

ACUERDO DE CONCILIACIÓN - Aprueba. Accede, condena. Caso menor de edad privado de la libertad en proceso penal sindicado del delito de rebelión, ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Accede. Caso: Reclutamiento forzado de menor de edad por un grupo guerrillero / CONCILIACIÓN JUDICIAL

NOTA DE RELATORÍA: *Síntesis del caso:* Un menor de edad fue detenido con medida de aseguramiento preventivo según investigación penal en la que se le sindicó del delito de rebelión. Luego, éste recuperó la libertad por falta de competencia jurisdiccional. Para el momento de la investigación e imposición de la medida de aseguramiento el menor se encontraba vinculado a la guerrilla del ELN. *Problema jurídico:* ¿Si se profirió orden de libertad con fundamento en la falta de competencia y en la calidad de víctima de la violencia, debido a que el sindicado era menor de edad al momento de ocurrencia de las conductas punibles por las que se le procesó, se torna en injusta la privación de la libertad?

PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD DE MENOR DE EDAD EN CONFLICTO ARMADO - Accede, aprueba acuerdo de conciliación. Caso: Reclutamiento forzado de menor por grupo armado ilegal / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD DE MENOR DE EDAD EN CONFLICTO ARMADO / MENOR DE EDAD EN SU CONDICIÓN DE VÍCTIMA EN EL CONFLICTO ARMADO

La Fiscalía inició el ejercicio de la acción penal contra [el menor](...) por el delito de rebelión, (...) Si bien, no obra en el proceso providencia absolutoria en favor del demandante, lo cierto es que está acreditado que se inició en su contra una investigación penal sin tener en consideración que para la época de los hechos era menor de edad y víctima del reclutamiento ilícito (...) De modo que el entonces menor de edad no ha debido enfrentar un proceso penal y mucho menos ser privado de la libertad. (...) Adicionalmente, (...) se presentaron irregularidades en el proceso penal porque [el joven (...)] era víctima de la violencia y no actor del conflicto, circunstancia que requería un tratamiento especial, (...) En tal virtud, está acreditado que las entidades demandadas desconocieron las garantías jurídicas que protegen a los menores de edad infractores al momento de ser juzgados. (...) En definitiva, como la libertad de [el menor] se fundamentó en la falta de competencia para investigar y juzgar unas conductas punibles que ocurrieron cuando era menor de edad, en la reclusión en establecimiento carcelario y en el desconocimiento de su condición de víctima del conflicto armado, el título de imputación es el de falla del servicio y la condena se imputará al patrimonio de la Nación-Rama Judicial, porque el proceso continuó con relación a esta entidad y no la Fiscalía General de la Nación, por haber conciliado la condena de primera instancia.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2737 DE 1989 CÓDIGO DEL MENOR - ARTÍCULO 170 / DECRETO 2737 DE 1989 CÓDIGO DEL MENOR – ARTÍCULO 217 / LEY 418 DE 1997 - ARTÍCULO 15 / LEY 833 DE 2003 - ARTÍCULO 4 / DECRETO 128 DE 2003 - ARTÍCULO 22

PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD DE MENOR DE EDAD POR FALLA DEL SERVICIO - En el proceso penal adelantado: Falta de competencia de funcionarios / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD DE MENOR DE EDAD POR FALLA DEL SERVICIO - En el proceso penal adelantado: Incumplimiento de principio constitucional y convencional sobre sistema penal diferenciado para menores / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD DE MENOR DE EDAD POR FALLA DEL SERVICIO - En el proceso penal adelantado: Desconocimiento de sistema sancionatorio especial para

menores y desconocimiento de diferenciación por sujeto de especial protección: Menor de edad / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD DE MENOR DE EDAD POR FALLA DEL SERVICIO - En el proceso penal adelantado: Imposición de pena privativa de la libertad y tratamiento de menor como si fuera un adulto

Está acreditado que las entidades demandadas desconocieron las garantías jurídicas que protegen a los menores de edad infractores al momento de ser juzgados. En primer lugar, el menor fue procesado por funcionarios sin competencia (...), porque desconocieron el sistema de responsabilidad penal diferenciado para los niños y adolescentes que asignó el conocimiento de estos casos a los jueces de menores o promiscuos de familia y que debió contar con la asistencia del ICBF. (...) [esto, por cuanto al menor] se le impuso una medida de aseguramiento como si se tratara de un adulto infractor de la ley penal y se hizo efectiva en un sitio de reclusión para adultos, lo que supuso el desconocimiento de los enfoques de resocialización, rehabilitación, protección, tutela y educación propios del régimen jurídico especial. En particular se desconoció el artículo 16 del Código del Menor que establece que los niños privados de su libertad deben recibir un tratamiento humanitario y estar separados de los infractores mayores de edad y el artículo 217 que prescribe que las medidas de rehabilitación impuestas como consecuencia de la responsabilidad penal, en ningún caso se podrían cumplir en sitios de reclusión destinados a mayores.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2737 DE 1989 CÓDIGO DEL MENOR - ARTÍCULO 16 / DECRETO 2737 DE 1989 CÓDIGO DEL MENOR - ARTÍCULO 217

PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD DE MENOR DE EDAD POR FALLA DEL SERVICIO - En el proceso penal adelantado: Mora injustificada y falencias en la investigación

Hubo una demora injustificada y arbitraria en la definición jurídica del proceso penal, en especial porque transcurrió un año entre la solicitud que hiciera la Fiscalía una vez se percató de que no tenían competencia y la declaratoria judicial (...) en contravía de las garantías de prontitud y tiempo mínimo de privación de la libertad prescritas en los tratados internacionales de protección de la niñez.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2737 DE 1989 CÓDIGO DEL MENOR - ARTÍCULO 16 / DECRETO 2737 DE 1989 CÓDIGO DEL MENOR - ARTÍCULO 217

PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD DE MENOR DE EDAD POR FALLA DEL SERVICIO - En el proceso penal adelantado: Revictimización del menor: Tratamiento como adulto / MENOR DE EDAD EN SU CONDICIÓN DE VÍCTIMA EN EL CONFLICTO ARMADO - Control de convencionalidad. Normatividad internacional, regional y nacional

El ejercicio de la acción penal en este caso configuró una “revictimización” del que fuera menor reclutado forzosamente, en tanto dentro del proceso penal correspondiente se le reprochó una conducta (pertenecer a un grupo irregular) cuando en realidad era víctima de este. [Además] El enjuiciamiento del menor por el delito de rebelión desconoció el artículo 15 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 6 de la Ley 782 de 2002 -preceptos vigentes para la época de los hechos- que dentro de las víctimas de la violencia incluyó a “toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades”. Asimismo se infringió el artículo 22

del Decreto 128 de 2003, reglamentario de esta ley, que dispuso que los menores de edad que se desvinculen de organizaciones armadas al margen de la ley deberán ser entregados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- por la autoridad civil, militar o judicial que constate su desvinculación del grupo armado respectivo, a más tardar dentro de las 36 horas siguientes a su desvinculación o en el término de la distancia, para que reciba la protección y atención integral especializada pertinente. Se desconoció, igualmente, lo prescrito en el artículo 19 de la Ley 782 de 2002, tal y como quedó luego del condicionamiento de constitucionalidad, según el cual el juzgamiento de menores desmovilizados debe cumplir las garantías mínimas contenidas en los principios de especificidad, diferenciación, la finalidad tutelar y resocializadora del tratamiento jurídico penal.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2737 DE 1989 CÓDIGO DEL MENOR - ARTÍCULO 170 / DECRETO 2737 DE 1989 CÓDIGO DEL MENOR – ARTÍCULO 217 / LEY 418 DE 1997 - ARTÍCULO 15 / LEY 833 DE 2003 - ARTÍCULO 4 / DECRETO 128 DE 2003 - ARTÍCULO 22

COPIAS SIMPLES - Valoración probatoria. Valor probatorio

Las copias simples serán valoradas porque la Sección Tercera de esta Corporación, en fallo de unificación, consideró que tenían mérito probatorio. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre este tema ver la decisión de 28 de agosto de 2013, exp. 25022.

ACUERDO DE CONCILIACIÓN - Continuará respecto de quienes no conciliaron. Continúa respecto de Rama Judicial / ACUERDO CONCILIATORIO / ACUERDO DE CONCILIACIÓN - Obliga o vincula sólo a partes que llegaron a acuerdo / RECURSO DE APELACIÓN - Segunda instancia, continua respecto de partes que no conciliaron. Acuerdo de conciliación: Entre víctima como parte actora y fiscalía

Como la Nación-Fiscalía General de la Nación concilió con la demandante el porcentaje de la condena impuesta en primera instancia y el acuerdo fue aprobado por el Tribunal Administrativo del Cesar, el proceso frente a esta entidad terminó y constituye cosa juzgada. La segunda instancia continuará frente a los recursos de la Nación-Rama Judicial y de la parte demandante. En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 446 de 1998, el acta de acuerdo conciliatorio y el auto aprobatorio debidamente ejecutoriado prestarán mérito ejecutivo y tendrán efectos de cosa juzgada. De igual forma, la jurisprudencia ha sostenido que en los casos en los que sólo concilian una de las partes, el proceso debe continuar respecto de quienes no llegaron a un acuerdo y será el juez quien determine la responsabilidad que le corresponde. La sentencia fue recurrida por ambas partes, por lo que la Sala resolverá sin limitaciones, en los términos del artículo 357 del CPC. **NOTA DE RELATORÍA:** sobre este particular ver la decisión de 10 de marzo de 2005, exp. 14245.

PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD POR ROMPIMIENTO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD - Eventos para que proceda la reparación. Ley 270 de 1996 y cláusula general de responsabilidad, artículo 90 Constitución Política / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Evento: Porque el hecho no existió / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Evento: El sindicato no lo cometió / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Evento: La conducta no constituía hecho punible / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Evento: In dubio pro reo

La privación injusta de la libertad como escenario de responsabilidad está regulada en la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, en el artículo 68 que establece que quien haya sido privado de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios. La jurisprudencia tiene determinado, a partir de una interpretación del artículo 90 de la Constitución Política, que cuando una persona privada de la libertad sea absuelta (i) “porque el hecho no existió”, (ii) “el sindicado no lo cometió”, o (iii) “la conducta no constituía hecho punible”, se configura un evento de detención injusta en virtud del título de imputación de daño especial, por el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas. A estas hipótesis, la Sala agregó la aplicación del in dubio pro reo, con fundamento en la misma cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado del artículo 90 C.N. La privación de la libertad en estos casos se da con pleno acatamiento de las exigencias legales, pero la expedición de una providencia absolutoria, pone en evidencia que la medida de aseguramiento fue injusta y la persona no estaba obligada a soportarla.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90

PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Eventos diferentes requiere demostración o acreditación de falla del servicio en la imposición de la medida de aseguramiento / FALLA DEL SERVICIO - Medida de aseguramiento

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

PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Eximentes de responsabilidad del Estado: Hecho de un tercero y culpa exclusiva de la víctima

La Sala ha sostenido que en todos los casos es posible que el Estado se exonere con la acreditación de que el daño provino de una causa extraña, esto es, que sea imputable al hecho determinante y exclusivo de un tercero o de la propia víctima en los términos del artículo 70 de la Ley 270 de 1996.

MENOR DE EDAD EN CONFLICTO ARMADO - Sujeto de especial protección / PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD - Entre Estado, sociedad y familia / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Aplicación de normatividad internacional, regional y nacional sobre protección especial del menor: Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Protocolo II Adicional al Convenio de Ginebra, Estatuto de Roma / RECLUTAMIENTO DE MENORES COMO CRIMEN DE GUERRA - Estatuto de Roma / RECLUTAMIENTO FORZADO POR GRUPOS AL MARGEN DE LA LEY - Caso: Reclutamiento forzado de menor de edad por grupo guerrillero / MENOR DE EDAD - Delito contra menor de edad: Reclutamiento de menores por grupo guerrillero / CONFLICTO ARMADO - Participación de menores está proscrita por el ordenamiento internacional aplicable

Los niños son sujetos especiales de protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado. Así se desprende de lo dispuesto por el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado al derecho interno mediante la Ley 74 de 1976, y en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972. Como también de lo ordenado por el artículo 44 de la Constitución Política que garantiza los derechos

fundamentales de los menores de forma prevalente. La participación de los niños en la guerra está proscrita debido a su edad y a la falta de madurez física y mental. Esta garantía está prescrita en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la Ley 12 de 1991, en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, ratificados por la Ley 171 de 1994 y en el artículo 38 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a su participación en los conflictos armados, ratificado por la Ley 833 de 2003. El Estatuto de Roma, ratificado por Colombia en la Ley 742 de 2002, define el reclutamiento de menores como un crimen de guerra y el artículo 162 de la Ley 599 del 2000, Código Penal Colombiano, tipifica el reclutamiento de menores de 18 años como un delito que atenta contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

FUENTE FORMAL: PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO / LEY 16 DE 1972 / PROTOCOLO II ADICIONAL AL CONVENIO DE GINEBRA / LEY 171 DE 1994 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 44 / LEY 599 DE 2000 - ARTICULO 162 / LEY 742 DE 2002 / ESTATUTO DE ROMA / PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO / LEY 833 DE 2003

SISTEMA PENAL DE RESPONSABILIDAD PARA ADOLESCENTES - Sistema diferenciado. Sujeto de especial protección: Niños, niñas y adolescentes / SISTEMA PENAL DE RESPONSABILIDAD PARA ADOLESCENTES - Deber convencional, constitucional y legal del Estado / MENOR DE EDAD EN SU CONDICION DE VICTIMA EN EL CONFLICTO ARMADO - Control de convencionalidad. Normatividad internacional, regional y nacional

En cuanto al juzgamiento y sanción de las infracciones a la ley penal, los menores tienen derecho a contar con un sistema de responsabilidad penal sometido a leyes, procedimientos y autoridades especiales. Este régimen jurídico singular ordena que la privación de la libertad de un menor se debe materializar de forma separada de los adultos y en procura de que sea un recurso de última ratio y por el periodo más breve posible. Así lo ordenan los artículos 37 y 40 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en consonancia con el Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor y la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia.

FUENTE FORMAL: CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO - ARTICULO 37 / CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO - ARTICULO 40 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 5 / DECRETO 2737 DE 1989 - CODIGO DEL MENOR / LEY 1098 DE 2006 - CODIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA

MENOR DE EDAD INFRACTOR / PRINCIPIO DE DIFERENCIACION EN SISTEMA PENAL PARA MENORES - Fines y garantías / SISTEMA PENAL DE RESPONSABILIDAD PARA ADOLESCENTES - Fines y garantías

En efecto, el proceso de juzgamiento de los menores desmovilizados, además de estar guiado por el principio de diferenciación, (i) debe ser estricto en las demás garantías de los menores que prevén la Constitución Política y los tratados internacionales ratificados por Colombia en materia de protección de la infancia y adolescencia, (ii) debe propender a la rehabilitación, resocialización, protección, tutela y educación, objetivo en el que el ICBF desempeña un rol fundamental y (iii)

debe tener como consideración previa y básica, la condición de víctima del delito de reclutamiento ilícito.

RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MORALES POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD DE MENOR EN CONFLICTO ARMADO - Reconoce 100 smlmv a favor de la víctima, padre y madre, 50 smlmv a los hermanos y abuela, 15 smlmv a tercero damnificado / PERJUICIOS MORALES - Aplicación de criterio jurisprudencial de unificación / PERJUICIOS MORALES - Presunción de aflicción y padecimiento. Prueba

Recientemente, la Sección Tercera unificó sus criterios de indemnización de perjuicios morales en los eventos de privación injusta de la libertad. En esta providencia se trazaron unos parámetros de guía para la tasación del daño moral de acuerdo a factores como la duración de la privación de la libertad y el grado de parentesco de los demandantes en relación con la víctima directa. (...) La Sala ha sostenido que en los eventos en los cuales se demuestra que el demandante es padre, hermano, hijo o cónyuge de la víctima el perjuicio moral se infiere del vínculo parental o marital existente entre los demandantes y la persona víctima del hecho. [Para el caso (...) El joven (...)] fue privado de la libertad durante un periodo de 22,86 meses y está acreditado que es hijo de (...) hermano de (...) y nieto de (...). Demostrada la relación de parentesco, con base en los criterios arriba expuestos, el monto de los perjuicios morales será de 100 SMLMV para la víctima directa, su padre y su madre, 50 SMLMV para sus hermanos y su abuela y 15 SMLMV para el tercero damnificado. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre este tema ver la decisión de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2014, exp. 36149.

RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE - Lucro cesante consolidado a favor de persona privada de la libertad / LUCRO CESANTE - Aplicación de presunción de actividad productiva, monto devengado un salario mínimo mensual legal vigente / LUCRO CESANTE - Reconocimiento y adición del 25% de prestaciones sociales. Fórmula actuarial

La demanda solicitó el reconocimiento del lucro cesante a favor de (...) por los dineros dejados de percibir durante el tiempo de reclusión. (...) Como sólo quedó demostrado que el señor (...) ejercía una actividad laboral productiva, sin que pudiera establecerse el monto devengado, se tomará el salario mínimo mensual vigente como el ingreso base de liquidación. Al salario mínimo vigente (...) se le adicionará el 25% correspondiente a las prestaciones sociales (...). El período de indemnización será el comprendido entre el 27 de junio de 2006 (fecha de la captura) [hecho probado 8.2] y el 23 de mayo de 2008 (fecha de salida de la cárcel) [hecho probado 8,10], esto es, 22,86 meses, y la liquidación se realizará de conformidad con la siguiente fórmula. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre este tema ver la decisión de 2 de octubre de 1997, exp. 10345.

RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE DAÑO EMERGENTE - Pago de honorarios de servicios profesionales de abogado, defensa en proceso penal / PAGO DE HONORARIOS - Carga de la prueba: Demostrar defensa en proceso penal y pago de servicios prestados / CONDENA - Acuerdo de conciliación: Monto del 50% a cargo de la fiscalía. Proceso continúa en segunda instancia respecto de la Rama judicial

La demanda solicitó por daño emergente, a favor de [l joven (...)], el pago de (...) los honorarios de los abogados que asumieron su defensa en el proceso penal. La

sentencia de primera instancia reconoció este perjuicio, al considerar que estaba demostrado. La jurisprudencia ha sostenido que en los eventos en los cuales se solicita el pago por honorarios de abogado, debe probarse la defensa en el proceso penal y el pago por los servicios prestados. Se advierte que los abogados (...) ejercieron la defensa del señor (...) en el proceso penal. (...) Para demostrar el monto de los honorarios pactados, la parte demandante aportó una certificación original, suscrita por los abogados (...) en la que se anotó que [el señor] (...) les pagó (...) por la defensa penal. Como estos medios de prueba acreditan el daño emergente reconocido por el Tribunal en primera instancia, este monto será actualizado de conformidad con la siguiente fórmula (...) Finalmente, como el proceso terminó frente a la Nación-Fiscalía General de la Nación, entidad que concilió sobre la mitad de la condena impuesta en primera instancia, la Nación-Rama Judicial asumirá el 50% de lo reconocido en esta instancia. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el particular se pueden leer las decisiones de 8 de junio de 2011, exp. 19576 y de 12 de mayo de 2011, exp. 20569.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., siete (7) de julio de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 20001-23-31-000-2009-00296-01(42867)

Actor: EFRAÍN CHINCHILLA URIBE Y OTROS

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

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (AUTO APRUEBA CONCILIACIÓN JUDICIAL)

Temas: Conciliación judicial en primera instancia-El proceso sigue frente a la parte demandada que no concilió. Competencia del superior-Se decide sin limitación por apelación de ambas partes. Copias simples-Valor probatorio. Menores-sujetos especiales de protección. Participación de menores en los conflictos armados-Está proscrita por el ordenamiento internacional aplicable. Privación de la libertad de menores-Sistema penal diferenciado. Reclutamiento de menores guerrilleros-El menor guerrillero es víctima según la legislación. Privación de la libertad-Falla del servicio por falta de competencia. Delitos cometidos por menores de edad-Competencia de juzgamiento según Decreto 2737 de 1989, Código del Menor. Perjuicio moral-Aplicación de criterios de sentencias de unificación. Lucro cesante-Se liquida con el salario mínimo cuando no se acredita monto. Daño emergente-Se reconoce por pago de honorarios al abogado defensor.

La Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado, de acuerdo con la prelación dispuesta en sesión de 25 de abril de 2013¹, decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 18 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que resolvió:

Primero: Declarar no probadas las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, propuesta por el apoderado de la Nación-Fiscalía General de la Nación y, la de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el apoderado de la Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Segundo: Declarar Administrativa y patrimonialmente responsables a la Nación-Fiscalía General de la Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por los perjuicios morales y materiales infligidos al señor Efraín Chinchilla Uribe y a su grupo familiar, con ocasión de la privación injusta de la libertad de que fue objeto entre el 27 de junio de 2006, hasta el 22 de mayo de 2008 conforme a la motivación expuesta en este proveído.

Tercero: Como consecuencia del ordinal anterior, condénase a la Nación-Fiscalía General de la Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a pagar solidariamente a título de indemnización por concepto de daño moral, las siguientes sumas:

A favor de Efraín Chinchilla Uribe, en su condición de víctima directa la cantidad equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor de los señores, Ilse María Uribe y José del Carmen Chinchilla, en su condición de padres de la víctima, la cantidad equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos.

A favor de Milciades Chinchilla Uribe, Diomar Chinchilla Uribe, María Aidee Chinchilla Uribe, José del Carmen Chinchilla Uribe, Lide María Chinchilla Uribe, Edith Trillos Uribe, Dario Chinchilla Sánchez, la cantidad equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos.

A favor de la señora María Andrea Uribe, en su condición de abuela de la víctima el equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuarto: Condénase a la Nación-Fiscalía General de la Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a pagar solidariamente a título de indemnización por perjuicios materiales a favor de Efraín Chinchilla Uribe por concepto de daño emergente, la suma de tres millones setecientos cuarenta y dos mil ciento setenta y un pesos (\$3.742.171).

Quinto: Niéguese las demás pretensiones de la demanda. (f. 550-551 c. principal).

SÍNTESIS DEL CASO

¹ Según el Acta n°. 10 de la Sala Plena de la Sección Tercera.

El demandante fue detenido preventivamente sindicado del delito de rebelión y recuperó su libertad por falta de competencia jurisdiccional, porque para la época de los hechos era un menor de edad vinculado a la guerrilla. Califica la privación de la libertad de injusta.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

El 1 de julio de 2009, Efraín Chinchilla Uribe, Ilse María Uribe; José del Carmen Chinchilla, en su nombre y en representación de los menores Milciades Chinchilla Uribe, Diomar Chinchilla Uribe, María Aidee Chinchilla Uribe y José del Carmen Chinchilla Uribe; Edith Trillos Uribe, Lide María Chinchilla Uribe, Dairo Chinchilla Sánchez, María Andrea Uribe y Efraín Trillos Chinchilla, a través de apoderado judicial, formularon demanda de reparación directa contra la Nación-Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial, para que se le declarara patrimonialmente responsable de los perjuicios sufridos con ocasión de la privación de la libertad de Efraín Chinchilla Uribe, entre el 27 de junio de 2006 y el 22 de mayo de 2008.

Solicitaron el pago de 100 SMLMV para la víctima directa, su padre, su madre y el padre biológico y 50 SMLMV para sus hermanos y su abuela, por perjuicios morales; por perjuicios materiales, pidieron el pago de \$3.500.000 pesos por honorarios de abogado y el pago por lo dejado de percibir durante el tiempo de la detención y durante el tiempo certificado para conseguir empleo luego de salir de la cárcel, en la modalidad de lucro cesante.

En apoyo de las pretensiones, la parte demandante afirmó que Efraín Chinchilla Uribe fue sindicado del delito de rebelión y la Fiscalía 21 Seccional de Aguachica, Cesar dictó en su contra medida de aseguramiento y resolución de acusación. Resaltó que el Juzgado Promiscuo del Circuito de Aguachica declaró la falta de competencia para conocer el asunto, pues los hechos sucedieron cuando este era menor de edad y por ello el

competente debió ser el Juzgado de Menores o el Promiscuo de Familia de Ocaña. Resaltó que el Juzgado Primero de Familia de Ocaña ordenó su libertad inmediata y lo declaró víctima de la violencia, pues su vinculación a la guerrilla del ELN tuvo lugar cuando era menor de edad y por ello debía obtener protección del Estado.

Adujo que la demandada debía responder porque incurrió en una falla del servicio al desconocer normas de carácter internacional.

II. Trámite procesal

El 23 de julio de 2009 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a las entidades demandadas y al Ministerio Público.

En el escrito de **contestación de la demanda**, la Nación-Fiscalía General de la Nación, al oponerse a las pretensiones de la demanda, señaló que no hubo falla del servicio porque la medida de aseguramiento tuvo fundamento legal y probatorio. Alegó las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, porque el demandante con su conducta dio lugar a la actuación y a las decisiones de la entidad.

La Nación-Rama Judicial propuso la falta de legitimación en la causa por pasiva porque la privación de la libertad se originó en la actuación de la Fiscalía. Sostuvo que la privación de la libertad tuvo fundamento legal y probatorio.

El 29 de abril de 2010 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para **alegar de conclusión** y presentar concepto, respectivamente. La parte demandante y la Nación-Fiscalía General de la Nación reiteraron lo expuesto y la Nación-Rama Judicial y el Ministerio Público guardaron silencio.

El 12 de octubre de 2011, el Tribunal Administrativo del Cesar profirió la **sentencia** impugnada, en la que accedió a las pretensiones de la demanda.

Consideró que lo procedente era incorporarlo al programa de reincorporación a la sociedad civil, en su condición de víctima del conflicto armado.

Las partes interpusieron **recurso de apelación** contra la anterior decisión.

El 2 de noviembre de 2011 se llevó a cabo la **audiencia de conciliación** del artículo 70 de la Ley 1395 de 2010 y la parte demandante y la Nación-Fiscalía General de la Nación llegaron a un acuerdo respecto de la condena. Se concilió el 70% de la condena impuesta a la entidad.

El 17 de noviembre 2011 el Tribunal aprobó el acuerdo conciliatorio, declaró terminado el proceso frente a la Nación-Fiscalía General de la Nación y concedió los recursos interpuestos por la demandante y por la Nación-Rama Judicial, quienes no conciliaron sobre la sentencia de primera instancia.

La demandante solicitó que se concedieran los perjuicios morales reclamados por el demandante Efraín Trillos Chinchilla, pues en el expediente obran pruebas que acreditan su condición de padre biológico de Efraín Chinchilla Uribe.

La Nación-Rama Judicial esgrimió que las decisiones que privaron de la libertad al demandante fueron proferidas por la Fiscalía, entidad que tenía poder decisorio, conforme a lo dispuesto en la Ley 600 de 2000. Sostuvo que la providencia del Juzgado promiscuo de Aguachica tuvo fundamento legal al advertir la falta de competencia y que el caso debió resolverse a partir de un análisis de falla del servicio.

Agregó que la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta la excepción de culpa exclusiva de la víctima alegada por la Fiscalía y dio valor probatorio a documentos que obraban en copias simples.

El 2 de febrero de 2012 se admitieron los recursos y el 1° de marzo siguiente se corrió traslado para **alegar de conclusión en segunda**

instancia. La parte demandante reiteró lo expuesto y la Nación-Rama Judicial y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce de las controversias cuando se demande la ocurrencia de un daño cuya causa sea una acción u omisión de una entidad estatal, según el artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006.

El Consejo de Estado es competente para desatar los recursos de apelación interpuestos, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996².

Acción procedente

2. La acción de reparación directa es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando el daño invocado proviene de un hecho, omisión, operación administrativa o cualquier otra actuación estatal distinta a un contrato estatal o un acto administrativo, tal y como ocurre en este caso que se refiere a hechos imputables a la administración de justicia (art. 90 C.N. y art. 86 C.C.A.).

Caducidad

² El Consejero Ponente de esta decisión, aunque no lo comparte, sigue el criterio jurisprudencial contenido en el auto del 9 de septiembre de 2008, Rad 34.985, proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con arreglo al cual conforme al artículo 73 de la Ley 270 de 1996 esta Corporación conoce siempre en segunda instancia de estos procesos, sin consideración a la cuantía de las pretensiones. Los motivos de la disidencia están contenidos en la aclaración de voto a la sentencia del 22 de octubre de 2015, Rad. 36.146.

3. El término para formular pretensiones, en sede de reparación directa, de conformidad con el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo es de 2 años, que se cuentan a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa.

En los eventos de privación injusta de la libertad, la Sección Tercera ha sostenido que el cómputo de la caducidad inicia a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la providencia absolutoria, pues solo a partir de ese momento la víctima tiene conocimiento de la antijuricidad del daño³.

La demanda se interpuso en tiempo -1° de julio de 2009- porque el demandante tuvo conocimiento de la antijuricidad del daño reclamado desde el 2 de junio de 2008, fecha en la que quedó ejecutoriada la providencia que ordenó el archivo del proceso penal seguido en su contra⁴.

Legitimación en la causa

4. Efraín Chinchilla Uribe, Ilse María Uribe, José del Carmen Chinchilla, Milciades Chinchilla Uribe, Diomar Chinchilla Uribe, María Aidee Chinchilla Uribe y José del Carmen Chinchilla Uribe; Edith Trillos Uribe, Lide María Chinchilla Uribe, Dairo Chinchilla Sánchez, María Andrea Uribe y Efraín Trillos Chinchilla son las personas sobre las que recae el interés jurídico que se debate en este proceso, ya que el primero es el sujeto pasivo de la investigación penal y los demás conforman su núcleo familiar.

La Nación-Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial- está legitimada en la causa por pasiva, pues fue la entidad encargada del juzgamiento del joven Efraín Chinchilla Uribe en el proceso penal que se le siguió.

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 2 de febrero de 1996, Rad. 11.425. Criterio reiterado en sentencias del 13 de septiembre de 2001, Rad. 13.392, y del 14 de febrero de 2002, Rad. 13.622.

⁴ Según da cuenta la copia auténtica del auto de cúmplase de 2 de junio de 2008, proferido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (f. 440-441 c. 3).

II. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la orden de libertad con fundamento en la falta de competencia y en la calidad de víctima de la violencia, debido a que el sindicado era menor de edad al momento de ocurrencia de las conductas punibles por las que se le procesó, torna en injusta la privación de la libertad.

III. Análisis de la Sala

5. Como la Nación-Fiscalía General de la Nación concilió con la demandante el porcentaje de la condena impuesta en primera instancia y el acuerdo fue aprobado por el Tribunal Administrativo del Cesar, el proceso frente a esta entidad terminó y constituye cosa juzgada. La segunda instancia continuará frente a los recursos de la Nación-Rama Judicial y de la parte demandante.

En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 446 de 1998, el acta de acuerdo conciliatorio y el auto aprobatorio debidamente ejecutoriado prestarán mérito ejecutivo y tendrán efectos de cosa juzgada. De igual forma, la jurisprudencia ha sostenido que en los casos en los que sólo concilian una de las partes, el proceso debe continuar respecto de quienes no llegaron a un acuerdo y será el juez quien determine la responsabilidad que le corresponde⁵.

6. La sentencia fue recurrida por ambas partes, por lo que la Sala resolverá sin limitaciones, en los términos del artículo 357 del CPC.

Hechos probados

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de marzo de 2005, Rad. 14.245.

7. Las copias simples serán valoradas porque la Sección Tercera de esta Corporación, en fallo de unificación⁶, consideró que tenían mérito probatorio.

8. De conformidad con los medios probatorios allegados oportunamente al proceso, se demostraron los siguientes hechos:

8.1 Efraín Chinchilla Uribe perteneció a la guerrilla del ELN hasta el año 2003, cuando aún era menor de edad, según da cuenta copia auténtica de la providencia que declaró la falta de competencia en el proceso penal que se le adelantó (f. 418 c. 3).

8.2 El 27 de junio de 2006, la Policía Nacional capturó a Efraín Chinchilla Uribe, por la presunta comisión del delito de rebelión. Al momento de la captura estaba indocumentado y entregó el registro civil de nacimiento, según da cuenta copia simple del acta de los derechos del capturado (f. 67 c. 1).

8.3 El 30 de junio de 2006⁷, la Fiscalía 20 Seccional Delegada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Aguachica impuso medida de aseguramiento en contra de Efraín Chinchilla Uribe y ordenó mantenerlo detenido en el centro de reclusión en el que se encontraba, según da cuenta copia simple de esa providencia (f. 78-82 c. 1).

8.4 El 12 de octubre de 2006, la Fiscalía 20 Seccional Delegada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Aguachica profirió resolución de acusación en contra de Efraín Chinchilla Uribe, de 19 años de edad, por la presunta comisión del delito de rebelión, según da cuenta copia simple de la providencia de la misma fecha (f. 94-99 c. 1).

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, Rad. 25.022. El Magistrado Ponente no comparte este criterio jurisprudencial, sin embargo lo respeta y acoge. Los argumentos de la inconformidad se encuentran consignados en la aclaración de voto a la sentencia del 22 de octubre de 2015, Rad. 26.984.

⁷ Hubo un error al momento de digitar la fecha de la providencia, de manera que en expediente aparece con fecha de 30 de junio de 2005 (f. 78-82 c. 1).

8.5 El 29 de enero de 2007, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Aguachica avocó el conocimiento del proceso en etapa de juzgamiento, según da cuenta copia auténtica de esa providencia (f. 387c. 3).

8.6 El 27 de marzo de 2007, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Aguachica, en la audiencia preparatoria, consideró que no existían irregularidades ni eventos para declarar la nulidad y continuó con el trámite del proceso, según da cuenta copia auténtica del acta de la audiencia (f. 396 c. 3).

8.7 El 9 de mayo de 2007, la Fiscalía 20 Delegada ante el juzgado de Aguachica solicitó al Juzgado Promiscuo del Circuito de Aguachica enviar el proceso al juez competente, esto es, al Juez Promiscuo de Familia, porque si bien el procesado era mayor de edad, los hechos sucedieron cuando era menor, según da cuenta copia auténtica del acta de la audiencia pública de juzgamiento (f. 402-410 c. 3).

8.8 El 8 de mayo de 2008, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Aguachica se declaró incompetente para conocer del asunto, porque los hechos por los cuales se juzgaba a Efraín Chinchilla Uribe sucedieron cuando era menor de edad, y el proceso debió tramitarse ante un juzgado de menores o promiscuo de familia del lugar en el que ocurrieron los hechos, según da cuenta copia auténtica de esa providencia (f. 418 c. 3).

8.9 El 15 de mayo de 2008, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Ocaña, Norte de Santander declaró que Efraín Chinchilla era víctima de la violencia y ordenó su libertad inmediata, según da cuenta copia auténtica de la providencia citada (f. 423-425 c. 3).

8.10 El 23 de mayo de 2008, Efraín Chinchilla Uribe recobró efectivamente su libertad, según da cuenta certificado original expedido por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC (f. 404 c. 2).

8.11 Efraín Chinchilla Uribe es hijo de Ilse María Uribe, hermano de Milciades Chinchilla Uribe, Diomar Chinchilla Uribe, María Aidee Chinchilla Uribe, de José del Carmen Chinchilla Uribe, Lide María Chinchilla Uribe, Edith Trillos Uribe, Dairo Chinchilla Sánchez y nieto de María Andrea Uribe, según da cuenta copia auténtica de los registros civiles de nacimiento y de partidas de bautismo (f. 50-58 c. 1).

La privación de la libertad fue injusta por una falla del servicio

9. El daño antijurídico está demostrado porque el joven Efraín Chinchilla Uribe estuvo privado de su derecho fundamental a la libertad personal, desde el 27 de junio de 2006 hasta el 23 de mayo de 2008 [hechos probados 7.1 y 7.8]. Es claro que la lesión al derecho de la libertad personal genera perjuicios que los demandantes no estaban en la obligación de soportar.

10. La privación injusta de la libertad como escenario de responsabilidad está regulada en la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, en el artículo 68 que establece que quien haya sido privado de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

La jurisprudencia⁸ tiene determinado, a partir de una interpretación del artículo 90 de la Constitución Política, que cuando una persona privada de la libertad sea absuelta (i) “porque el hecho no existió”, (ii) “el sindicado no lo cometió”, o (iii) “la conducta no constituía hecho punible”, se configura un evento de detención injusta en virtud del título de imputación de daño especial, por el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas. A estas hipótesis, la Sala agregó la aplicación del *in dubio pro reo*⁹, con fundamento en la misma cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado del artículo 90 C.N.¹⁰

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, Rad. 15.463.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 diciembre de 2006, Rad. 13.168 y sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, Rad. 23.354.

¹⁰ El Magistrado Ponente no comparte este criterio jurisprudencial, sin embargo lo respeta y acoge. Los motivos de la disidencia están contenidos en la aclaración de voto a la sentencia del 22 de septiembre de 2015, Rad. 36.146.

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

Si el procesado es exonerado por cualquier causa distinta de las mencionadas, la reparación solo procederá cuando se acredite que existió una falla del servicio al momento de decretarse la medida de aseguramiento, es decir, que no se cumplían los requisitos legales para la restricción de la libertad¹¹.

La Sala ha sostenido que en todos los casos es posible que el Estado se exonere con la acreditación de que el daño provino de una causa extraña, esto es, que sea imputable al hecho determinante y exclusivo de un tercero o de la propia víctima en los términos del artículo 70 de la Ley 270 de 1996.

Los menores como sujetos especiales de protección

11. Los niños son sujetos especiales de protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado. Así se desprende de lo dispuesto por el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado al derecho interno mediante la Ley 74 de 1976, y en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972. Como también de lo ordenado por el artículo 44 de la Constitución Política que garantiza los derechos fundamentales de los menores de forma prevalente.

12. La participación de los niños en la guerra está proscrita debido a su edad y a la falta de madurez física y mental. Esta garantía está prescrita en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la Ley 12 de 1991, en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, ratificados por la Ley 171 de 1994 y en el artículo 38 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a su participación en los conflictos armados, ratificado por la Ley 833 de 2003.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, Rad. 18.960.

El Estatuto de Roma, ratificado por Colombia en la Ley 742 de 2002, define el reclutamiento de menores como un crimen de guerra y el artículo 162 de la Ley 599 del 2000, Código Penal Colombiano, tipifica el reclutamiento de menores de 18 años como un delito que atenta contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

13. En cuanto al juzgamiento y sanción de las infracciones a la ley penal, los menores tienen derecho a contar con un sistema de responsabilidad penal sometido a leyes, procedimientos y autoridades especiales. Este régimen jurídico singular ordena que la privación de la libertad de un menor se debe materializar de forma separada de los adultos y en procura de que sea un recurso de *ultima ratio* y por el periodo más breve posible.

Así lo ordenan los artículos 37 y 40 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en consonancia con el Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor y la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia.

14. En este caso, la Fiscalía inició el ejercicio de la acción penal contra Efraín Chinchilla por el delito de rebelión, sin advertir que los hechos por los cuales lo juzgaba fueron cometidos cuando este era menor de edad [hechos probados 8.3, 8.4, 8.5 y 8.6] y sin advertir que fue víctima de la violencia al haber sido reclutado forzosamente en la guerrilla [hechos probados 8.1, 8.7, 8.8 y 8.9].

Si bien, no obra en el proceso providencia absolutoria en favor del demandante, lo cierto es que está acreditado que se inició en su contra una investigación penal sin tener en consideración que para la época de los hechos era menor de edad y víctima del reclutamiento ilícito [hechos probados 8.7, 8.8 y 8.9]. De modo que le entonces menor de edad no ha debido enfrentar un proceso penal y mucho menos ser privado de la libertad. Así lo puso de relieve el Juez Promiscuo de Aguachica, Cesar, al indicar:

Siendo ello así, necesariamente ha de concluirse que el presunto punible de rebelión, que se le viene imputando, lo cometió siendo mayor de 12 y menor de 18 años; en consecuencia la Fiscalía General de la Nación carecía de competencia para adelantar la investigación en su contra y este juzgado carecía de competencia para conocer de la etapa de la causa y no es el juez natural para fallar el asunto, pues de conformidad con el artículo 178 del Código del Menor, el competente para conocer y decidir asuntos como el que nos ocupa, es el Juez de Menores o el Juez Promiscuo de Familia con sede en este último municipio (f. 418 c. 3).

Asimismo, conforme a los artículos 170 y 217 del Código del Menor, las medidas correctivas no podían cumplirse en sitios destinados a infractores mayores de edad, y de llegarse a presentar esa situación, debían separarse en forma inmediata de los infractores mayores de edad. Así lo destacó el Juez Primero Promiscuo de Familia de Ocaña que otorgó su libertad:

[...] La conducta endilgada a Efraín Chinchilla Uribe fue cometida cuando aún era menor de edad, pese a que su vinculación procesal se haya surtido cuando ya había cumplido los dieciocho años; y de manera arbitraria se le otorgó el tratamiento como mayor de edad sin contemplar lo anterior, contrariando lo previsto en el artículo 167 y 170 del Código del Menor, que era el vigente para este trámite, en donde se establece una competencia especial para adelantar la investigación y aplicar las medidas correspondientes en cabeza de los jueces de Menores o Promiscuos de Familia.

[...] Y resulta más abrumadora la situación cuando habiéndose culminado la audiencia pública el 9 de mayo de 2007, solo hasta el 8 de mayo de 2008 haya advertido lo que fue motivo de alegación de la defensa en plurales oportunidades y sin remediar la privación de la libertad que había continuado de forma arbitraria el detenido. Su pronunciamiento se limita en remitir por competencia el proceso sin cumplir con la obligación constitucional de preservar los derechos fundamentales que tenía esta persona. Por eso se comisionará al Juzgado Promiscuo de Familia de Aguachica para que libre boleta de libertad incondicional al Director del Centro Penitenciario y Carcelario de Aguachica, y además se cancelará la orden de captura que aún está vigente [...] (f. 423 c. 3)

Adicionalmente, la providencia resaltó que se presentaron irregularidades en el proceso penal porque Efraín Chinchilla Uribe era víctima de la violencia y no actor del conflicto, circunstancia que requería un tratamiento especial, conforme lo establecido en los artículos 15 de la Ley 418 de 1997, 4 de la Ley 833 de 2003 y 22 del Decreto 128 de 2003:

[...] A los adolescentes que se desvinculan voluntariamente de los grupos armados irregulares, o cuando las fuerzas armadas recobran al niño, niña o adolescente de dichos grupos, debe considerárseles como víctimas de la violencia, al tenor del Decreto 128 de 2003, por medio del cual se reglamenta la Ley 418 de 1997 [...]

De conformidad con lo anterior y como estamos en presencia de una persona que admite haber formado parte de un grupo subversivo cuando era menor de edad y consecuentemente ha resultado ser víctima de la violencia, es del caso disponer la remisión de estas diligencias al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [...] para efectos de que dicha persona reciba la protección y atención integral especializada pertinente y proceda de conformidad.

Efraín Chinchilla Uribe cuenta con las posibilidades de acudir ante los organismos e instancias de control disciplinario y judicial para que se adelantes los trámites correspondientes relacionados con las irregularidades ante las cuales fue sometido, tanto por el tratamiento otorgado, como los términos empleados para adoptar las decisiones (f. 424 c. 3).

15. En tal virtud, está acreditado que las entidades demandadas desconocieron las garantías jurídicas que protegen a los menores de edad infractores al momento de ser juzgados.

En primer lugar, el menor fue procesado por funcionarios sin competencia [hechos probados 8.3, 8.4, 8.5, 8.6, 8.7, 8.8 y 8.9], porque desconocieron el sistema de responsabilidad penal diferenciado para los niños y adolescentes que asignó el conocimiento de estos casos a los jueces de menores o promiscuos de familia y que debió contar con la asistencia del ICBF. Proceder irregular que desconoció el artículo 167 del Código del Menor que radicó en estos jueces la competencia para conocer en única instancia de las conductas punibles realizadas por personas mayores de 12 años y menores de 18 años.

En segundo lugar, se le impuso una medida de aseguramiento como si se tratara de un adulto infractor de la ley penal y se hizo efectiva en un sitio de reclusión para adultos, lo que supuso el desconocimiento de los enfoques de resocialización, rehabilitación, protección, tutela y educación propios del régimen jurídico especial. En particular se desconoció el artículo 16 del Código del Menor que establece que los niños privados de su libertad deben recibir un tratamiento humanitario y estar separados de los infractores

mayores de edad y el artículo 217 que prescribe que las medidas de rehabilitación impuestas como consecuencia de la responsabilidad penal, en ningún caso se podrían cumplir en sitios de reclusión destinados a mayores.

En tercer lugar, hubo una demora injustificada y arbitraria en la definición jurídica del proceso penal, en especial porque transcurrió un año entre la solicitud que hiciera la Fiscalía una vez se percató de que no tenían competencia y la declaratoria judicial [hechos probados 8.7 y 8.8], en contravía de las garantías de prontitud y tiempo mínimo de privación de la libertad prescritas en los tratados internacionales de protección de la niñez.

En cuarto lugar, el ejercicio de la acción penal en este caso configuró una “revictimización” del que fuera menor reclutado forzosamente, en tanto dentro del proceso penal correspondiente se le reprochó una conducta (pertenecer a un grupo irregular) cuando en realidad era víctima de este.

El enjuiciamiento del menor por el delito de rebelión desconoció el artículo 15 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 6 de la Ley 782 de 2002 -preceptos vigentes para la época de los hechos- que dentro de las víctimas de la violencia incluyó a *“toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades”*.

Asimismo se infringió el artículo 22 del Decreto 128 de 2003, reglamentario de esta ley, que dispuso que los menores de edad que se desvinculen de organizaciones armadas al margen de la ley deberán ser entregados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- por la autoridad civil, militar o judicial que constate su desvinculación del grupo armado respectivo, a más tardar dentro de las 36 horas siguientes a su desvinculación o en el término de la distancia, para que reciba la protección y atención integral especializada pertinente.

Se desconoció, igualmente, lo prescrito en el artículo 19 de la Ley 782 de 2002, tal y como quedó luego del condicionamiento de constitucionalidad¹², según el cual el juzgamiento de menores desmovilizados debe cumplir las garantías mínimas contenidas en los principios de especificidad, diferenciación, la finalidad tutelar y resocializadora del tratamiento jurídico penal.

En efecto, el proceso de juzgamiento de los menores desmovilizados, además de estar guiado por el principio de diferenciación, (i) debe ser estricto en las demás garantías de los menores que prevén la Constitución Política y los tratados internacionales ratificados por Colombia en materia de protección de la infancia y adolescencia, (ii) debe propender a la rehabilitación, resocialización, protección, tutela y educación, objetivo en el que el ICBF desempeña un rol fundamental y (iii) debe tener como consideración previa y básica, la condición de víctima del delito de reclutamiento ilícito.

En definitiva, como la libertad de Efraín Chinchilla Uribe se fundamentó en la falta de competencia para investigar y juzgar unas conductas punibles que ocurrieron cuando era menor de edad, en la reclusión en establecimiento carcelario y en el desconocimiento de su condición de víctima del conflicto armado, el título de imputación es el de falla del servicio y la condena se imputará al patrimonio de la Nación-Rama Judicial, porque el proceso continuó con relación a esta entidad y no la Fiscalía General de la Nación, por haber conciliado la condena de primera instancia.

Indemnización de perjuicios

16. La demanda solicitó el reconocimiento de 100 SMLMV, a favor de la víctima directa, sus padres, su padre biológico, sus hermanos y su abuela, por concepto de **perjuicios morales**.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-203 de 1995.

Recientemente, la Sección Tercera unificó sus criterios de indemnización de perjuicios morales en los eventos de privación injusta de la libertad¹³.

En esta providencia se trazaron unos parámetros de guía para la tasación del daño moral de acuerdo a factores como la duración de la privación de la libertad y el grado de parentesco de los demandantes en relación con la víctima directa. Estos derroteros quedaron consignados en el siguiente cuadro:

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

La Sala ha sostenido¹⁴ que en los eventos en los cuales se demuestra que el demandante es padre, hermano, hijo o cónyuge de la víctima el perjuicio moral se infiere del vínculo parental o marital existente entre los demandantes y la persona víctima del hecho.

Efraín Chinchilla Uribe fue privado de la libertad durante un periodo de 22,86 meses y está acreditado que es hijo de Ilse María Uribe, hermano de Milciades Chinchilla Uribe, Diomar Chinchilla Uribe, María Aidee Chinchilla Uribe, de José del Carmen Chinchilla Uribe, Lide María Chinchilla Uribe, Edith Trillos Uribe, Dairo Chinchilla Sánchez y nieto de María Andrea Uribe [hechos probados 8.2, 8.10 y 8.11].

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, Rad. 36.149.

¹⁴ Cfr. Consejo de Estado Sección Tercera las sentencias del 17 de julio de 1992, Rad. 6.750; del 16 de julio de 1998, Rad. 10.916 y del 27 de julio de 2000, Rad. 12.788 y Rad. 12.641.

Según la demanda, como Efraín Trillos Chinchilla es el padre biológico de Efraín Chinchilla Uribe, tiene derecho a la indemnización por perjuicios morales.

Huber Salazar Balmaceda, vecino de infancia de Efraín Chinchilla Uribe declaró que el señor José del Carmen Chinchilla era su padre y trabajaban juntos, que entre ellos existía una buena relación y que la privación de libertad de su hijo lo afectó emocionalmente (f. 456-457 c. 2).

También afirmó que Efraín Trillos Chinchilla era su padre biológico, que tenían una buena relación entre los dos y que se visitaban constantemente. Afirmó que Trillos Chinchilla se vio muy afectado porque él lo aconsejó para que presentara su situación ante las autoridades (f. 456-457 c. 2).

Yazmin Contreras Balmaceda, amiga de Efraín Chinchilla Uribe desde la niñez, declaró que José del Carmen Chinchilla le dio su apellido al reconocerlo y que tenían una buena relación afectiva y de apoyo mutuo (f. 458-459 c. 2).

Asimismo, declaró que Efraín Trillos Chinchilla era su padre biológico, que existe un apoyo mutuo desde siempre y que el señor sintió sentimiento de culpa por la privación de la libertad del hijo, porque él mismo lo presentó para que recibiera protección y ayuda (f. 458-459 c. 2).

Anibal Contreras Balmaceda, compañero de estudio y amigo de Efraín Chinchilla Uribe, declaró que José del Carmen Chinchilla era el padre de crianza, que tenían una relación de respeto y afecto, y que vivían y trabajaban juntos en la finca (f. 460-461 c. 2).

También declaró que Efraín Trillos Chinchilla era su padre biológico y que entre ellos había una buena relación de apoyo y de respeto mutuo (f. 460-461 c. 2).

Las declaraciones merecen credibilidad pues provienen de personas allegadas al demandante, y justamente en razón a esa calidad, tuvieron conocimiento cercano de las relaciones afectivas entre los demandantes y describieron de manera precisa la aflicción padecida por estos con ocasión a la privación injusta de la libertad de Efraín Chinchilla Uribe.

Ahora bien, como en el proceso está acreditado que José del Carmen Chinchilla es el padre de Efraín Chinchilla Uribe, según da cuenta el registro civil de nacimiento de aquel (f. 50 c. 1), documento que, conforme el artículo 101 del Decreto 1260 de 1970 es la prueba del estado civil de las personas, se le concederá perjuicios morales conforme a esa calidad.

Por otro lado, como se probó que Efraín Trillos Chinchilla sufrió por la privación de la libertad de Efraín Chinchilla Uribe y que entre ellos existía un afecto familiar, se tendrá como tercero damnificado.

Demostrada la relación de parentesco, con base en los criterios arriba expuestos, el monto de los perjuicios morales será de 100 SMLMV para la víctima directa, su padre y su madre, 50 SMLMV para sus hermanos y su abuela y 15 SMLMV para el tercero damnificado.

17. La demanda solicitó el reconocimiento del **lucro cesante** a favor de Efraín Chinchilla Uribe por los dineros dejados de percibir durante el tiempo de reclusión.

Huber Salazar Balmaceda (f. 456-457 c. 2), amigo y vecino de vereda del demandante, declaró que Efraín Chinchilla Uribe se dedicaba a la agricultura. Yazmín Contreras Balmaceda (f. 458-459 c. 2), amiga y vecina del demandante, declaró que este, antes de estar privado de la libertad, trabajaba en labores de agricultura, actividad con la que sostenía a su familia. En el mismo sentido declaró Anibal Contreras Balmacera, amigo del demandante (f. 460-461 c. 2).

Como los declarantes, en razón a su cercanía y amistad, conocieron el oficio que desempeñaba Chinchilla Uribe antes de estar privado de la libertad y coincidieron en que el demandante se dedicaba a labores de agricultura y describieron de manera precisa sus actividades, merecen credibilidad. Sin embargo, no arrojan certeza sobre los ingresos que esas actividades le reportaban mensualmente.

Como sólo quedó demostrado que el señor Chinchilla Uribe ejercía una actividad laboral productiva, sin que pudiera establecerse el monto devengado, se tomará el salario mínimo mensual vigente como el ingreso base de liquidación¹⁵.

Al salario mínimo vigente: \$689.455, se le adicionará el 25% correspondiente a las prestaciones sociales¹⁶: \$861.818.

El período de indemnización será el comprendido entre el 27 de junio de 2006 (fecha de la captura) [hecho probado 8.2] y el 23 de mayo de 2008 (fecha de salida de la cárcel) [hecho probado 8,10], esto es, 22,86 meses, y la liquidación se realizará de conformidad con la siguiente fórmula:

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

Donde:

Ra= ingreso base de liquidación

i= interés legal

n= periodo de indemnización

$$S = \$ 861.818 \frac{(1 + 0,004867)^{22,86} - 1}{0,004867}$$

$$S = \$20'785.529$$

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de febrero de 1994, Rad. 8.576.

¹⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de octubre de 1997, Rad. 10.345.

18. La demanda solicitó por **daño emergente**, a favor de Efraín Chinchilla Uribe, el pago de \$3.500.000, por los honorarios de los abogados que asumieron su defensa en el proceso penal. La sentencia de primera instancia reconoció este perjuicio, al considerar que estaba demostrado.

La jurisprudencia ha sostenido¹⁷ que en los eventos en los cuales se solicita el pago por honorarios de abogado, debe probarse la defensa en el proceso penal y el pago por los servicios prestados.

Se advierte que los abogados Edinson José Jiménez Urbina y Jorge Eliécer Durán Piña ejercieron la defensa del señor Donado Martelo en el proceso penal.

Jorge Eliécer Durán Piña inició la defensa en el proceso penal, pues asistió a la audiencia de indagatoria (f. 331-335 c. 3), solicitó ampliación de declaración del procesado (f. 347 c. 1), asistió a la audiencia de declaración solicitada y a la ampliación de la indagatoria (f. 348 y 350-351 c. 3). Por su parte, Edinson José Jiménez Urbina presentó recurso de apelación contra la resolución de acusación (f. 361374 c. 3) y asistió a las audiencias preparatoria y pública de juzgamiento (f. 396 y 402-410 c. 3).

Para demostrar el monto de los honorarios pactados, la parte demandante aportó una certificación original, suscrita por los abogados Jorge Durán Piña y Edinson Jiménez Urbina, en la que se anotó que Efraín Chinchilla Uribe les pagó \$3.500.000 por la defensa penal.

Como estos medios de prueba acreditan el daño emergente reconocido por el Tribunal en primera instancia, este monto será actualizado de conformidad con la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

¹⁷ Cfr. Consejo de Estado Sección Tercera las sentencias del 8 de junio de 2011, Rad. 19.576, C.P. Ruth Stella Correa y sentencia del 12 de mayo de 2011, Rad. 20.569, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo

Donde:

Vp= Valor presente

Vh= Valor histórico

índice¹⁸ final a la fecha de esta sentencia: 132,58 (junio de 2016)
índice inicial al momento del pago: 97,62 (mayo de 2008)

Vp= \$3.500.000 $\frac{132,58 \text{ (junio de 2016)}}{97,62 \text{ (mayo de 2008)}}$

VP= \$4'753.432

19. Finalmente, como el proceso terminó frente a la Nación-Fiscalía General de la Nación, entidad que concilió sobre la mitad de la condena impuesta en primera instancia, la Nación-Rama Judicial asumirá el 50% de lo reconocido en esta instancia.

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍCASE el numeral tercero de la sentencia del 18 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, el cual quedará así:

Condénase a la Nación-Rama Judicial a pagar a Efraín Chinchilla Uribe Martelo, Ilse María Uribe, José del Carmen Chinchilla, por concepto de perjuicios morales, el equivalente a cincuenta (50) SMLMV para cada uno; a Milciades Chinchilla Uribe, Diomar Chinchilla Uribe, María Aidee Chinchilla

¹⁸ Estos factores corresponden a los índices de precios al consumidor que pueden ser consultados en el Banco de la República: <http://www.banrep.gov.co/es/ipc>.

Uribe, José del Carmen Chinchilla Uribe, Lide María Chinchilla Uribe, Edith Trillos Uribe, Dairo Chinchilla Sánchez y María Andrea Uribe, el equivalente a veinticinco (25) SMLMV para cada uno y a Efraín Trillos Chinchilla el equivalente a quince (15) SMLMV.

TERCERO: MODIFÍCASE el numeral cuarto de la sentencia del 18 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, el cual quedará así:

Condénase a la Nación-Rama Judicial a pagar a Efraín Chinchilla Uribe Martelo, por concepto de lucro cesante, la suma de diez millones trescientos noventa y dos mil setecientos sesenta y cinco mil pesos \$10'392.765.

Condénase a la Nación-Rama Judicial a pagar a Efraín Chinchilla Uribe Martelo, por concepto de daño emergente, la suma de tres millones setecientos veintiséis mil setecientos dieciséis pesos \$3'726.716.

CUARTO. CONFÍRMASE en los demás aspectos la sentencia apelada.

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

SEXTO. En firme este fallo **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias pertinentes conforme a la ley.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado