, la solución prevista en el apartado 68.5 de la sentencia, puede resultar muy controversial. Se afirma en ese apartado que, para las demandas presentadas a partir del 28 de agosto de 2013, la parte demandante podrá hacer uso de *“las facultades probatorias que le otorga la ley para garantizar su derecho al debido proceso. Esta determinación se adoptará sin importar la instancia en la que se encuentre el proceso”*. Sin embargo, cabe preguntar si esa fórmula resulta aplicable, por ejemplo, cuando el expediente ya está a despacho para fallo en segunda instancia ¿Cuál es la oportunidad que tiene la parte en ese caso para pedir pruebas? Aún más, si se cuenta con la oportunidad para pedir pruebas en segunda instancia, habría que entender añadido ese supuesto a los previstos en el artículo 212 del CPACA. O, ¿Podrán pedirse tales pruebas, de oficio, a pesar de que no se trata de resolver una duda razonable, sino de acreditar hechos nuevos? Es decir, ¿Podrán decretarse de oficio las pruebas para demostrar el daño moral de los parientes en el segundo grado de consanguinidad, a pesar de que no se cumpla con lo previsto en el artículo 213 *ibídem*? Y peor aún, la prueba por excelencia para acreditar ese daño será la testimonial, de la cual el juez, por ende, no tendría noticia previa y, por tanto, no podría decretarla. Hubiera sido muy relevante que en esta sentencia orientara a las partes y a los jueces sobre la manera de proceder y el fundamento normativo de esa nueva oportunidad probatoria.

---

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00, Sentencia de 7 de junio de 2016. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

<sup>42</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 11001-03-28-000-2020-00058-00, Sentencia de 18 de febrero de 2021. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez.

## **2. Reducción de la indemnización a favor de las víctimas indirectas**

Aunque no comparto, podría aceptar el criterio de que en relación con los parientes debe hacerse una reducción de la indemnización por el dolor moral, pero en todo caso esa reducción debe ser mucho menor a la que se adoptó en la sentencia y sólo cuando se prueben circunstancias muy particulares. Sin duda, se reducen de manera significativa los topes indemnizatorios en materia de parientes en primer grado (50%) y demás demandantes (30%).

Es cierto que ni el cónyuge o compañero (a) ni los parientes de la víctima directa sufrirán los rigores que se padecen en una cárcel de *“no poder realizar sus labores cotidianas; no vivir en su casa de habitación; no estar con sus seres queridos; no poder circular libremente; no poder autodeterminarse; y convivir con desconocidos”*, pero, también lo es que esos parientes sufren dolor moral como consecuencia del daño padecido injustamente por su ser querido, dolor equivalente, o al menos, similar al de aquel, pues también se les priva de su presencia, soportan el estigma social que representa esa detención; a ellos también les tocará entrar en el entorno social que rodea a su pariente; sentirán el miedo permanente por los riesgos que circundan a aquel en un medio tan hostil; tendrán que soportar todas las privaciones e incomodidades y hasta el trato, muchas veces indigno, si quieren ingresar a los centros de reclusión a visitarlos<sup>43</sup>.

No hay duda de que la reparación a las víctimas directas e indirectas de los daños causados por la privación injusta de la libertad pueden ser muy onerosas; sin embargo, no puede ser otra la consecuencia en un Estado Social de Derecho que reconoce la libertad como derecho y valor fundamental y, por ende, tiene la obligación ineludible de reparar integralmente el daño que se causa cuando de manera injusta priva a una persona de su derecho, y cuando, además, ese deber de reparación no surge del comportamiento de las víctimas sino de la opción de la detención preventiva como manifestación por excelencia de la política criminal del Estado. Por cuantiosa que resulte ser la sumatoria de esas indemnizaciones, es deber ineludible del Estado lograr que la reparación del daño sea integral y no meramente simbólica.

## **3. Reducción de la indemnización en los casos de detención domiciliaria**

Comparto el criterio de reducir la indemnización en los casos de detención domiciliaria, porque, por desfavorables que sean las condiciones de vida de una persona, sigue

---

<sup>43</sup> Así lo demuestra una providencia reciente de la Sección Tercera, subsección B, sobre hacinamiento carcelario: sentencia del 20 de noviembre de 2020, expediente: AG 2013-00216-01, actor: Linda Lorena Bañol García, Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata.

gozando de su entorno familiar, pero considero que la reducción de la proporción señalada en la sentencia de unificación es muy elevada, porque, en todo caso, la persona ha perdido el derecho a la libertad.

Debe recordarse, que el fundamento de la reparación en los casos de privación injusta de la libertad es la afectación de tal derecho. La Corte Constitucional puso de presente en la sentencia SU 072 de 2018, que la libertad es uno de los bastiones del Estado Social de Derecho de carácter multidimensional, como valor, principio y derecho fundamental, como se deduce del preámbulo y los artículos 1, 2 y 28 de la Constitución política, entre otros, bajo el entendido que valores tales como la democracia, el pluralismo y la dignidad humana carecen de sentido sino tienen como punto de partida la libertad<sup>44</sup>.

Como lo acepta la misma sentencia de la cual disiento parcialmente, cuando la detención “*se cumple en el domicilio, implica también una modificación radical en los hábitos de vida de quien es objeto de ella*”, a lo cual deben añadirse las condiciones precarias de vida que soportan la mayoría de las personas que son privadas de la libertad, lo que se traduce en un incremento de sus necesidades económicas y en el impacto desfavorable en sus condiciones de vida familiar, por su elevado nivel de hacinamiento.

#### **4. Tope máximo de la indemnización**

Se estableció en la sentencia de la cual me aparto parcialmente que la cuantía de la indemnización se incrementará hasta en 100 SMLMV, indemnización que recibirá la víctima directa cuando esté detenida por 20 meses o más tiempo, tope que solo puede ser superado hasta en 300 SMLMV, en casos excepcionales, y exigirá que se motive detalladamente la decisión y las razones que la justifican.

No comparto esa limitación. El tope de los 100 SMLMV fue adoptado jurisprudencialmente para eventos en los cuales el daño se genere en un solo momento, aunque se prolongue en el tiempo, por ejemplo, en los casos de muerte, de lesiones, pero, tratándose de la privación de la libertad no debe haber lugar a dicho tope, porque no se trata de un daño que se produzca en un momento, sino que se sucede día a día, hasta el momento en que cese su restricción.

Justamente, lo que considero más acertado de esta sentencia de unificación es que establece una indemnización por cada día de detención (0.166 SMLMV), entonces, ¿Por qué se considera que el daño y su reparación tienen un límite arbitrario de 100 SMLMV? Como si la persona que sigue detenida por un tiempo posterior a los 20 meses ya no sufriera daños por la restricción de su derecho.

---

<sup>44</sup> Corte Constitucional, sentencia SU 072 de 2018, núm. 67 a 69.

Si en esta sentencia se trató de corregir el defecto advertido en la de unificación de 2014, que establecía una indemnización diferente por períodos, para formular una indemnización progresiva, en función del tiempo de detención, la solución se desnaturaliza cuando se llega a los 20 meses de detención. En efecto, en varios eventos en los que se ha prolongado la privación de la libertad, la Sala ha considerado razonable superar ese límite, como sucedió en una privación de la libertad por 42 meses<sup>45</sup>, en la que se reconocieron 300 SMLMV y en otra en la que se reconocieron 150 por una privación de la libertad de 11 años<sup>46</sup>.

A mi juicio, la indemnización, en los casos de privación injusta de la libertad solo será integral si repara cada día de afectación del derecho, sin límites y sin necesidad de justificación distinta al daño que sucede día a día, mientras la persona permanezca detenida.

##### **5. La indemnización para las víctimas directas deberá motivarse en cada caso**

Se afirma en la sentencia que, para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso.

Si la sentencia de unificación pretende señalar una *“fórmula objetiva”*, que asegure que, sin importar la subjetividad de cada juez, se otorgue una indemnización igual por un daño igual, ese propósito se cumple con el establecimiento de esos baremos asociados al tiempo, al parentesco y la existencia del daño que normalmente sufren las personas que son privadas de la libertad y a quienes tienen con ellos el más profundo vínculo afectivo; pero tal propósito se pierde cuando se exige su justificación para reconocer cada indemnización, porque de esa manera se da cabida, sin duda, a la arbitrariedad que se quiere evitar.

Asunto distinto es que se puedan modificar esas indemnizaciones cuando se presenten circunstancias particulares, es decir, cuando se acrediten hechos que demuestren que el daño fue menor o mayor.

---

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, exp. 33806, Sentencia de 29 de enero de 2014, M.P. Hernán Andrea Rincón.

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, exp. 49549 (acumulado), Sentencia de 23 de octubre de 2020, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

En síntesis, los valores indemnizatorios establecidos en la sentencia de unificación aprobada por la Sala deben aplicarse en todos los casos, con el fin de asegurar los principios de reparación integral, seguridad jurídica e igualdad, y sólo cuando se advierta circunstancias que demuestren que el daño fue mayor o menor al que sufre la generalidad de las personas sometidas a detención preventiva, podrán variarse aquellos, para lo cual será exigible al juez que justifique su decisión, y no como lo propone la sentencia en el sentido de que en cada caso se expliquen las razones por las cuales la condena se profiere conforme a los topes señalados, porque de esta manera se impide lograr el fin buscado con la unificación.

#### **6. Indemnización a favor de los padres de la víctima directa en el caso concreto**

En relación con los padres de la señora Berenice Díaz Buitrago, se cuantificó la indemnización en el 40% del perjuicio moral acordado para la víctima directa, en razón a que los testimonios recibidos en el proceso solo hicieron referencia genérica al sufrimiento que ese hecho generó en toda su familia, pero no se refieren a circunstancias particulares del daño padecido por los demandantes.

En coherencia con lo que expuse en el numeral anterior sobre la aplicación de los baremos deducidos como indemnización a favor de las víctimas directas e indirectas, también salvo el voto en cuanto se redujo la reducción de la indemnización reconocida a los padres de la víctima directa del daño, por no haberse acreditado un daño de particular gravedad. A mi juicio, si se infiere que los padres sufren moralmente por la privación injusta de la libertad del hijo ¿Por qué se concluye en este caso que su dolor es menor al que la regla de generalización señala? No hay ninguna prueba en el expediente que permita llegar a esa conclusión.

#### **7. Indemnización sólo a cargo de la Fiscalía**

Finalmente, pongo de manifiesto un asunto que, si bien no fue objeto de unificación, sí involucra un tema sobre el cual se han proferido en la Sección decisiones contradictorias, y es el relacionado con la imputación del daño, en vigencia de la Ley 600, a la Fiscalía o a la Rama Judicial, en eventos en los que solo se demande a uno de tales entes, como ocurrió en el caso concreto, en el cual no se demandó a la Rama Judicial sino sólo a la Fiscalía, pero se reclamó la reparación del daño causado por todo el tiempo en que las víctimas directas padecieron la medida de aseguramiento de detención preventiva.

En eventos en los cuales la demandada es una entidad estatal, que puede estar representada por distintas autoridades, en el auto de unificación de 23 de septiembre de 2013 (exp. 20420 A), se dijo -concretamente, en relación con la Nación- que como está es

el centro de imputación, “*porque es la persona jurídica que tiene capacidad para ser sujeto tanto de la relación jurídico sustancial como de la jurídico-procesal*” es la llamada a responder, al margen de la autoridad que la hubiera representado en el proceso.

En el presente caso, no debe perderse de vista que el centro de imputación es la Nación y que la Fiscalía la representó en el proceso, siendo aquella también parte de la Rama Judicial; por tanto, según el criterio de unificación adoptado en el año 2013, que no ha sido modificado hasta el momento, la condena debió proferirse por todo el tiempo en el que los demandantes estuvieron privados de la libertad y no solo por el lapso durante el cual se desarrolló la etapa de instrucción.

En estos términos dejo expuesto mi salvamento en relación con varios aspectos decididos en la sentencia de unificación.

Respetuosamente,

*Firmado electrónicamente*

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

**Consejera de Estado**

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL CONSEJERO FREDY IBARRA MARTÍNEZ**

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD / MODULACIÓN DE EFECTOS DE LA SENTENCIA EN EL TIEMPO**

[C]onsidero, respetuosamente, que la sentencia de la referencia parte de una premisa no acertada cuando se sostiene que no son equiparables la restricción de la libertad a la pérdida de la vida o a una lesión a la integridad psicofísica y que, por consiguiente, es necesario reevaluar los baremos indemnizatorios otorgados por concepto de perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad. [...] [N]o puedo compartir la conclusión según la cual frente a los abuelos y los hermanos no opera la presunción de perjuicio moral porque desconoce una realidad de la sociedad colombiana que evidencia que los vínculos familiares entre la víctima directa y sus abuelos, nietos y hermanos son, especialmente y por regla general, fuertes, estrechos y solidarios, lo contrario es la excepción y es esta la que debe probarse, no al revés. Si bien comparto la nueva metodología de la tabla

indemnizatoria y particularmente lo contenido en el párrafo 65.5 de la providencia de unificación, disiento de los porcentajes de disminución establecidos en los literales a) y b) del párrafo 65.6 ibidem que determinan una reducción de la condena por concepto de perjuicio moral para los parientes en el primer grado de consanguinidad, cónyuge o compañero (a) permanente del 50% de la condena, y para los demás familiares o demandantes un porcentaje de 70% de los perjuicios morales otorgados en favor de la víctima directa, es decir, un reconocimiento de solo el 30%. Estas reglas de reducción indemnizatoria desconocen igualmente la realidad social y la normalidad de las relaciones familiares que la vida práctica indican en forma palmaria. El daño y las consecuencias que genera la privación de la libertad no solo afectan a la víctima directa sino también al núcleo familiar de la víctima directa. [...] La regla de unificación contenida en el párrafo 65.7 prevé que “para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso”. Discrepo de esta situación porque, además de la disminución en los porcentajes para las víctimas indirectas impone, por una parte, una carga probatoria que razonable y válidamente se había flexibilizado para los actores y, por otra, a los jueces, un deber de motivación especial para el reconocimiento del perjuicio moral. Por último, no comparto los efectos temporales de la unificación jurisprudencial aprobada, toda vez que, si la nueva jurisprudencia elimina la presunción de aflicción para los familiares de la víctima directa a partir del segundo grado de consanguinidad aquellos han debido modularse frente al factor tiempo.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el reconocimiento de perjuicios morales a los familiares de la víctima del daño, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de agosto de 1992, rad. 6901, C. P. Daniel Suárez Hernández, y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de julio de 2010, rad. 18677, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN TERCERA**

**Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

Bogotá D. C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)**

**Actor: JOSÉ DÍDIMO DÍAZ Y OTROS**

**Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS**

**Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)**

Con el respeto que profeso por las decisiones de la Corporación, más aún si son de unificación, como en este caso concreto, expongo a continuación las razones por las cuales me aparté parcialmente de la decisión mayoritaria específicamente en algunos temas materia de unificación jurisprudencial todos relacionados con el reconocimiento, prueba y tasación de los perjuicios morales en eventos de privación injusta de la libertad:

1) En primer lugar, debo precisar que el principio y derecho a *la libertad* es tan importante como el derecho fundamental a la vida y, por tanto, en el plano filosófico son perfectamente equiparables. En efecto, sin vida el ser humano no puede disfrutar de las demás garantías individuales y colectivas (integridad, salud, familia, vivienda, trabajo, etc.) e igual acontece, guardadas proporciones, con la libertad, puesto que una restricción a este derecho cercena y cuando menos restringe de modo sustancial la posibilidad cierta y en tiempo real de realizar un proyecto vital, en la práctica la limitación a la libertad produce una *capitis diminutio*, toda vez que la libertad constituye un valor supremo del ser humano que le permite desarrollarse como persona y disfrutar de los demás derechos, sin ella queda reducido a la más mínima expresión, al punto que en el antiguo pero siempre vigente derecho romano la persona sin libertad se consideraba cosa y por tanto susceptible de ser vendida, comprada, arrendada, permutada, donada e inclusive sacrificada.

2) Ahora bien, en determinadas circunstancias y con sujeción a unos precisos requerimientos y reglamentos el Estado está facultado para privar preventivamente de la libertad a los asociados, siempre y cuando se configuren unos específicos requisitos formales y materiales necesarios para imponer una medida de aseguramiento. En ese orden de ideas, la libertad del procesado es y debe ser la regla general en el proceso penal y, la restricción a la libertad, la excepción. El grave problema en Colombia es que el orden lógico se ha invertido y la privación preventiva de la libertad es una constante, a un extremo tal que cada vez parece hacer carrera y con mayor acento aquello de que *“a nadie se le niega un auto de detención”*, pues, como lo dijera Daguesau, la inversión de valores sugiere que *“la sospecha es el crimen de los hombres de bien”*, situación patológica en la cual el derecho de daños juega un papel fundamental en los términos del artículo 90 de la Constitución Política y, por supuesto en el marco de lo preceptuado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que expresamente consagra, en norma de derecho positivo, el principio de reparación integral del daño, esto es, en toda la dimensión o extensión del perjuicio sufrido por la víctima y en cualquiera de las clases de su expresión.

Por consiguiente, el problema jurídico que desde hace varias décadas ha abordado la jurisprudencia de lo contencioso administrativo consiste en definir si la limitación a la libertad constituye *per se* en un daño que la persona se encuentra o no en el deber jurídico de soportar; la respuesta a partir del ordenamiento constitucional de 1991 es categórica en afirmar que la privación efectiva de la libertad (carcelaria, domiciliaria o simplemente restrictiva de movilización) es un daño que la persona no está en el deber jurídico de soportar, específicamente cuando dicha medida tiene la condición de ser *“injusta”*, sin importar si ese daño

es atribuible a la Fiscalía General de la Nación o a la Rama Judicial, cuestión que es propia del juicio de imputación o fundamento normativo del deber de reparar.

3) Si la libertad es un bien supremo y su restricción genera efectos muy cercanos a los derivados de la pérdida de la vida -aunque solo sea de forma temporal-, no cabe duda alguna de que la reparación de los perjuicios debería ser proporcional entre ambos daños porque, insisto, se trata de la limitación a un bien jurídico que impide el goce y disfrute de las demás garantías constitucionales.

En esa perspectiva, considero, respetuosamente, que la sentencia de la referencia parte de una premisa no acertada cuando se sostiene que no son equiparables la restricción de la libertad a la pérdida de la vida o a una lesión a la integridad psicofísica y que, por consiguiente, es necesario reevaluar los baremos indemnizatorios otorgados por concepto de perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad.

La razón de tal aserto es sencilla pero, suficiente, *“sin libertad no hay vida que valga”*, peor aún cuando es conculcada de modo injusto.

4) Tampoco comparto la regla de unificación contenida en el párrafo 65.4 de la providencia según la cual *“en relación con las demás víctimas indirectas [es decir, los familiares o terceros que no se ubiquen en el primer grado de consanguinidad], la prueba del parentesco no es una presunción del perjuicio moral”*.

Estoy convencido de que uno de los vínculos familiares más fuertes es aquel que surge entre los extremos de la vida, esto es, entre abuelos y nietos lo mismo que entre hermanos, ya de vieja data esta Sección ha reconocido que los lazos afectivos entre aquellos y estos en ocasiones supera, incluso, el que existe entre padres e hijos<sup>47</sup>.

Además, en muchos casos los hermanos mayores fungen como padres frente a sus hermanos menores, esta realidad también pasó desapercibida en la sentencia de unificación.

En tal virtud, no puedo compartir la conclusión según la cual frente a los abuelos y los hermanos no opera la presunción de perjuicio moral porque desconoce una realidad de la sociedad colombiana que evidencia que los vínculos familiares entre la víctima directa y sus abuelos, nietos y hermanos son, especialmente y por regla general, fuertes, estrechos y solidarios, lo contrario es la excepción y es esta la que debe probarse, no al revés.

5) Si bien comparto la nueva metodología de la tabla indemnizatoria y particularmente lo contenido en el párrafo 65.5 de la providencia de unificación, disiento de los porcentajes de disminución establecidos en los literales a) y b) del

---

<sup>47</sup> Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de agosto de 1992, exp 6901, MP Daniel Suárez Hernández. Igualmente consultar: sentencia de 9 de julio de 2010, exp 18.677, MP Mauricio Fajardo Gómez.

párrafo 65.6 *ibidem* que determinan una reducción de la condena por concepto de perjuicio moral para los parientes en el primer grado de consanguinidad, cónyuge o compañero (a) permanente del 50% de la condena, y para los demás familiares o demandantes un porcentaje de 70% de los perjuicios morales otorgados en favor de la víctima directa, es decir, un reconocimiento de solo el 30%.

Estas reglas de reducción indemnizatoria desconocen igualmente la realidad social y la normalidad de las relaciones familiares que la vida práctica indican en forma palmaria. El daño y las consecuencias que genera la privación de la libertad no solo afectan a la víctima directa sino también al núcleo familiar de la víctima directa.

La privación injusta de la libertad genera un sufrimiento espiritual y sentimental, al tiempo que constituye igualmente un lastre que afecta tanto a la víctima directa como a su núcleo familiar; al margen de la absolución en el proceso penal las consecuencias negativas de haber estado en la cárcel o detenido domiciliariamente se proyectan en el tiempo de manera considerable.

Al respecto piénsese, tan solo por ejemplo, como ejercicio apenas mental, la circunstancia -nada deseable- de la detención de un padre o una madre, un hijo, un nieto o un hermano por breve o prolongado que fuese su extensión el tiempo, el impacto negativo que ello genera por regla general en la esfera sentimental de las víctimas indirectas es enorme, por no decir, devastador, más aún cuando la medida tiene la connotación jurídica de ser *injusta*.

6) La regla de unificación contenida en el párrafo 65.7 prevé que *“para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso”*.

Discrepo de esta situación porque, además de la disminución en los porcentajes para las víctimas indirectas impone, por una parte, una carga probatoria que razonable y válidamente se había flexibilizado para los actores y, por otra, a los jueces, un deber de motivación especial para el reconocimiento del perjuicio moral.

En otros términos, la providencia exige la demostración específica del perjuicio moral con distintos medios probatorios a la sola acreditación de la relación de parentesco y, adicionalmente, establece que el juez motive el reconocimiento del perjuicio moral; no basta con la prueba del perjuicio puesto que el juez tiene que explicitar el porqué de ese reconocimiento.

En ese contexto, reitero que estas exigencias frente al perjuicio moral limitan significativamente en la práctica su reconocimiento y hacen prevalecer lo formal sobre lo sustancial debido a que el sufrimiento, la congoja y la tristeza muchas veces se llevan por dentro.

En otras palabras, con esta postura la Sala privilegia las manifestaciones externas del sufrimiento (el llanto, las lágrimas, etc.) frente a posturas resilientes o introvertidas, cuando lo cierto es que no todas las personas manifiestan o expresan de igual forma la pena, el dolor o el sufrimiento espiritual.

7) Por último, no comparto los efectos temporales de la unificación jurisprudencial aprobada, toda vez que, si la nueva jurisprudencia elimina la presunción de aflicción para los familiares de la víctima directa a partir del segundo grado de consanguinidad aquellos han debido modularse frente al factor tiempo.

La nueva tesis mayoritaria de la Sala modifica el requerimiento probatorio para el reconocimiento de los perjuicios morales y, por tanto, estimo que ha debido predicarse tan solo para las nuevas demandas presentadas con posterioridad a la unificación para de esa manera no quebrantar, inequitativa e indebidamente, los derechos fundamentales del debido proceso, la confianza legítima y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, como acontece en este preciso asunto.

En los anteriores términos dejo consignados los motivos que me llevaron a apartarme parcialmente de la decisión de la referencia.

**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
**Magistrado**

#### **ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO ALBERTO MONTAÑA PLATA**

#### **ACLARACIÓN DE VOTO / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / TASACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS**

Primero, no creo que exista una condición de “gravedad” del daño para que se pueda imputar la responsabilidad al Estado, entre otras razones porque el concepto de gravedad siempre es relativo, es decir, necesita una condición que sirva de referente de normalidad o levedad, y ello no hace parte del juicio de responsabilidad. Segundo, si bien considero que la nueva fórmula de liquidación corrige varios errores que presentaba aquella adoptada en la anterior sentencia de unificación (Exp. 36.149), aún presenta ciertas inconsistencias que pudieron ser corregidas. El mecanismo propuesto de cálculo alude al “número de meses”, lo que traería dificultades con aquellos meses que son menores o mayores a 30 días.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

Bogotá D. C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)**

**Actor: JOSÉ DÍDIMO DÍAZ Y OTROS**

**Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS**

**Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)**

Aclaro mi voto respecto de lo decidido en la Sentencia de 29 de noviembre de 2021, en particular, respecto de dos temas, relativos a la explicación del daño antijurídico y el diseño de la fórmula de liquidación de perjuicios morales:

Primero, no creo que exista una condición de “*gravedad*” del daño para que se pueda imputar la responsabilidad al Estado, entre otras razones porque el concepto de gravedad siempre es relativo, es decir, necesita una condición que sirva de referente de normalidad o levedad, y ello no hace parte del juicio de responsabilidad.

Segundo, si bien considero que la nueva fórmula de liquidación corrige varios errores que presentaba aquella adoptada en la anterior sentencia de unificación (Exp. 36.149), aún presenta ciertas inconsistencias que pudieron ser corregidas. El mecanismo propuesto de cálculo alude al “*número de meses*”, lo que traería dificultades con aquellos meses que son menores o mayores a 30 días. Es decir, en algunos casos, a pesar del mismo número de días de detención, se podría obtener una indemnización distinta, dependiendo del mes en que se cumplió la medida de aseguramiento, lo que llevaría, incluso, a tener una diferencia de 3 días en el valor final. Por ejemplo, si una detención comenzó el 30 de enero y terminó el 1 de marzo, es claro que el período de detención equivale a 1 mes (que se cumpliría al final de febrero) y 1 día. Sin embargo, el cálculo sería exactamente igual si la detención comenzara el 31 de enero, o si lo hiciera el 29 o el 28. Lo anterior, tendría como consecuencia que detenciones del mismo número de días corridos se liquiden de maneras diferentes. Así, por ejemplo, una detención de 62 días que empieza el 1 de julio y termina el 1 de septiembre generará un pago de  $5 \text{ SMMLV} \times 2 \text{ (meses)} + 0.16 \text{ SMMLV} \times 1 \text{ día} = 10.16 \text{ SMMLV}$ , sin embargo, la misma detención de 62 días, si empieza el 1 de febrero y termina el 4 de abril, generará un pago de  $5 \text{ SMMLV} \times 2 \text{ (meses)} + 0.16 \text{ SMMLV} \times 3 \text{ días} = 10.48 \text{ SMMLV}$ .

Las indemnizaciones por privaciones injustas no deberían depender del azar del mes en el que transcurren para calcular su monto. Para evitar esta anomalía, se sugirió modificarla así:  $\text{Número de salarios} = \min(100, \max(5, 1/6 \times \langle \text{número de días corridos de detención} \rangle))$ . Del mismo modo, se planteó que, en lugar de hablar de rangos en términos de meses, deberían reconocerse en términos de días. Lo anterior, hubiera traído más precisión y claridad a la fórmula de liquidación de

perjuicios morales, sin embargo, por las dinámicas propias de la discusión de la Sala, no fue posible lograr su aprobación. No obstante, reitero, el nuevo método trae más beneficios, que dificultades.

Firmado electrónicamente  
**ALBERTO MONTAÑA PLATA**  
Magistrado

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL CONSEJERO NICOLÁS YEPES  
CORRALES**

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / DETENCIÓN PREVENTIVA DE LA  
LIBERTAD / PROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO /  
FINALIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REQUISITOS DE LA  
MEDIDA DE ASEGURAMIENTO**

[E]s importante resaltar que, tal y como lo establece artículo 356 de la Ley 600 de 2000 previamente mencionado, la medida de aseguramiento exige para su imposición la existencia de por lo menos dos indicios graves de responsabilidad. Por otra parte, con fundamento en los artículos 7 y 232 de la Ley 600 de 2000, la declaratoria de responsabilidad penal exige que el juez tenga certeza más allá de toda duda razonable de la conducta punible y la responsabilidad del procesado. Es así como se trata de dos etapas procesales distintas, que exigen estándares probatorios diferenciados, lo que conlleva a la imposibilidad de juzgar en sede reparación directa y para efectos de declarar la responsabilidad de la Administración, una etapa procesal previa, como lo es la imposición de la medida de aseguramiento, bajo la óptica y exigencias probatorias necesarias para la declaratoria de responsabilidad penal del procesado. Lo anterior implica no solo la inobservancia de las exigencias del ordenamiento procesal penal, sino, en últimas, el reemplazo y desconocimiento en materia contencioso administrativa de la autoridad judicial que decidió la imposición de la medida de aseguramiento. [...]  
[E]stimo que, contrario a lo considerado en la sentencia, la medida de aseguramiento decretada en contra de los dos procesados estuvo soportada en más de dos indicios graves de responsabilidad penal que permitían inferir, a priori, que los señores [...] podían ser autores del delito de rebelión.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

Bogotá D. C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)**

**Actor: JOSÉ DÍDIMO DÍAZ Y OTROS**

**Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS**

**Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Sección, procedo a exponer las razones por las cuales salvé parcialmente mi voto en la sentencia del 29 de noviembre de 2021, que modificó la sentencia del 23 de agosto de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá.

En mi criterio, la sentencia que resolvió la acción de reparación directa debió revocar la decisión del Tribunal Administrativo del Caquetá y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, toda vez que la medida de detención preventiva decretada por la Fiscalía General de la Nación contra los señores Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo, a mi juicio, satisfizo las exigencias sustanciales y formales previstas en la legislación procesal penal vigente. Sin perjuicio de lo anterior, acompañé parcialmente la decisión mayoritaria en torno a la adopción de las reglas de unificación relativas al reconocimiento y monto de los perjuicios morales por la privación injusta de la libertad, lo que a mi juicio resultaba necesario para el correcto cauce que corresponde otorgar a esta fuente de responsabilidad del Estado.

Los aspectos sobre los cuales expreso mi disenso son los siguientes:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 355 y 356 de la Ley 600 de 2000<sup>48</sup>, estatuto procesal penal vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, la imposición de la medida de aseguramiento “procederá para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria”. Además, la medida restrictiva de la libertad se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios<sup>49</sup> graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

La sentencia objeto de disenso indica que la medida de detención preventiva decretada en contra de los procesados se dictó "sin que se cumplieran los requisitos legales para ello". Concretamente, el fallo concluyó que el primer indicio grave usado como fundamento de la medida de aseguramiento, este es, el informe de captura del DAS, conforme al cual los señores Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo habían sido capturados en flagrancia, adolecía de irregularidades que impedían tener probada tal circunstancia. A su vez, concluyó que las cuatro declaraciones de los desmovilizados adscritos al Plan Nacional de Reinserción, en las que afirmaron que los procesados eran integrantes del Frente

---

<sup>48</sup> Por medio del cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

<sup>49</sup> Todo indicio ha de basarse en la experiencia y supone un hecho indicador, del cual el funcionario infiere lógicamente la existencia de otro. El hecho indicador es indivisible. Sus elementos constitutivos no pueden tomarse separadamente como indicadores. El hecho indicador debe estar probado. El funcionario apreciará los indicios en conjunto teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con los medios de prueba que obren en la actuación procesal (arts. 284 a 287 de la Ley 600 de 2000).

15 de las FARC tampoco eran suficientes para constituir dos indicios graves de responsabilidad, pues estas declaraciones no tenían soporte y eran contradictorias, con lo cual, ninguna de ellas tenía credibilidad.

Sobre este particular, a mi juicio, las declaraciones de los señores Hernando Tapiero Tique, Willinton Rocha Acosta, Armando Ortiz Bonilla y José Albeiro Rodríguez Morales, desmovilizados que señalaron que los procesados eran integrantes del Frente 15 de las FARC, constituían, de hecho, cuatro pruebas directas que daban cuenta de la presunta participación de los señores Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo en el punible de rebelión, pruebas que, por su naturaleza, tenían una eficacia probatoria más contundente que aquella que brindan los indicios graves de responsabilidad<sup>50</sup> exigidos por la norma procesal penal para poder imponer la medida de aseguramiento<sup>51</sup>. Cuestión distinta era que dichos testimonios no dieron cuenta posteriormente de la responsabilidad penal de los sindicados, hecho que finalmente permitió que se dictara sentencia penal absolutoria, lo cual, de manera alguna, puede desvirtuar la legalidad de la medida de aseguramiento impuesta de manera preliminar, ya que las exigencias probatorias para la imposición de la medida de aseguramiento son sustancialmente distintas a aquellas necesarias para declarar la responsabilidad penal del procesado.

Sobre este particular, es importante resaltar que, tal y como lo establece artículo 356 de la Ley 600 de 2000 previamente mencionado, la medida de aseguramiento exige para su imposición la existencia de por lo menos dos indicios graves de responsabilidad. Por otra parte, con fundamento en los artículos 7 y 232 de la Ley 600 de 2000<sup>52</sup>, la declaratoria de responsabilidad penal exige que el juez tenga certeza más allá de toda duda razonable de la conducta punible y la

---

<sup>50</sup> Cernelutti, Francesco. Sistemas de responsabilidad civil. Tomo II, Buenos Aires. Editorial Uthea, 1994, p. 402, tomado de Jairo Parra Quijano. Algunos apuntes de la prueba indiciaria. p.15 “los indicios son una prueba crítica, lógica, indirecta. Podemos decir que cuando se habla de prueba directa el hecho lo presencia el juez; en la prueba histórica, como por ejemplo, en el testimonio o el documento, se le representa al juez el hecho a probar; en la prueba de indicios ni el juez observa el hecho ni éste está representado, lo que tiene es un hecho que le sirve de sustento o de base para buscar el hecho a probar”.

<sup>51</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de junio de 2019. Rad.: 44473. “No obstante, la Sala estima pertinente aclarar que, conforme a lo anterior, la medida de aseguramiento no se fundamentó en dos indicios graves en contra del investigado, sino por la existencia de una prueba testimonial directa, que tiene mayor mérito probatorio que dichos indicios. Como lo ha precisado la doctrina, la prueba indiciaria está conformada por un raciocinio, en el que un hecho desconocido es inferido a partir de uno conocido, por lo que su fuerza probatoria reside en la solidez del vínculo que une los dos hechos. Así pues, se presenta un indicio grave cuando existe una clara relación de causalidad probable entre el hecho conocido y el desconocido, como lo ha explicado la jurisprudencia contencioso-administrativa, haciendo suyas las palabras de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, aun cuando se trate de un indicio grave, los indicios han sido clasificados, doctrinal y jurisprudencialmente, dentro de las pruebas indirectas, que tienen un menor valor probatorio que las directas, ya que, al presentarse un raciocinio intermedio en la prueba indirecta, esta pierde objetividad”.

<sup>52</sup> **Artículo 7°.** Presunción de inocencia. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal.

En las actuaciones penales toda duda debe resolverse en favor del procesado.

Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en firme tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales.

**Artículo 232.** Necesidad de la prueba. Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.

No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.

responsabilidad del procesado. Es así como se trata de dos etapas procesales distintas, que exigen estándares probatorios diferenciados, lo que conlleva a la imposibilidad de juzgar en sede reparación directa y para efectos de declarar la responsabilidad de la Administración, una etapa procesal previa, como lo es la imposición de la medida de aseguramiento, bajo la óptica y exigencias probatorias necesarias para la declaratoria de responsabilidad penal del procesado. Lo anterior implica no solo la inobservancia de las exigencias del ordenamiento procesal penal, sino, en últimas, el reemplazo y desconocimiento en materia contencioso administrativa de la autoridad judicial que decidió la imposición de la medida de aseguramiento.

Bajo ese contexto, estimo que, contrario a lo considerado en la sentencia, la medida de aseguramiento decretada en contra de los dos procesados estuvo soportada en más de dos indicios graves de responsabilidad penal que permitían inferir, a priori, que los señores Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo podían ser autores del delito de rebelión. Justamente, la medida restrictiva de la libertad proferida por la Fiscalía Décima Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Florencia estuvo soportada en las precitadas declaraciones que daban cuenta de su pertenencia a uno de los frentes de las FARC.

En vista de lo expuesto, la medida cautelar privativa de la libertad satisfizo las prerrogativas sustanciales y formales previstas en el artículo 356 de la Ley 600 de 2000 y en tal virtud, la privación de la libertad sufrida por los señores Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo no les causó un daño antijurídico sujeto de ser indemnizado.

Así las cosas, considero que las pretensiones formuladas debieron desestimarse, por cuanto el daño alegado carecía de antijuridicidad, al haberse derivado de una actuación de la Administración ajustada derecho, frente a la cual los demandantes no pueden pretender indemnización de perjuicios.

En los anteriores términos y con el mayor respeto por la decisión en comento, dejo expresado mi salvamento parcial de voto.

Fecha ut supra

**NICOLÁS YEPES CORRALES**  
**Magistrado**

**SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**SALVAMENTO DE VOTO / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD /  
CONFIGURACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / PROCEDENCIA DE LA  
MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / FINALIDAD DE LA MEDIDA DE  
ASEGURAMIENTO / SENTENCIA ABSOLUTORIA**

La falla del servicio, único régimen de responsabilidad en los eventos de privación injusta de la libertad por mandato de la ley (art. 68 Ley 270 de 1996 tal y como quedó con el condicionamiento que hizo la Corte Constitucional), exige que el juez

analice si se reunían los requisitos legales al momento de la imposición de la medida de aseguramiento. No se configura, pues, una falla del servicio porque medie una sentencia absolutoria, pues la valoración que se hace de los medios de prueba, al imponer la medida de aseguramiento, no es la misma que se exige si se va a declarar la responsabilidad penal. Como la sentencia se limitó a reproducir las consideraciones de la decisión penal absolutoria, frente a la que se exige certeza sobre la responsabilidad, y no analizó la existencia de los indicios exigidos por la ley al momento de imponer la medida de aseguramiento, no se acreditó una falla del servicio que justificara una condena.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la exequibilidad condicionada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, cita: Corte Constitucional, sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

### **PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / PRESUNCIÓN DE PERJUICIO MORAL / CARGA DE LA PRUEBA / DETERMINACIÓN DEL PERJUICIO MORAL**

[L]a Sala insistió en la “presunción” de daño moral, derivada del parentesco, para los familiares en primer grado de consanguinidad. Dada la naturaleza misma del perjuicio moral, no resulta posible su prueba directa. Por ello, se suele acreditar mediante indicios que lleven al fallador a la convicción de su existencia e intensidad. Más que genuinas “presunciones” en realidad se está delante de hechos que se prueban mediante indicios. Una inferencia que, si bien está fundada en reglas de la experiencia, debe ser construida por el juez, caso por caso, siempre que existan los elementos necesarios para aplicar tal regla de la experiencia y, por supuesto, siempre que no obre otra prueba que permita concluir lo contrario. Este tipo de inferencias acuñadas como reglas generales entrañan el establecimiento de una “presunción” judicial supletiva iuris tantum, esto es, que se aplica si el demandante no acredita el perjuicio causado. Como admite prueba en contrario, la entidad demandada es quien tiene que aportar pruebas para desvirtuar el hecho (premisa mayor) que le sirve de fundamento al silogismo indiciario. Las “presunciones” en materia de indemnización de perjuicios implican, por ello, una alteración de la carga de la prueba que resulta desproporcionada en perjuicio del patrimonio público. El demandante es quien corresponde probar los perjuicios, incluyendo su cuantía, conforme a los artículos 177 CPC y 167 CGP. Los criterios de solidaridad y equidad que soportan esta flexibilidad probatoria son propios del ámbito de políticas públicas ajenas al juzgador que escapan a las categorías de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, que es el entorno de la justicia administrativa. Así mismo, imponen al Estado cargas procesales que son de imposible cumplimiento y que afectan el debido proceso y el derecho de defensa (arts. 29 CN y 25 Convención Americana de DDHH), al exigirle probar, por ejemplo, negaciones indefinidas (art. 167 CGP). Además, la aplicación de las “presunciones” judiciales -en el ámbito de esta jurisdicción- genera una suerte de “obligación automática” a cargo del Estado de indemnizar perjuicios inciertos e impone a los jueces asignar, a los demandantes, recursos que podrían no corresponderles o que, al menos, nunca acreditaron.

### **PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / TASACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / TOPE DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / DETERMINACIÓN DEL PERJUICIO MORAL**

No desconozco la importancia que ha jugado la fijación de topes y tablas que contiene montos indemnizatorios. Sin embargo, tal vez si volvemos a la esencia del proceso, la prueba, ¿no deberíamos optar por un margen de libertad del fallador, para que -caso a caso y según la juiciosa actividad probatoria de quien pide la responsabilidad del Estado- se tase la indemnización?

**SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / FINALIDAD DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / FUENTES DEL DERECHO**

Frente a las sentencias de unificación, reitero el voto disidente a la sentencia de 16 de septiembre de 2021 (rad. 66091), en el que cuestioné si el pretendido efecto “obligatorio” de este “tipo” de sentencias es coherente con el artículo 230 CN que en forma clara dispone que la jurisprudencia no es fuente formal de derecho, sino tan solo -como es lo propio de nuestro sistema jurídico- criterio auxiliar de la actividad judicial.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

Bogotá D. C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)**

**Actor: JOSÉ DÍDIMO DÍAZ Y OTROS**

**Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS**

**Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Me aparto de la decisión de 29 de noviembre de 2021, que modificó la sentencia apelada y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Aunque comparto de manera general la providencia en cuanto a los aspectos relativos a la indemnización, como el juez no puede proveer por vía general, pues debe resolver la causa que motivó el pronunciamiento (art. 17 CC), no puedo acompañar la decisión porque no estoy de acuerdo con las razones de la mayoría sobre la responsabilidad del Estado.

1. La condena tuvo por fundamento que el fallo definitivo en el proceso penal consideró que las pruebas, incluidas aquellas con base en las cuales se impuso la medida de aseguramiento, no era suficientes para condenar al sindicado (num 21).

El artículo 357 de la Ley 600 de 2000 exige que, para que proceda la medida de aseguramiento, deben existir, por lo menos, dos indicios graves de responsabilidad y, además, que sea necesaria para para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o para impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria. El artículo 232 de esa ley dispone que no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.

La falla del servicio, único régimen de responsabilidad en los eventos de privación injusta de la libertad por mandato de la ley (art. 68 Ley 270 de 1996 tal y como quedó con el condicionamiento que hizo la Corte Constitucional<sup>53</sup>), exige que el juez analice si se reunían los requisitos legales al momento de la imposición de la medida de aseguramiento. No se configura, pues, una falla del servicio porque medie una sentencia absolutoria, pues la valoración que se hace de los medios de prueba, al imponer la medida de aseguramiento, no es la misma que se exige si se va a declarar la responsabilidad penal.

Como la sentencia se limitó a reproducir las consideraciones de la decisión penal absolutoria, frente a la que se exige certeza sobre la responsabilidad, y no analizó la existencia de los indicios exigidos por la ley al momento de imponer la medida de aseguramiento, no se acreditó una falla del servicio que justificara una condena.

2. Aunque me separé de la decisión, el fallo es un importante avance en materia de unificación de criterios jurisprudenciales para la condena en perjuicios. La postura de la Sala refleja la posición que sostuve, en los distintos votos disidentes a las sentencias de 3 de noviembre de 2016 (Rad. 53233), de 10 de noviembre de 2016 (Rad. 35796), de 14 de marzo de 2016 (Rad. 40286), de 14 de febrero de

---

<sup>53</sup> Cfr Corte Constitucional sentencia C-037 de 1996 [fundamento jurídico 2]

2018, (Rad. 59727) y de 11 de marzo de 2019 (Rad 43.512) sobre la necesidad de retornar a las exigencias legales sobre la congruencia del fallo y la importancia de la prueba del perjuicio.

No obstante, la Sala insistió en la “presunción” de daño moral, derivada del parentesco, para los familiares en primer grado de consanguinidad. Dada la naturaleza misma del perjuicio moral, no resulta posible su prueba directa. Por ello, se suele acreditar mediante indicios que lleven al fallador a la convicción de su existencia e intensidad. Más que genuinas “presunciones” en realidad se está delante de hechos que se prueban mediante indicios. Una inferencia que, si bien está fundada en reglas de la experiencia, debe ser construida por el juez, caso por caso, siempre que existan los elementos necesarios para aplicar tal regla de la experiencia y, por supuesto, siempre que no obre otra prueba que permita concluir lo contrario.

Este tipo de inferencias acuñadas como reglas generales entrañan el establecimiento de una “presunción” judicial supletiva *iuris tantum*, esto es, que se aplica si el demandante no acredita el perjuicio causado. Como admite prueba en contrario, la entidad demandada es quien tiene que aportar pruebas para desvirtuar el hecho (premisa mayor) que le sirve de fundamento al silogismo indiciario.

Las “presunciones” en materia de indemnización de perjuicios implican, por ello, una alteración de la carga de la prueba que resulta desproporcionada en perjuicio del patrimonio público. El demandante es quien corresponde probar los perjuicios, incluyendo su cuantía, conforme a los artículos 177 CPC y 167 CGP.

Los criterios de solidaridad y equidad que soportan esta flexibilidad probatoria son propios del ámbito de políticas públicas ajenas al juzgador que escapan a las categorías de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, que es el entorno de la justicia administrativa. Así mismo, imponen al Estado cargas procesales que son de imposible cumplimiento y que afectan el debido proceso y el derecho de defensa (arts. 29 CN y 25 Convención Americana de DDHH), al exigirle probar, por ejemplo, negaciones indefinidas (art. 167 CGP).

Además, la aplicación de las “presunciones” judiciales -en el ámbito de esta jurisdicción- genera una suerte de “obligación automática” a cargo del Estado de

indemnizar perjuicios inciertos e impone a los jueces asignar, a los demandantes, recursos que podrían no corresponderles o que, al menos, nunca acreditaron.

3. Estas consideraciones, aplicadas a la “presunción” contenida en la sentencia genera algunas inquietudes: ¿las consideraciones del fallo sobre las presunciones no eran aplicables también para el caso de los familiares en primer grado de consanguinidad y para el cónyuge o compañero permanente? ¿Por qué cobijar a estos parientes con la presunción en lugar de exigir la prueba del perjuicio? ¿Frente a estos familiares no debía exigirse la prueba directa del sufrimiento, dados los lazos de cercanía y afecto? ¿No resultaba más ajustado a la regulación procesal que todos los parientes, con independencia del grado de consanguinidad, prueben el perjuicio moral?

4. Teniendo en cuenta las agudas observaciones del maestro Fernando Hinestrosa Forero, en histórica aclaración de voto como Conjuez de esta Sala<sup>54</sup>, en la que puso de presente la importancia de la prueba del daño sobre “presunciones judiciales”, conviene, además, preguntarse, si: ¿para la tasación del daño moral conviene acudir a tablas o topes máximos, basados en una operación aritmética o de porcentajes?, o si ¿debería permitirse al juez, en un ejercicio responsable con la realidad procesal, graduar la magnitud de la indemnización, de acuerdo con las condiciones específicas del individuo o de sus parientes?

No desconozco la importancia que ha jugado la fijación de topes y tablas que contiene montos indemnizatorios. Sin embargo, tal vez si volvemos a la esencia del proceso, la prueba, ¿no deberíamos optar por un margen de libertad del fallador, para que -caso a caso y según la juiciosa actividad probatoria de quien pide la responsabilidad del Estado- se tase la indemnización?

5. Frente a las sentencias de unificación, reitero el voto disidente a la sentencia de 16 de septiembre de 2021 (rad. 66091), en el que cuestioné si el pretendido efecto “obligatorio” de este “tipo” de sentencias es coherente con el artículo 230 CN que en forma clara dispone que la jurisprudencia no es fuente formal de derecho, sino tan solo -como es lo propio de nuestro sistema jurídico- criterio auxiliar de la actividad judicial.

---

<sup>54</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 1982, Rad. 1651.

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**  
**Firmado electrónicamente a través de SAMAI**