

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B”

Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015)

Expediente: 36390
Radicación: 270012331000200400683 01
Actor: Jesús María Palacios Mosquera y otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación y otro
Naturaleza: Acción de reparación directa

Conoce la Sala en grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 30 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. La sentencia será modificada.

ANTECEDENTES

I. Síntesis del caso

Desde el 5 de enero de 2001, el señor Jesús María Palacios Mosquera estuvo cobijado con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, en razón a su vinculación a la investigación penal

adelantada por la Unidad de la Fiscalía de Derechos Humanos de Bogotá, por el delito de concierto para delinquir en la modalidad de conformación de grupos ilegalmente armados. Dichas pesquisas concluyeron con sentencia absolutoria ya que, a pesar de que el procesado en su calidad de representante legal participó en el proceso de obtención de la personería jurídica de la Convivir del Alto Baudó, por su corta estadía en ese cargo no pudo tener conocimiento de que era ilegal, es decir, que no contaba con el correspondiente permiso para desarrollar actividades especiales de vigilancia. Así pues, se estableció la existencia de error de tipo en cuanto al delito inculpado, en el entendido de que el sindicato tuvo plena convicción de la legalidad de la Convivir y que, corolario de ello, no pudo haber dolo en su actuación. El señor Palacios Mosquera estuvo privado de su libertad hasta el 23 de julio de 2002.

II. Lo que se demanda

1. Mediante demanda presentada el 16 de julio de 2004, Jesús María Palacios Mosquera y María Cilia Asprilla Valencia, esta última en nombre propio y en representación de los menores Sindy Yoana, Andy Dadiana, Lisbeth Dayana y Jesús Yanier Palacios Asprilla; asimismo, Digna Mosquera Palacios, Pedro Pablo Palacios, Robinson Palacios Mosquera y Jaime Valderrama Mosquera, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., solicitaron que se declarara a la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación administrativamente responsables por los perjuicios causados con ocasión de la privación injusta de la libertad de la que fue sujeto Jesús María Palacios Mosquera (f. 8-13, c. 1). En consecuencia, solicitaron que se condenara a las demandadas a pagar:

(...) los perjuicios de orden material y moral, subjetivos y objetivados, actuales y futuros, en la cuantía que resultare probada dentro del proceso, según los hechos expuestos en la demanda

(...) La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la ejecutoria del correspondiente fallo definitivo.

(...) La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículo 176 y 177 del C.C.A.

1.1 En el acápite denominado “*HECHOS Y OMISIONES*”, el actor precisó los perjuicios pretendidos de la siguiente forma:

(...) Los perjuicios ocasionados fueron: para la época de la detención preventiva el señor JESÚS MARÍA PALACIOS, ejercía las funciones de inspector local del Municipio del Alto BAUDÓ en carrera administrativa, con una asignación mensual de \$ 324.000, ingreso que dejó de percibir durante su reclusión, junto con otros conceptos laborales como primas, vacaciones, auxilios de transportes (sic), alimentación, dotaciones, subsidio familiar, bonificación por servicios prestados. Los cuales ascienden en cuantía superior a \$ 30.000.000.

Para atender su defensa dentro del proceso penal fue asistido por un profesional del derecho cuyos honorarios ya cancelados ascienden a la suma de \$ 15.000.000.

El daño moral causado al accionante JESÚS MARÍA PALACIOS MOSQUERA consistió en el desprestigio que implicó en nuestro medio ser acusado del delito de concierto para delinquir en la modalidad de conformación de grupos ilegalmente armados igualmente en la frustración personal y profesional de verse troncada (sic) su carrera como inspector de Policía en el Municipio del Alto Baudó.

El abandono al que se vio sometido como consecuencia de la detención por familiares y amigos.

Los demás demandantes al ver a su compañero, padre, hermano e hijo en la cárcel injustamente detenido y acusado de concierto para delinquir sufrieron moralmente ya que esta situación repercutió en su desprestigio social por ser familiares de un presunto sicario o equivocadamente denominado paramilitar., (sic) además se vieron avocados a necesidades de índole económico ya que su compañera, hijos y padres dependían económicamente de él.

1.2 Como fundamento fáctico de la acción, la parte demandante expuso los hechos que se resumen a continuación:

1.2.1 En virtud del Decreto 365 de 1994 y su reglamentario n.º 2974 de 1997, se permitió la conformación de grupos de vigilancia y seguridad privada denominados comúnmente como “CONVIVIR”, los cuales tenían el objeto de brindar seguridad en zonas consideradas como de alto riesgo.

1.2.2 En aplicación de la normatividad descrita, varios sujetos naturales del municipio del Alto Baudó, entre ellos el ahora accionante en reparación Jesús María Palacios Mosquera, constituyeron una asociación Convivir desde el 22 de enero de 1996.

1.2.3 El señor Palacios Mosquera, en su calidad de primer representante legal de la recién creada Convivir, el 22 de enero de 1996, solicitó al gobernador del Departamento del Chocó la correspondiente personería jurídica. Acto continuo, petitionó a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad privada con el fin de obtener la respectiva licencia de funcionamiento. Asimismo, requirió al comandante de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional para que el Comité de Armas del Ministerio de Defensa Nacional les aprobara la prestación del servicio especial de vigilancia y el porte de armas.

1.2.4 Por medio de la Resolución n.º 0079 del 5 de febrero de 1999, la gobernación del Departamento del Chocó, a partir del 22 de enero de 1996 y de forma indefinida, le otorgó personería jurídica a la Convivir en cabeza de su representante legal el señor Palacios Mosquera.

1.2.5 Jesús María Palacios Mosquera permaneció ejerciendo la representación legal de la Convivir por el tiempo de mes y medio después de la constitución de la personería jurídica, es decir, hasta marzo de 1996, fecha en que asumió el cargo el señor Román Rivas.

1.2.6 En razón a la corta permanencia en el cargo como representante legal de la convivir, el ahora accionante en reparación no conoció los resultados de las peticiones elevadas ante la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y el Ejército Nacional.

1.2.7 El 5 de junio de 2001, la fiscalía instructora, en el entendido de que no se contó con autorización legal para constituir la asociación Convivir del Alto Baudó, profirió resolución de acusación en contra de varias personas, entre ellas Jesús María Palacios Mosquera, como posibles autores del delito de concierto para delinquir en la modalidad de conformación de grupos ilegalmente armados.

1.2.8 En razón a la personería jurídica otorgada a la cooperativa, los socios entendieron que estaban habilitados para operar, máxime cuando el Ejército Nacional, el 19 de abril de 1996, le vendió a la Convivir 2 escopetas y le otorgó permiso para el porte de armas hasta el 29 de abril de 1999.

1.2.9 En el desarrollo de la investigación penal, el señor Palacios Mosquera estuvo privado de la libertad desde el 3 de marzo de 1998 hasta el 23 de julio de 2002, día en que fue liberado a causa de la sentencia absolutoria n.º 022 del 18 de julio de 2002, proferida por el Juzgado Penal Especializado de Quibdó. La absolución se produjo a consecuencia de que el procesado sólo intervino como representante legal en la etapa de conformación de la cooperativa, de suerte que apenas conoció de la obtención de la personería jurídica y no del resultado de las otras peticiones elevadas ante las autoridades correspondientes.

III. Trámite procesal

2. En escrito de **contestación de la demanda**, la Nación-Fiscalía General de la Nación adujo que, en cuanto los hechos expuestos, se atendería a lo probado en el trámite del proceso. A su vez, se opuso a las pretensiones de la demanda

por cuanto consideró que la detención del señor Jesús María Palacios Mosquera se realizó bajo las funciones propias a cargo de la entidad, previo examen serio y profundo de los indicios que obraban dentro del proceso penal. Dijo que, en consecuencia de esto, se cumplieron los requisitos sustanciales para que procediera la imposición de medida de aseguramiento. Además, que la detención que sufrió el actor no fue injusta o arbitraria, ni se configuró como una falla en el servicio o un error jurisdiccional inexcusable que comprometiera la responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación (f. 76-84, c. 1).

3. Surtido el trámite procesal correspondiente, el Tribunal Administrativo del Chocó accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda mediante **sentencia de primera instancia** del 30 de octubre de 2008, determinación que asumió a pesar de que lo dicho en la providencia penal no se adecuaba a ninguno de los presupuestos establecidos en el entonces vigente artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, sin embargo, consideró que la absolución decretada respondió a la ausencia de material probatorio que comprometiera la responsabilidad del procesado en la comisión del ilícito inculcado, es decir, que el ente investigador no logró determinar que sí lo cometió (f. 306-325, c. ppl.).

3.1 El *a quo* también advirtió que la sentencia absolutoria del proceso penal determinó la existencia de un error invencible del procesado, en cuanto a que éste creyó inequívocamente que actuaba amparado en la ley, comoquiera que le había sido expedida personería jurídica, la cual supuestamente lo facultó para conformar la cooperativa Convivir. En consecuencia, el tribunal señaló que la administración era responsable por la privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor Jesús María Palacios Mosquera, la cual no estaba en el deber jurídico de soportar, motivo por el cual debía resarcirse el daño causado a él y a su familia.

3.2 Al efecto, el tribunal reconoció por perjuicios morales el monto equivalente a ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa Jesús María Palacios Mosquera, y de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, individualmente, para su progenitora Digna Mosquera Palacios, su padre Pedro Pablo Palacios Mosquera, sus hijos Lisbeth Dayana, Andy Dayana, Sindy Johana y Jesús Janier Palacios Asprilla; y su hermano Robinson Palacios Mosquera. La parte resolutive de la sentencia indicó:

PRIMERO: DECLÁRESE administrativamente responsable a la **NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, por la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor **JESÚS MARÍA PALACIOS MOSQUERA**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENASE (sic) a la **NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, a pagar favor de las siguientes personas y a título de **perjuicios morales** las sumas de dinero que a continuación se determinan:

I.- Para JESÚS MARÍA PALACIOS MOSQUERA a (sic) título de perjuicios morales se le reconocerá la suma de ochenta Salarios Mínimos Legales Mensuales vigentes, esto es la suma de \$ 46.150.000.000.00 (sic)

“II. (sic) Para la madre del señor PALACIOS MOSQUERA JESÚS MARÍA, Señora DIGNA MOSQUERA PALACIOS, su padre PEDRO PABLO PALACIOS MOSQUERA, sus menores hijos LISBETH DAYANA PALACIOS ASPRILLA, ANDY DAYANA PALACIOS ASPRILLA Y (sic) SINDY JOHANA PALACIOS ASPRILLA Y (sic) JESÚS JANIER PALACIOS ASPRILLA, y ROBINSON PALACIOS MOSQUERA, hermano del actor, la suma de Cincuenta Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, esto es la suma de \$23,075.000.00, para cada uno.

TERCERO: DENIÉGANSE las pretensiones de perjuicios morales solicitadas a favor de **JAIME VALDERRAMA MOSQUERA y MARÍA CILIA ASPRILLA VALENCIA**, por cuanto no se probó con qué carácter comparecen en el presente proceso.

CUARTO. DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin costas.

SEXTO: A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SÉTIMO: Acéptese el impedimento manifestado por la Doctora MIRTHA ABADÍA SERNA, Magistrada de esta Corporación, para conocer del presente asunto.

Una vez en firme la presente decisión cáncelse la radicación y archívese la actuación.

5. Contra la anterior providencia, la parte demandada Nación-Fiscalía General de la Nación, el 14 de noviembre de 2008, **interpuso recurso de apelación**, el cual fue concedido por el tribunal *a quo* mediante auto del 5 de diciembre de 2008. Remitido el expediente a esta Corporación, se le otorgó el término de tres (3) días a la entidad accionada para sustentar la impugnación previamente incoada (f. 328, 331, 337, c. ppl.).

5.1 Mediante auto del 13 de marzo de 2009, en el entendido de que la entidad demandada Nación-Fiscalía General de la Nación no sustentó el recurso de alzada, se declaró desierto el mismo. A su vez, comoquiera que se encontraban satisfechos los requisitos de procedencia para el **grado jurisdiccional de consulta** establecidos en el artículo 184 del C.C.A., que son: *i)* que el proceso tuviera vocación de doble instancia, según la cuantía del mismo, *ii)* que la condena de primera instancia frente a una entidad pública sea superior a 300 S.M.L.M.V, y *iii)* que la sentencia de primera instancia no hubiera sido apelada – presupuesto cumplido en razón a que el recurso de apelación fue declarado desierto-, se le dio trámite al mismo (f. 338-341, c. ppl.).

6. Surtido el correspondiente traslado para presentar **alegatos de conclusión**, la Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado emitió concepto de fondo en el presente asunto, en el que solicitó que la sentencia fuera revocada y, en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda. Consideró que comoquiera que la parte actora no cumplió con la carga procesal de demostrar, mediante las providencias del ente investigador –decisión que impuso medida de aseguramiento y resolución de acusación-, que la actuación de la Nación-Fiscalía General de la Nación fue abiertamente arbitraria, al imponer una medida de aseguramiento que a la postre no cumplió con ningún fin constitucional, entonces no era dable predicar su responsabilidad administrativa (f. 343-351, c. ppl.).

6.1 Asimismo, arguyó que la sentencia absolutoria del proceso penal se fundamentó en que la actuación del procesado configuró un error de tipo y que, en virtud de ello, se hizo necesario aplicar una causal excluyente del delito inculpado, situación que a su juicio no se encuadra dentro de ninguno de los presupuestos establecidos para predicar la responsabilidad objetiva de la entidad por la privación de la libertad de la que fue sujeto el señor Palacios Mosquera.

7. Mediante auto del 29 de abril de 2015, la Sala de Subsección, con el fin de establecer un punto dudoso de la controversia, esto es, la relación de parentesco existente entre el demandante Jesús Janier Palacios Asprilla y el privado de la libertad Jesús María Palacios Asprilla, decretó como **prueba de oficio** el correspondiente registro civil de nacimiento del primero de ellos (f. 354, c. ppl.).

7.1 Por lo anterior, la Secretaría de la Sección envió la respectiva comunicación a la Registraduría Nacional del Estado Civil, quien mediante

memorial allegado el 23 de junio de 2015 a esta Corporación, informó que no se encontró información alguna referente al registro civil de nacimiento del demandante Jesús Janier Palacios Asprilla, en los siguientes términos:

*En atención a su solicitud, de manera atenta le comunico que con fundamento en los detalles suministrados por usted, se efectuó la búsqueda en el sistema de información de registro civil (SIRC), y no se encontró información sobre el registro civil de nacimiento de **JESÚS JANIER PALACIOS ASPRILLA** (f. 356, c. ppl.).*

7.2 En el entendido de que dicho documento resultaba indispensable para acreditar la relación de parentesco entre el referido demandante y el privado de la libertad, el despacho, por medio de providencia fechada el 12 de agosto de 2015, dispuso que se intentara nuevamente la obtención de la prueba, para lo cual, la Secretaría de la Sección requirió nuevamente a la Registraduría Nacional del Estado Civil (f. 360, c. ppl.).

7.3 Dicha entidad, mediante memorial recibido en esta Corporación el 21 de septiembre de 2015, allegó erróneamente el registro civil de nacimiento del privado de la libertad Jesús María Palacios Mosquera¹ y no el del demandante Jesús Janier Palacios Asprilla, el cual era el efectivamente requerido (f. 362-363, c. ppl.).

CONSIDERACIONES

IV. Competencia

¹ El cual ya obraba en el plenario –ver párrafo 9.6-.

8. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en razón del grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, dado que la cuantía de la condena supera aquella exigida para el efecto –300 salarios mínimos legales mensuales vigentes²– al momento de proferir la sentencia de primera instancia, contra la cual, como ya se dijo, se entiende que no fue interpuesto recurso alguno por las partes.

8.1 A su vez, la Sala observa que es competente para resolver el *sub judice*, iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa, en atención a la naturaleza del asunto, toda vez que la Ley 270 de 1996 desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad. Además, fijó en cabeza de los tribunales administrativos la competencia para conocer de tales asuntos en primera instancia y, en segunda instancia, en el Consejo de Estado, sin que sea relevante consideración alguna relacionada con la cuantía³.

V. Hechos probados

9. De conformidad con las pruebas incorporadas al expediente, las cuales son susceptibles de valoración probatoria porque fueron aportadas en cumplimiento de los presupuestos procesales, los hechos que dan lugar a la presente actuación se pueden presentar de la siguiente forma:

² La sentencia proferida por el *a quo* reconoció, por perjuicios morales, el monto total equivalente a 430 S.M.L.M.V. para los demandantes.

³ Para tal efecto puede consultarse el auto proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 9 de septiembre de 2008, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 11001-03-26-000-2008-00009-00, actor: Luz Elena Muñoz y otros.

9.1 El ente instructor –Fiscalía- definió la situación jurídica de Jesús María Palacios Mosquera profiriendo en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de libertad provisional, toda vez que lo consideró como posible autor del delito de pertenencia a grupos de justicia privada⁴ (f. 88-89, c. 1. Sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Penal de Circuito Especializado de Quibdó el 18 de julio de 2002).

9.2 El 5 de enero de 2001, a Jesús María Palacios Mosquera se le otorgó la libertad provisional respecto de una investigación penal por el delito de homicidio, sin embargo, desde esa fecha continuó con medida de aseguramiento en establecimiento carcelario respecto del proceso adelantado ante la Unidad de Fiscalía de Derechos Humanos de Bogotá por el delito de concierto para delinquir en la modalidad de conformación de grupos ilegalmente armados (f. 301, c. 2. Certificación expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC).

9.3 La Fiscalía, mediante decisión fechada el 5 de junio de 2001, emitió resolución de acusación contra Jesús María Palacios Mosquera por la presunta comisión del punible de pertenencia o vinculación a grupos ilegalmente armados o de justicia privada⁵ (f. 89, c. 1. Sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Penal de Circuito Especializado de Quibdó el 18 de julio de 2002).

9.4 El Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó, mediante sentencia fechada el 18 de julio de 2002, absolvió a Jesús María Palacios Mosquera del proceso penal adelantado en su contra por el delito de concierto

⁴ Comoquiera que no existe copia de la providencia aludida, se toma como cierto lo consignado en el acápite denominado “*HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL*” de la sentencia penal referenciada.

⁵ Toda vez que no existe copia de la providencia mencionada, se toma como cierto lo establecido en el acápite denominado “*HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL*” de la sentencia penal referida.

para delinquir en la modalidad de conformación de grupos ilegalmente armados (f. 88-120, c. 1)⁶. La providencia se construyó de la siguiente forma:

9.4.1 Se precisó que la investigación penal tuvo su origen en el hecho de que la asociación Convivir del Alto Baudó realizó funciones de vigilancia y seguridad privada sin contar con la respectiva autorización para ello, por lo que se vinculó, entre otras personas, al señor Palacios Mosquera a las pesquisas adelantadas, al considerarse que participó en su conformación.

9.4.2 Se dijo que en virtud del Decreto 365 de 1994 y su reglamentario el 2974 de 1997, se instituyó la facultad de crear grupos de vigilancia y seguridad privada, los cuales cumplirían con la función de brindar seguridad en zonas de alto riesgo, como lo era el departamento del Chocó. Frente a lo que Jesús María Palacios Mosquera, al igual que otras personas oriundas del Alto Baudó, decidieron, según la normatividad descrita, crear una asociación para tal fin.

9.4.3 También, se consideró probado que el señor Palacios Mosquera fue el primer representante legal de la recientemente creada Convivir y que, además, solicitó la personería jurídica al gobernador de la época, la licencia de funcionamiento a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, y el permiso ante el Ejército Nacional. Igualmente, se determinó que mientras permaneció en ese cargo –representante legal por el término de un mes y medio aproximadamente- la única respuesta que obtuvo a las peticiones, fue una favorable respecto de la personería jurídica. Respecto de los otros requerimientos, se comprobó que cuando fueron resueltos positivamente, Jesús María Palacios Mosquera ya no hacía parte de la Convivir del Alto Baudó.

⁶ Providencia ejecutoriada el 29 de julio de 2002 (f. 87, c. 1. Certificación expedida por la secretaría del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó).

9.4.4 Del mismo modo, se arguyó que la obtención de la personería jurídica, la venta de armas a la asociación por el Ejército Nacional y el permiso dado para el porte de las mismas, creó el errado convencimiento en los procesados de que la Convivir podía desarrollar legítimamente sus funciones, máxime cuando no solo el gobernador de la época y el estamento militar, sino funcionarios del D.A.S., de la Policía Nacional, de la Fiscalía General de la Nación y del C.T.I., les dieron tratamiento de legalidad.

9.4.5 Se concluyó, para determinar la absolución del procesado, que existió un error invencible en cuanto a la comisión del delito inculcado, fenómeno previsto en el numeral 10, artículo 32 del Código Penal, aplicado en el entendido de que el procesado tuvo plena convicción de la legalidad de la Convivir y, en consecuencia, no incurrió en el punible por el que se le investigó. Se sostuvo:

*Todo lo hasta ahora esbozado muestra con claridad meridiana que los aquí sindicados actuaron bajo un error de tipo, fenómeno previsto en el numeral 10 del artículo 32 del C. Penal, toda vez **que obraron con la convicción errada e invencible de que no concurría en su conducta el hecho constitutivo de la descripción típica.** Siendo el error la falsa representación o la discordancia entre lo que se cree y se sabe y la realidad, hay mérito a considerar que esa falsa representación en que incurrieron los acusados, recayó respecto de uno de los elementos normativos del tipo penal descrito en el artículo 340 del estatuto punitivo, ya que desconocían la ilegalidad de la Convivir para funcionar como cooperativa de vigilancia y seguridad, por carecer de licencia.*

Teniendo en cuenta el cúmulo de aspectos que concurrieron, los cuales se consignaron en precedencia, se considera que el error en que incurrieron los acusados tiene el carácter de invencible, puesto que ni aplicando un riguroso cuidado habría sido posible eliminarlo, cualquier hombre medio en las mismas circunstancia (sic) hubiese también considerado que la cooperativa Convivir contaba con permiso para desarrollar funciones especiales de seguridad.

9.5 Jesús María Palacios Mosquera estuvo privado de la libertad hasta el 23 de julio de 2002, es decir, el tiempo total de reclusión fue de 18.8 meses –desde el 5 de enero de 2001 hasta el 23 de julio de 2002- (f. 301, c. 2. Certificación expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC).

9.6 Jesús María Palacios Mosquera es hijo de Digna Mosquera Palacios y Pedro Pablo Palacios Robledo (f. 239, c. 1. Certificado de registro civil de nacimiento).

9.7 Lisbeth Dayana Palacios Asprilla, Andy Dayana Palacios Asprilla y Sindy Johana Palacios Asprilla, son hijas de Jesús María Palacios Mosquera (f. 232-234, c. 1. Certificados de registro civil de nacimiento).

9.8 Robinson Palacios Mosquera es hijo de Digna Mosquera Palacios y Pedro Pablo Palacios Robledo, por lo que es hermano de Jesús María Palacios Mosquera (f. 235, c. 1. Certificado de registro civil de nacimiento).

VI. Problema jurídico

10. En el marco del grado jurisdiccional de consulta, corresponde a la Sala determinar si, en el presente caso, se probó la responsabilidad patrimonial imputada a la Nación-Fiscalía General de la Nación, por la privación de la libertad de la que fue sujeto el señor Jesús María Palacios Mosquera entre el 5 de enero de 2001 y el 23 de julio de 2002.

9.1 En el evento en que se concluya la configuración de la responsabilidad del ente a favor del cual se tramitó la presente consulta, la Sala procederá a verificar que la condena impuesta sea adecuada.

VII. Análisis de la Sala

11. De conformidad con los hechos probados, la Sala advierte que está debidamente acreditado que Jesús María Palacios Mosquera fue privado de su

libertad a órdenes la Nación-Fiscalía General de la Nación desde enero 5 de 2001 hasta julio 23 de 2002, cuando efectivamente se le dejó en libertad a causa de la sentencia absolutoria proferida el 18 de julio de 2002 por el Juzgado Penal del Circuito de Especializado de Quibdó.

12. Así las cosas, se encuentra demostrada la configuración de un **daño** en cabeza de Jesús María Palacios Mosquera, sus hijas Lisbeth Dayana, Andy Dayana y Sindy Johana Palacios Asprilla; sus progenitores Digna Mosquera Palacios y Pedro Pablo Palacios Robledo; y su hermano Robinson Palacios Mosquera, toda vez que de acuerdo a las reglas de la experiencia, del parentesco se infiere el sentimiento de pena por la detención propia y la del familiar cercano. Reitera la Sala que, para el reconocimiento del daño moral, la parte demandante tiene el deber mínimo de probar su existencia (artículo 177 C.P.C.), y que la prueba de parentesco constituye un indicio para derivar la afectación moral. Al respecto la Sala ha Señalado:

Para la Sala es razonable inferir la existencia de un daño moral sufrido por una persona que, como el señor Juan Alberto Caicedo, ha sido privada de su libertad. Igualmente, la Sala tiene establecido que si se acredita el nexo de parentesco entre dos personas, también es posible inferir el perjuicio padecido indirectamente por una persona, debido al daño irrogado a un ser querido como víctima directa del actuar lesivo de la administración⁷.

13. En lo atinente al **régimen de responsabilidad** aplicable al presente caso, para la Sala es claro que la absolución de la investigación adelantada en contra del señor Palacios Mosquera por el delito concierto para delinquir en la modalidad de conformación de grupos ilegalmente armados, se produjo por la existencia de un error invencible en cuanto a un elemento normativo del tipo penal inculcado, comoquiera que la conducta del procesado, en el entendido de que tuvo plena convicción de la legalidad de la Convivir que ayudó a constituir,

⁷ Sentencia del 12 de mayo de 2011, exp. 18902, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

no pudo ser dolosa y, en esa lógica, no incurrió en la conducta penal que le fue imputada (*supra* párr. 8.4).

14. Al respecto, se debe precisar que antes de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, el fundamento legal de la responsabilidad a cargo del Estado por daños causados por la privación injusta de la libertad, estaba constituido por el contenido del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991:

Art. 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiese sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.

15. En interpretación de dicho artículo, el criterio de esta Corporación en relación con la responsabilidad que le asiste al Estado por los casos de injusta privación de la libertad, es el siguiente:

En este orden de ideas, se señala que de manera unánime, la Sala ha adoptado el criterio conforme al cual quien hubiera sido sometido a medida de aseguramiento de detención preventiva, pero finalmente hubiera sido exonerado de responsabilidad mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente^[1]⁸, con fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que dicha medida le hubiera causado, sin necesidad de acreditar que la misma fue ilegal, errada, o arbitraria, dado que en dicha norma el legislador calificó a priori la detención preventiva como injusta.

En otros términos, cuando en la decisión penal definitiva favorable al sindicado, el juez concluye que las pruebas que obran en el expediente le

⁸ [1] A juicio de la Sala, el derecho a la indemnización por detención preventiva debe ser el mismo cuando el proceso termine no sólo por sentencia absolutoria, sino anticipadamente por preclusión de la investigación (art. 443) o auto de cesación de procedimiento (art. 36), por cuanto éstas son decisiones equivalentes a aquélla para estos efectos. Ver, por ejemplo, sentencia de 14 de marzo y 4 de mayo de 2002, exp: 12.076 y 13.038, respectivamente, y de 2 de mayo de 2002, exp: 13.449.

dan certeza de que el hecho no existió, o de que de haber existido, no era constitutivo de hecho punible, o de que el sindicado no fue el autor del mismo, la medida de aseguramiento de detención preventiva que en razón de ese proceso se le hubiera impuesto deviene injusta y por lo tanto, habrá lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que la misma le hubiera causado, tanto al sindicado, como a todas las demás personas que demuestren haber sido afectadas con ese hecho, sin que para llegar a esa conclusión, en los precisos términos del último aparte de la norma citada, se requiera realizar ninguna otra indagación sobre la legalidad de la medida de aseguramiento que le fue impuesta a aquél⁹.

16. No obstante lo expuesto, es preciso advertir que para el momento en el que quedó en firme la absolución a favor del demandante -29 de julio de 2002-, ya había entrado en vigencia el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, que establece que “(...) *quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado en reparación de perjuicios*”, circunstancia sobre la cual se consideró que no impedía abordar la responsabilidad de la demandada con fundamento en el criterio previamente referido.

17. En efecto, al revisar el proyecto de dicha ley estatutaria, la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996¹⁰, condicionó la declaratoria de exequibilidad del que sería el artículo 68, en estos términos:

Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 60, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que

⁹ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia del 6 de abril de 2011, exp. 20942, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención (...).

Bajo estas condiciones, el artículo se declarará exequible.

18. Frente a lo anterior, la Sala ha considerado¹¹ que si bien el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos en los cuales la actuación de cualquiera de sus ramas u órganos hubiera sido “*abiertamente arbitraria*”, dicha disposición no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto estos no tengan el deber jurídico de soportarlos, como sucede con todos aquéllos daños que sufren las personas que son privadas de la libertad durante una investigación penal, a pesar de no haber cometido ningún hecho punible.

19. Así pues, el caso bajo estudio implica una responsabilidad de carácter objetivo, en la que no es necesaria la demostración de un error cometido por la autoridad judicial, al perjudicado le basta con demostrar que se impuso en su contra una medida privativa de la libertad en el trámite de un proceso judicial, que dicho proceso culminó con decisión favorable a su inocencia, así como el daño surgido a causa de la detención, para que con esa demostración surja a cargo de la administración la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el ciudadano. Bajo esa óptica, deberán analizarse los presupuestos para que pueda declararse responsabilidad en contra de la entidad demandada en el *sub*

¹¹ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia de abril 6 de 2011, exp. 21653, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

lite.

20. Con respecto a la carga probatoria del demandante en el caso que se analiza, el Consejo de Estado ha reiterado que corresponde a la parte actora acreditar los elementos que configuran la responsabilidad, a saber: actuación del Estado, daño antijurídico e imputación, elementos que se encuentran suficientemente acreditados en el expediente con la prueba de la privación de la libertad y la posterior sentencia absolutoria a favor del demandante, pues fue una decisión de la Fiscalía General de la Nación, la que determinó que Jesús María Palacios Mosquera estuviese privado de su libertad, hasta demostrarse que no cometió el ilícito que se le inculpó. En cambio, es a la parte accionada a quien le corresponde demostrar, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, si se ha dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiere entenderse configurada la causal de exoneración por hecho exclusivo y determinante de la víctima.

21. Como se trató de una imputación penal contra Jesús María Palacios Mosquera, que culminó con sentencia absolutoria a su favor debido a que el sindicado no incurrió en el tipo penal por el que se le acusó, y teniendo en cuenta que las entidades demandadas se abstuvieron de demostrar que la privación de la libertad del demandante hubiera ocurrido como consecuencia de la culpa exclusiva de la víctima, entonces la Sala concluye que en el presente caso se dan todos los presupuestos para que pueda predicarse responsabilidad a cargo de la parte demandada, a la cual le son imputables los perjuicios padecidos como consecuencia de la medida judicial, en cuanto que la privación de la libertad fue una carga que el señor Palacios Mosquera no estaba llamado a soportar.

22. La responsabilidad patrimonial por el daño causado es imputable a la Nación–Fiscalía General de la Nación, pues en virtud de las actuaciones de ésta

última entidad se generó el hecho dañoso, consistente en la privación de la libertad de Jesús María Palacios Mosquera.

23. Habida cuenta de que el Tribunal Administrativo del Chocó emitió sentencia que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, entonces la Sala, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte con la presente providencia, el cual le otorga la facultad de revisar la legalidad de la condena impuesta a la Nación, en favor de sus intereses patrimoniales, pasa a estudiar si es procedente modificar las condenas decretadas en primera instancia.

VIII. Perjuicios morales

24. La sentencia de primera instancia reconoció los perjuicios morales causados al señor Jesús María Palacios Mosquera como consecuencia de su detención y ordenó indemnizarlo con la suma equivalente a 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por tal concepto también ordenó indemnizar a Digna Mosquera Palacios, Pedro Pablo Palacios Robledo, Lisbeth Dayana Palacios Asprilla, Andy Dayana Palacios Asprilla, Sindy Jhoana Palacios Asprilla, Jesús Janier Palacios Asprilla y Robinson Palacios Mosquera, con cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos. Así las cosas, se verificará si la condena impuesta, por una parte, es adecuada y, de otro lado, si es ajustada al siguiente criterio jurisprudencial:

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 Administrativo – 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	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		50% del	35% del	25% del	15% del
en meses		Porcentaje de la Víctima directa	Porcentaje de la Víctima directa	Porcentaje de la Víctima directa	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

Así pues, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de establecer los parámetros para cuantificar la indemnización por perjuicios morales derivados de la privación injusta de la libertad de un ciudadano, teniendo en cuenta para el efecto el período de privación de tal Derecho Fundamental y el nivel de afectación, esto es de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño y aquellos que acuden a la Justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, según el gráfico antes descrito¹².

25. De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta que en este caso la detención se prolongó injustificadamente durante 18.8 meses –esto es desde el 5 de enero de 2001 hasta el 23 de julio de 2002.- (*supra* párr. 9.5), la indemnización correspondiente para la víctima directa sería la suma equivalente a 100 S.M.L.M.V., tal como se estipuló para los casos en que la detención es “*superior a 18 meses*”. No obstante lo anterior, si bien la condena impuesta a favor del señor Palacios Mosquera -80 S.M.L.M.V.-, resulta inferior al criterio fijado jurisprudencialmente por esta Corporación, lo procedente es confirmar dicha suma.

26. Cabe advertir que en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se realiza con la presente providencia, la competencia del Consejo de Estado respecto de la sentencia de primera instancia no es ilimitada, toda vez que de

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 2002-02548 (36149), C.P. (E) Hernán Andrade Rincón.

conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 del C.C.A¹³, la consulta se entiende interpuesta en favor de la entidad condenada en primera instancia y por consiguiente, no resulta viable hacer más gravosa su situación.

27. De igual forma, la sentencia de primera instancia reconoció a Digna Mosquera Palacios, Pedro Pablo Palacios Robledo, Lisbeth Dayana Palacios Asprilla, Andy Dayana Palacios Asprilla, Sindy Jhoana Palacios Asprilla, Jesús Janier Palacios Asprilla y Robinson Palacios Mosquera, en sus supuestas calidades, respectivamente, de progenitores, hijos y hermano del privado de la libertad, el monto de 50 S.M.L.M.V. La Sala advierte que se encuentra debidamente acreditado que los demandantes Digna Mosquera Palacios y Pedro Pablo Palacios Robledo, son los padres del señor Jesús María Palacios Mosquera *-(supra párr. 9.6)-*; asimismo, que Lisbeth Dayana Palacios Asprilla, Andy Dayana Palacios Asprilla y Sindy Jhoana Palacios Asprilla son sus hijas *-(supra párr. 9.7)-*; y que Robinson Palacios Mosquera es su hermano *-(supra párr. 9.8)-*, motivo por el cual se infiere su congoja y dolor por la privación injusta de la libertad de un ser querido.

28. En cuanto al caso del señor Jesús Janier Palacios Asprilla, quien se identificó como hijo del señor Jesús María Palacios Mosquera, la Sala no comparte la condena impuesta a su favor por el tribunal, comoquiera que su parentesco, pese a que se intentó infructuosamente que se allegara su registro civil de nacimiento *(supra párr. 7, 7.1, 7.2, 7.3)*, no se encuentra acreditado dentro del plenario, motivo por el cual se negará el reconocimiento de ésta indemnización.

¹³*“Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.// Las sentencias que impongan condena en abstracto sólo serán consultables junto con el auto que las liquide, en los eventos del inciso anterior (...) La consulta se tramitará y decidirá previo traslado común por cinco (5) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito y se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades o del representado por curador ad litem (...)”*

29. Ahora, cabe señalar que de conformidad con la jurisprudencia contencioso administrativa de unificación ya referida, en el evento de las relaciones afectivas de primer nivel, en las que se encuentran los padres¹⁴ y los hijos¹⁵, la condena que se debería imponer a su favor en el *sub judice* sería la de 100 S.M.L.M.V. Sin embargo, según la lógica anteriormente expuesta, a pesar de que la indemnización que se confirió -50 S.M.L.M.V.- resulta inferior a los montos fijados por esta Corporación¹⁶, lo procedente es confirmar la suma otorgada en aras de no agravar la situación de la entidad condenada.

30. Sobre la indemnización a favor de Robinson Palacios Mosquera, hermano del privado de la libertad, se precisa que efectivamente el monto concedido -50 S.M.L.M.V.-, resulta ajustado a los criterios enunciados¹⁷, razón por la cual se confirmará la condena del *a quo* por este concepto.

IX. Costas

31. El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de las partes dentro del proceso, razón por la cual no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso

¹⁴ Digna Mosquera Palacios y Pedro Pablo Palacios Robledo, a quienes se les reconoció la suma equivalente a 50 S.M.L.M.V.

¹⁵ Lisbeth Dayana Palacios Asprilla, Andy Dayana Palacios Asprilla y Sindy Jhoana Palacios Asprilla, a quienes se les otorgó la suma equivalente a 50 S.M.L.M.V.

¹⁶ En el caso de los padres y los hijos, la jurisprudencia contencioso administrativa determinó que estos se ubican en el nivel 1 de relación paterno-filial y, en consecuencia, les corresponde una suma equivalente a la estipulada para la víctima directa.

¹⁷ En el caso de los hermanos, la jurisprudencia contencioso administrativa determinó que estos se ubican en el nivel 2, es decir, parientes en el 2º grado de consanguinidad y, en consecuencia, les corresponde una suma equivalente al 50% de la estipulada para la víctima directa.

Administrativo, Sección Tercera –Subsección “B”-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

MODIFICAR la sentencia del 30 de octubre de 2008 proferida en la primera instancia del presente proceso por el Tribunal Administrativo del Chocó, la cual quedará así:

PRIMERO. DECLÁRESE patrimonial y administrativamente responsable a la Nación-Fiscalía General de la Nación por los perjuicios ocasionados a Digna Mosquera Palacios, Pedro Pablo Palacios Robledo, Lisbeth Dayana Palacios Asprilla, Andy Dayana Palacios Asprilla, Sindy Jhoana Palacios Asprilla, Robinson Palacios Mosquera y Jesús María Palacios Mosquera, como consecuencia de la injusta privación de la libertad de la que fue sujeto éste último.

SEGUNDO. Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad, **CONDÉNESE** a la Nación-Fiscalía General de la Nación a pagar las siguientes sumas de dinero bajo el título de indemnización de perjuicios:

Perjuicios morales:

- Al señor Jesús María Palacios Mosquera (víctima-privado de la libertad) la

suma equivalente a ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- A Digna Mosquera Palacios (madre), Pedro Pablo Palacios Robledo (padre), Lisbeth Dayana Palacios Asprilla (hija), Andy Dayana Palacios Asprilla (hija), Sindy Jhoana Palacios Asprilla (hija) y Robinson Palacios Mosquera (hermano), la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos.

TERCERO. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO. Sin condena en costas.

QUINTO. Por secretaría **EXPÍDANSE** copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, las cuales se entregarán a quien acredite estar actuando como apoderado judicial dentro del proceso.

SEXTO. Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de primera instancia para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala de Subsección



Magistrada

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado