

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 1 de 26

1. OBJETIVOS

Señalar algunos parámetros de defensa en relación con los daños y perjuicios cuya indemnización se solicita en las demandas y que constituyen el fundamento de las condenas que se profieren en contra de la Fiscalía General de la Nación en los procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad.

Utilizar estos parámetros de defensa en las etapas procesales en las que se ejerce la defensa de la Fiscalía General de la Nación, como lo son la contestación de la demanda, los alegatos de conclusión de primera y segunda instancia y el recurso de apelación en contra de una Sentencia desfavorable para la Entidad.

2. ASPECTOS RELEVANTES

Para efectos de establecer los parámetros de defensa judicial en relación con daños y perjuicios, es preciso desarrollar los siguientes aspectos:

- Definir los conceptos de daño y perjuicio y exponer la clasificación de este último en perjuicios inmateriales y materiales.
- Ubicar estos conceptos dentro de los asuntos de privación injusta de la libertad.

Con base en los conceptos estudiados y su ubicación dentro de esta categoría de procesos, señalar algunos parámetros de defensa que permitirán rebatir los daños y perjuicios cuya reparación se solicita en las demandas o constituyen el fundamento de las condenas que se profieren en contra de esta Entidad.

3. TÉRMINOS Y DEFINICIONES

En este acápite, se expondrá, en primer lugar, el concepto de daño y las características que debe cumplir para que resulte indemnizable en los términos del artículo 90 de la Constitución Política. En segundo lugar, se explicará el concepto de perjuicios y su clasificación en perjuicios materiales e inmateriales. En relación con los segundos, se expondrá la clasificación que adoptó el Consejo de Estado hasta antes de las

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 2 de 26

sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014¹ y la que estableció esa Corporación Judicial con posterioridad a esas providencias.

Daño: Consiste en toda lesión a un interés legítimo² o a un derecho de contenido constitucional o convencional. En los procesos de responsabilidad en contra del Estado, el artículo 90 de la Constitución Política establece que el daño debe tener el carácter de antijurídico³.

Carácter antijurídico del daño: El carácter antijurídico se refiere a que la persona que padeció el daño no se encuentra en el deber constitucional y legal de soportarlo⁴. En este sentido, si el daño ostenta el carácter de antijurídico y resulta imputable a la Nación, el particular tendrá derecho a una indemnización.

Perjuicios: Son las consecuencias jurídicas que surgen a partir de la ocurrencia de un daño⁵. Estas consecuencias se clasifican en: (i) perjuicios inmateriales que se caracterizan por no tener una valoración económica o pecuniaria y (ii) perjuicios materiales que tienen una naturaleza económica o pecuniaria y se relacionan con los conceptos de daño emergente y lucro cesante.

Antes de las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, el Consejo de Estado entendía que dentro de la categoría de perjuicios inmateriales, se encontraban los conceptos de perjuicio moral y daño a la vida en relación. No obstante, a partir de estas sentencias fue suprimido este último concepto e incluidos los de i) daño a la salud y ii)

¹ El 28 de agosto de 2014, la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió nueve (9) sentencias en las que unificó la clasificación de los perjuicios inmateriales y los parámetros para su indemnización.

² M'Causland Sánchez, María Cecilia "Tipología y reparación del daño no patrimonial" Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008. Pág. 14

³ El inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política establece: El Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos** que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas" [Resaltado por fuera del texto].

⁴ Así lo precisó la Corte Constitucional en la Sentencia C-033 de 1996, en los siguientes términos: "**El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo**. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración" [Resaltado por fuera del texto].

⁵ La distinción entre los conceptos de daño y perjuicio fue citada en el libro "La reparación del daño como mecanismo de tutela a la persona" de Milagros Koteich Khatib. (Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013. Pág. 113), en los siguientes términos: "(...) la distinción entre el daño y el perjuicio, por la que aboga parte de la doctrina francesa aduciendo que "el primero designa la lesión sufrida, un hecho, a secas; mientras que el segundo constituye la consecuencia jurídica de dicha lesión, y por ende, un concepto jurídico".

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 3 de 26

lesión de derechos constitucionales y convencionalmente amparados. A continuación, se explicarán cada una de estas categorías y los conceptos que las integran.

Perjuicios inmateriales: Esta categoría de perjuicios se refiere a las consecuencias negativas en el ámbito interno y externo de una persona a partir de la ocurrencia de un daño. Estos perjuicios no tienen una naturaleza económica y, por lo tanto, no se les puede medir en dinero⁶. A continuación, se exponen los conceptos que el Consejo de Estado ha incluido dentro de esta categoría de perjuicios:

- a. **Clasificación anterior a las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014:** Antes de estos fallos de unificación, la Jurisdicción Contencioso Administrativa entendía que dentro de la categoría de perjuicios inmateriales, se incluían los conceptos de i) perjuicio moral y ii) daño a la vida en relación.
 - **Perjuicio moral:** Este perjuicio se refiere al sufrimiento y la aflicción que padece una persona como consecuencia de la ocurrencia de un daño. Por regla general, el valor económico para indemnizar este perjuicio dependerá del criterio del juez, quien deberá tener en cuenta el nivel de intensidad y gravedad en la que se presentó el perjuicio⁷ y, por regla general, no podrá superar la cuantía de 100 SMLMV⁸.
 - **Daño a la vida de relación:** Esta categoría de perjuicio inmaterial, se refiere a las consecuencias negativas que se reflejan en la vida exterior de la persona que padeció el daño, sus familiares o los terceros. Este tipo de consecuencias pueden consistir en la imposibilidad o dificultad que significa para esas personas desempeñar actividades rutinarias o placenteras que solían ejecutar sin dificultad, antes de la ocurrencia del daño⁹.

⁶ Henao Pérez, Juan Carlos: "El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés". Universidad Externado de Colombia. 1.999. P. 231.

⁷ El profesor Juan Carlos Henao Pérez, se refiere al perjuicio moral en los siguientes términos: "[S]u campo es tan amplio que basta que el juez tenga la convicción de que la víctima padeció una aflicción o una tristeza, producida por el hecho dañino, para que la indemnización proceda. El daño es entonces el dolor, la congoja, el sufrimiento, la aflicción compensables con una suma de dinero o mediante otra forma decidida por el juez" [Pág. 244].

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2001. C.P. Alier Hernández Enríquez. Exp. No. 15.646.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. No. 11.842. citada en el libro "Tipología y reparación del daño no patrimonial" Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008. Pág. 60.

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 4 de 26

La indemnización de ese perjuicio dependerá del criterio del juez. No obstante, el Consejo de Estado estableció los siguientes límites indemnizatorios para los eventos en que este perjuicio se presenta en su máxima intensidad: (i) 400 SMLMV para la víctima directa; (ii) 200 SMLMV para los padres y (iii) 100 SMLMV para los hermanos y otros parientes¹⁰.

- b. Clasificación del perjuicio inmaterial a partir de las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014:** En esas sentencias de unificación, el Consejo de Estado desechó el concepto de daño a la vida en relación pero mantuvo el concepto de perjuicio moral. Así mismo, dentro de la categoría de perjuicios inmateriales incluyó los conceptos de daño a la salud y lesión de derechos constitucional y convencionalmente amparados.

En este sentido, nos referiremos a los dos últimos conceptos en atención a que la definición de perjuicio moral fue expuesta en literal anterior.

- **Daño a la salud:** Se refiere a cualquier lesión a la integridad psíquica, física o corporal de la persona que padece un daño. En este sentido, únicamente, la persona que padece este tipo de lesiones tendrá derecho a su indemnización, más no los perjudicados¹¹.

La indemnización de este concepto oscila entre 10 SMLMV y 100 SMLMV. Sin embargo, el juez puede incrementar la indemnización hasta 400 SMLMV, en los casos de gravedad extrema de la lesión, siempre que se encuentre debidamente acreditada en el curso del proceso¹².

- **Lesión de bienes de contenido constitucional y convencional:** Este concepto se relaciona con aquella lesión de bienes o derechos tutelados por el ordenamiento constitucional o convencional, diferentes a la salud¹³.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2007. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. No. 30.114

¹¹ Milagros Koteich Khatib, "La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona". Ed. Universidad Externado de Colombia, febrero de 2013. P. 23.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. No. 28.832.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014. C.P. Stella Conto Diaz del Castillo. Exp. No. 28.804.

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 5 de 26

La indemnización de estos daños se satisface –por regla general- a través de medidas de reparación integral que suponen una obligación de hacer, a cargo de la Entidad Pública demandada (Ej. La realización de un acto público en donde se reconozca responsabilidad y se ofrezcan disculpas a los perjudicados). En casos excepcionales, cuando estas medidas no reparan, de manera integral, el derecho lesionado, el juez podrá fijar una indemnización de hasta 100 SMLMV a favor de la víctima directa.

c. Perjuicios materiales: Esta categoría de perjuicios consisten en las consecuencias de contenido económico que se producen en el patrimonio de la víctima directa y/o de los perjudicados. Estos perjuicios, se conocen como daño emergente y lucro cesante y se encuentran establecidos en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil.

- **Daño emergente:** Este perjuicio se refiere a las pérdidas o a la disminución del patrimonio de la víctima directa o de los perjudicados a causa del daño. En otros términos, el daño emergente se refiere a los bienes de contenido económico (dinero, cosas o servicios) que salieron del patrimonio de la víctima directa o de los perjudicados, en razón a la ocurrencia de un daño¹⁴.
- **Lucro cesante:** Este concepto se relaciona con los bienes económicos (dinero, cosas o servicios) que en el curso normal de los acontecimientos ingresarían en el patrimonio de la víctima directa o de los perjudicados y, no ingresaron como consecuencia de la ocurrencia de un daño¹⁵.

4. DESARROLLO

En este acápite, se ubicarán los conceptos estudiados en el acápite de definiciones en los procesos de privación injusta de la libertad y se formularán algunos parámetros de

¹⁴ En su obra, el autor Juan Carlos Henao Pérez se refiere a la diferencia entre los conceptos de daño emergente y lucro cesante, en los siguientes términos: “[H]ay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas o servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario, hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima” [Pág. 197].

¹⁵ *Ibidem*.

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 6 de 26

defensa con base en estas definiciones. Como antes se dijo, estos parámetros de defensa permitirán rebatir los perjuicios cuya indemnización se solicita en la demanda, su escrito de modificación o adición, y que constituyen el fundamento de las condenas que se profieren en contra de la Fiscalía General de la Nación.

4.1. EXISTENCIA DE UN DAÑO:

Ubicación del concepto: En los asuntos de privación injusta de la libertad, el daño consiste en la lesión del derecho fundamental a la libertad. En efecto, si una persona es privada de la libertad en virtud de una medida de aseguramiento de detención preventiva, necesariamente se afectará este derecho fundamental¹⁶.

Parámetros de defensa: Para verificar si la lesión de este derecho se encuentra demostrada en el proceso contencioso administrativo, se recomienda revisar si dentro de las pruebas aportadas con la demanda, su escrito de adición o modificación, se encuentran los siguientes documentos.

- (i) Una certificación proferida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (en adelante INPEC), en donde conste el periodo en el que la víctima directa estuvo privado de la libertad.
- (ii) Copia de las actas de derechos del capturado y de compromiso firmados por la víctima directa. Estos documentos resultan relevantes para demostrar el tiempo exacto de privación de la libertad, en atención a que se suscriben por el investigado en el momento en que es capturado y dejado en libertad.

En el evento en que estos documentos no sean aportados como pruebas dentro del proceso contencioso administrativo, se recomienda que en el momento de ejercer la defensa de la Entidad, se advierta la falta de prueba de un daño consistente en la privación de la libertad.

¹⁶ En los procesos de privación injusta de la libertad, el daño además de recaer sobre el derecho fundamental a la libertad, también puede recaer sobre otros derechos como el derecho a la familia, al trabajo, a la honra, buen nombre, dignidad humana, entre otros.

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 7 de 26

Si se tiene en cuenta que la existencia de un daño es un elemento estructural en los procesos de responsabilidad del Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la falta de demostración de este elemento permitirá absolver de responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación.

4.2. VERIFICAR SI EL DAÑO TIENE EL CARÁCTER DE ANTIJURÍDICO

En los eventos en que los referidos documentos fueron aportados como pruebas dentro del proceso, la privación de la libertad se encontrará demostrada y ahora deberá verificarse si ese daño tiene el carácter de antijurídico.

Ubicación: En los asuntos de privación injusta de la libertad, el daño adquiere esta connotación si la persona que fue privada de la libertad resultó absuelta al finalizar el proceso penal que se adelantó en su contra y, esta decisión se encuentra en firme¹⁷.

Parámetros de defensa: En este sentido, se sugiere verificar si fueron aportados como prueba, los siguientes documentos:

- ✓ Copia simple de la sentencia absolutoria a favor de la víctima directa o de la decisión de preclusión de la investigación (o su equivalente).
- ✓ Constancia de ejecutoria de las decisiones anteriores.

En el evento en que dichos documentos no obren como pruebas dentro del proceso contencioso administrativo, se recomienda proponer, en la contestación de la demanda o en el recurso de apelación en contra de una sentencia desfavorable para la Entidad, la falta de prueba del carácter antijurídico del daño.

¹⁷ La Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia del 7 de octubre de 2014, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, señaló: “Empero, la injusticia de la privación de la libertad en éstos —como en otros— eventos no deriva de la antijuridicidad o de la ilicitud del proceder del aparato judicial o de sus funcionarios, sino de la consideración consistente en que la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar los daños que le irroga una detención mientras se adelantan la investigación o el correspondiente juicio penal pero que a la postre culmina con la decisión absolutoria o pronunciamiento judicial equivalente (...)” [Resaltado por fuera del texto].

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 8 de 26

4.3. CONSTATAR LA EXISTENCIA DE PERJUICIOS MATERIALES E INMATERIALES SOLICITADOS EN LA DEMANDA O QUE CONSTITUYEN EL FUNDAMENTO DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS

Ubicación: En los asuntos de privación injusta de la libertad, los perjuicios consisten en las consecuencias jurídicas que padece la víctima directa o los perjudicados, producto de la ocurrencia del daño que consiste en la lesión del derecho fundamental a la libertad. Como antes se dijo, estas consecuencias jurídicas, conocidas como “perjuicios”, se clasifican en: (i) **perjuicios inmateriales** dentro de los que se encuentran el perjuicio moral, daño a la vida en relación, daño a la salud y lesión de derechos de contenido constitucional o convencional¹⁸ y, (ii) **perjuicios materiales** que comprende los conceptos de daño emergente y lucro cesante.

A continuación, ubicaremos cada uno de los conceptos en los asuntos de privación injusta de la libertad y, con base en ellos, se sugerirá algunos parámetros de defensa.

4.3.1. Perjuicios inmateriales

a. Perjuicio moral

Ubicación: En los asuntos de privación injusta de la libertad, el perjuicio moral se refiere a los sentimientos de dolor, aflicción y angustia causados en la víctima directa y en los perjudicados como consecuencia de la privación de la libertad de la primera.

En la sentencia de unificación del 28 de octubre de 2014, el Consejo de Estado señaló que este perjuicio se presume en la víctima directa, en atención a que la privación de la libertad permite inferir el dolor y angustia que supone la lesión de ese derecho

¹⁸ **Nota aclaratoria:** A partir de las Sentencias de Unificación del 28 de agosto de 2014, el Consejo de Estado suprimió la categoría de daño a la vida en relación de la categoría de perjuicios inmateriales e incluyó los conceptos de daño a la salud y lesión de intereses de contenido constitucional y convencional dentro de esa categoría.

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 9 de 26

fundamental y, respecto de los perjudicados, siempre que acrediten su relación de parentesco o afectividad con la víctima directa¹⁹.

Indemnización: Esa Corporación precisó que el valor de la indemnización del referido perjuicio inmaterial dependerá del tiempo por el que se prolongó la privación de la libertad. En este sentido, el Consejo de Estado ilustró el siguiente cuadro en donde se observa el valor que se debe reconocer en relación con el tiempo por el que estuvo privada de la libertad la víctima directa.

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

Fuente: Sentencia de unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2014, expediente N° 36149, C.P. Hernán Andrade Rincón.

Parámetros de defensa: De acuerdo con lo expuesto, se recomienda tener en cuenta los siguientes aspectos de defensa, en el momento de contestar la demanda, su escrito de adición o modificación o apelar una Sentencia desfavorable para la Entidad.

¹⁹ Así lo precisó el Consejo de Estado, en los siguientes términos: "(...) en casos de privación injusta de la libertad y con apoyo en las máximas de la experiencia, hay lugar a inferir que esa situación genera dolor moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto afectada o limitada su libertad⁴¹⁵; en la misma línea de pensamiento se ha considerado que dicho dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades, al tiempo que se ha precisado que según las aludidas reglas de la experiencia, el dolor de los padres es, cuando menos, tan grande como el del hijo que fue privado injustamente de su libertad, cuestión que cabe predicar por igual en relación con el cónyuge, compañera o compañero permanente o estable o los hijos de quien debió soportar directamente la afectación injusta de su Derecho Fundamental a la libertad" (C.P. Hernán Andrade Rincón Exp. 36.149).

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 10 de 26

i. Posibilidad de desvirtuar la presunción de perjuicio moral en relación con los perjudicados

El Consejo de Estado señaló que el perjuicio moral (sufrimiento dolor y angustia) que se presume de una persona que es privada de la libertad, de igual forma puede predicarse de sus padres, hijos, cónyuge o compañero permanente. No obstante, si se trata de una presunción de hecho que admite una prueba en contra, se recomienda verificar los siguientes aspectos:

- Si en el expediente penal, se encuentran declaraciones de la víctima directa o de terceros que permitan constatar las relaciones de cercanía o convivencia entre la primera y los perjudicados. Por ejemplo, declaraciones en las que se constate que el afectado directo convivía con su cónyuge, padres, hijos o compañera permanente. Si las declaraciones no dan cuenta de ese tipo de relaciones o resultan contradictorias, se sugiere poner en conocimiento del juez contencioso administrativo esta situación para efectos de que se abstenga de condenar a esta Entidad por el perjuicio moral alegado por los perjudicados.
- La presunción del perjuicio moral a favor de los familiares y terceros damnificados también puede desacreditarse a través del registro de visitas que recibió el afectado directo en el periodo que se encontró privado de la libertad. Ese registro puede aportarse como prueba al proceso contencioso administrativo solicitándole al juez que oficie al INPEC a efectos de que lo allegue. En los eventos en los que se advierte que quienes reclaman la indemnización del perjuicio moral por su parentesco o cercanía con el afectado directo, no acudieron a visitarlo en el tiempo en el que permaneció privada de la libertad, ello permitirá desacreditar la presunción de ese perjuicio.
- Finalmente, se recomienda verificar si en las decisiones que se profirieron en el proceso penal se advierte que la medida de aseguramiento de detención preventiva fue decretada en su modalidad domiciliaria. El Consejo de Estado ha establecido que en estos eventos hay lugar a una reducción del 50% del valor de la indemnización por concepto de perjuicios morales²⁰.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2017. C.P Marta Nubia Velázquez Rico. Exp. No. 2101646.

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 11 de 26

ii. Verificar las relaciones de parentesco o afectividad de los perjudicados con la víctima directa

Dentro de las pruebas aportadas con la demanda, su escrito de adición o modificación, se recomienda verificar si los perjudicados demostraron su relación de parentesco o afectividad con la víctima directa.

En el caso de los familiares o el cónyuge, el parentesco con la víctima directa se acredita por medio de los registros civiles de nacimiento o matrimonio. En relación con los terceros damnificados entre los que se encuentra la compañera permanente, se sugiere constatar si a través de declaraciones extra juicio o testimonios rendidos por personas ajenas a la partes del proceso contencioso administrativo, se demostró el padecimiento de un perjuicio moral.

En este sentido, si los familiares y el cónyuge no demostraron su parentesco con la víctima directa o, los terceros damnificados se abstuvieron de acreditar el padecimiento de un perjuicio moral, dicha situación deberá ser puesta en conocimiento del juez. Lo anterior, permitirá evitar una condena en contra de la Entidad por concepto de este perjuicio inmaterial.

iii. Establecer el periodo exacto de privación de la libertad para identificar el valor de la indemnización por perjuicio moral

Si los perjudicados demostraron su relación de parentesco o afectividad con la víctima directa, a continuación, se recomienda establecer el tiempo exacto de privación de la libertad para identificar el valor que se debe reconocer por perjuicio moral.

El tiempo exacto de privación de la libertad podrá establecerse por medio de las certificaciones expedida por el INPEC, el acta de derechos del capturado o el acta de compromiso (estas últimas suscritas por la víctima directa).

Si el valor solicitado en la demanda, su escrito de adición o modificación para indemnizar el perjuicio moral o que fue objeto de una condena por ese concepto supera

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 12 de 26

el que estableció el Consejo de Estado para ese periodo de privación de la libertad, dicha situación deberá ser puesta en conocimiento del juez, para efectos de reducir la cuantía de la indemnización de dicho perjuicio.

b. Daño a la vida en relación

Ubicación: En los asuntos de privación injusta de la libertad, esta tipología de perjuicio inmaterial se refiere a las consecuencias negativas que se producen en la vida exterior o social de la víctima directa y de los perjudicados, producto del proceso penal que conllevó a la privación de la libertad de la primera. En otras palabras, este perjuicio inmaterial se refiere a la imposibilidad o dificultad de ejecutar las actividades rutinarias o placenteras que realizaban estas personas con anterioridad a la fecha de privación de la libertad²¹.

En relación con la prueba de la existencia de este perjuicio inmaterial, se recomienda tener en cuenta los siguientes aspectos en el momento de estructurar la defensa de la Fiscalía General de la Nación.

i. El demandante debe demostrar la existencia y la intensidad en que se presentó este perjuicio inmaterial

A diferencia del perjuicio moral, la indemnización del daño a la vida en relación no está sujeto a presunciones de hecho. Por lo tanto, le corresponde a la parte demandante acreditar la existencia y la intensidad en que se presentó este perjuicio inmaterial, bien sea en cabeza de la víctima directa o de los perjudicados, para efectos de obtener una reparación por ese concepto²².

En este sentido, si en la demanda, su escrito de adición o modificación, se solicita la indemnización del daño a la vida en relación a favor de la víctima directa o de los

²¹ Sección Tercera, Consejo de Estado. Sentencia 5 de mayo de 2005. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. No. 14022.

²² Al respecto, el Consejo de Estado se refirió a la carga probatoria que tiene la parte demandante de acreditar la existencia del daño a la vida en relación, bien sea en cabeza de la víctima directa o de los perjudicados, en los siguientes términos: “[...]igualmente se hace la petición de que sean reconocidos los perjuicios por daño a la vida de relación por una suma equivalente a ochocientos (800) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por cuanto se causó un daño extrapatrimonial a la vida exterior del señor Mercado Oquendo; sin embargo, esta aseveración carece totalmente de material probatorio que lo sustente, ya que ni con el escrito de la demanda, ni a lo largo del trámite del proceso, se allegó prueba alguna que fuera conducente a determinar que dichos perjuicios se hubieran causado; en consecuencia, no habrá lugar reconocimiento de perjuicios por este concepto”.

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 13 de 26

perjudicados, se recomienda verificar cuales son los medios de prueba en virtud de los cuales el demandante fundamenta esa solicitud.

De esta forma, si no se solicita el decreto y práctica de medios de prueba para demostrar la existencia del daño a la vida en relación, se recomienda que en el momento de ejercer la defensa de la Entidad, se haga referencia a la falta de prueba de ese perjuicio inmaterial.

ii. Verificar si las pruebas cuya práctica se solicita con la demanda permiten demostrar el daño a la vida en relación

Si en la demanda, su escrito de adición o modificación, se solicita la práctica de medios de prueba que busquen demostrar el daño a la vida en relación, se recomienda constatar que estas pruebas consistan en interrogatorios de parte o declaraciones de terceros. Al respecto, son esos medios de prueba los que se consideran pertinentes y conducentes para demostrar la existencia de ese perjuicio inmaterial²³.

En este sentido, se sugiere verificar que los interrogatorios de parte o las declaraciones de terceros den cuenta de la afectación a la esfera externa de la víctima directa o los perjudicados como consecuencia de la privación de la libertad de la primera. Como antes se dijo, esta afectación, se concreta en la imposibilidad o dificultad que les representa realizar actividades cotidianas o placenteras anteriores a la ocurrencia del daño.

En el evento en que esas pruebas no acrediten la existencia de ese perjuicio inmaterial, se sugiere que al momento de estructurar la defensa de la Fiscalía General de la Nación, se advierta la falta prueba del daño a la vida en relación, bien sea en cabeza de la víctima directa o los perjudicados.

c. Daño a la salud:

Ubicación: En los asuntos de privación injusta de la libertad, el daño a la salud se presenta cuando con ocasión al decreto de una medida de aseguramiento privativa de

²³ *Ibidem*.

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 14 de 26

la libertad como lo es la detención preventiva, el investigado padece una lesión en su integridad psíquica o física.

Indemnización: En relación con esta categoría de perjuicio inmaterial, es importante tener en cuenta los siguientes aspectos para su indemnización.

i. La indemnización por concepto de daño a la salud solo le será reconocida a la víctima directa. En otras palabras, a la persona que padece la lesión en su integridad personal²⁴.

ii. Por regla general, la reparación de ese perjuicio inmaterial oscila entre 10 SMLMV y 100 SMLMV. Sin embargo, en los casos de gravedad extrema de la lesión, el juez puede incrementar la indemnización hasta 400 SMLMV, siempre que ello se encuentre debidamente acreditado en el curso del proceso.

En relación con el segundo aspecto, la indemnización del daño a la salud -aplicando la **regla general** (10 – 100 SMLMV)- dependerá del porcentaje de pérdida de capacidad laboral asignado a la víctima directa y que se encuentre establecido en un certificado o en un dictamen médico. El Consejo de Estado ilustró el siguiente cuadro para establecer el valor que se debe reconocer por ese perjuicio inmaterial a partir del porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Tabla 2. Monto de la indemnización del daño a la salud.

% DE PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL	Monto de la indemnización para la víctima.
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. No. 28832.

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 15 de 26

Fuente: Sentencia dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2014, expediente 31.170, C.P. Enrique Gil Botero.

En este sentido, con base en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral padecido por la víctima directa que se encuentre acreditado dentro del proceso por medio de un certificado o un dictamen médico, se podrá establecer el valor que se debe reconocer para indemnizar ese perjuicio.

En relación con la indemnización del daño a la salud -aplicando la **regla de excepción** (eventos de gravedad extrema de la lesión)- el juez podrá incrementar la reparación de ese perjuicio inmaterial hasta 400 SMLMV, sin perjuicio del porcentaje de pérdida de capacidad laboral que acredite la víctima directa.

Para proceder en ese sentido, el juez deberá tener en cuenta aspectos como i) la pérdida o anormalidad, estructural o funcional, psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente), ii) la reversibilidad o irreversibilidad de la patología, iii) la imposibilidad o dificultad de realizar una actividad rutinaria o placentera, iii) la edad, o iv) el sexo, entre otros aspectos²⁵.

Parámetros de defensa: En el momento de estructurar la defensa de la Entidad, se sugiere tener en cuenta los siguientes aspectos:

i. Si en la demanda se solicita la indemnización del daño a la salud a favor de la víctima directa, se sugiere verificar si dentro de las pruebas que se aportan con la demanda, se encuentran certificados o dictámenes médicos en los que conste el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Si no se encuentra acreditado este aspecto, se recomienda que en el momento de estructurar la defensa de la Entidad se excepcione la falta de prueba del daño a la salud. Ello, en atención a que el demandante no acreditó por medio

²⁵ En concreto, el Consejo de Estado, en la Sentencia del 28 de agosto de 2014 (C.P. Olga Melida Valle de la Hoz. Exp. No. 31.172), se refirió a los siguientes aspectos: “- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente) - La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental - La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano - La reversibilidad o irreversibilidad de la patología - La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria. - Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria - Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado - Los factores sociales, culturales u ocupacionales - La edad - El sexo”.

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 16 de 26

de pruebas técnicas que padeció una lesión psicofísica y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que le fue asignado para efectos de establecer la cuantía de la indemnización.

ii. Así mismo, se recomienda verificar el nexo de causalidad entre la lesión psicofísica padecida por la víctima directa y la privación de la libertad de la que fue objeto. De esta forma, se establecerá si el daño a la salud obedeció al decreto de la medida de detención preventiva o se trataba de una patología preexistente para la fecha en que se impuso esa medida.

En el evento contrario, se sugiere advertirle al juez administrativo que ese perjuicio inmaterial no tiene relación de causalidad con la privación de la libertad y, en este sentido, resulta improcedente su reconocimiento.

iii. Ahora bien, si se encuentran acreditados los primeros aspectos, se recomienda constatar si el valor solicitado para indemnizar ese perjuicio coincide con las sumas establecidas por el Consejo de Estado (ver tabla No. 2), atendiendo al porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la víctima.

Si el valor supera el que fue establecido por el Consejo de Estado, se sugiere verificar si acreditó que el daño se presentó en condiciones de extrema gravedad. Para el efecto, es preciso tener en cuenta los parámetros fijados por esa Corporación para identificar ese tipo de situaciones, dentro de los que podemos mencionar la reversibilidad o irreversibilidad de la patología, la imposibilidad o dificultad de realizar una actividad rutinaria o placentera, la edad, o el sexo, entre otros aspectos²⁶.

Así las cosas, si se advierte que el valor solicitado en la demanda para indemnizar el daño a la salud supera el que fue establecido por el Consejo de Estado y, si dicho incremento, no se enmarca en los eventos en los que esa Corporación ha establecido que ese perjuicio se presenta en condiciones de extrema gravedad; se recomienda rebatir el valor solicitado por el demandante.

d. Lesión de derechos de contenido constitucional o convencional

²⁶ Ibidem.

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 17 de 26

Ubicación: En los asuntos de privación injusta de la libertad esta categoría de perjuicio inmaterial se presenta cuando se vulneran derechos amparados por la Constitución Política de 1991 o se encuentran establecidos en tratados o convenios suscritos y ratificados por el Estado colombiano²⁷. De esta categoría, se excluye la lesión al derecho fundamental a la salud, por cuanto se indemniza por medio del daño a la salud expuesto en el acápite inmediatamente anterior.

A manera de ejemplo, en este tipo de procesos es muy común que se lesione los derechos al buen nombre y a la honra. Ello, en atención a que la víctima directa está sujeta a imputaciones sobre conductas delictuales dentro del proceso penal que se adelantó en su contra y finalizó con una decisión absolutoria²⁸.

Indemnización: La indemnización de esta categoría de perjuicio inmaterial denominada lesión de derechos de contenido constitucional y convencional reviste las siguientes particularidades.

i. Por regla general, esta categoría de daño se indemniza por medio de medidas de reparación integral (no pecuniarias) a favor de la víctima directa o los perjudicados. Estas medidas suponen una obligación de hacer a cargo de la Entidad y dentro de ellas se encuentran el reconocimiento de responsabilidad u ofrecer excusas en un acto público, entre otras.

Sin embargo, en los eventos en que este tipo de medidas no satisfacen el derecho vulnerado, el juez podrá reparar esta categoría de daño con una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV a favor de la víctima directa²⁹.

²⁷ Resulta pertinente en este punto, el contenido del artículo 93 de la Constitución Política, que prevé lo siguiente: “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. // Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...)”.

²⁸ En relación con la violación de los derechos al buen nombre y a la honra como una categoría autónoma de perjuicio inmaterial, el Consejo de Estado, en la Sentencia de Unificación del 1º de noviembre de 2012 señaló: “[A]sí, como se aprecia, el derecho de la responsabilidad en el último lustro se ha encontrado y acercado con el derecho constitucional, de forma tal que se reconoce la posibilidad de que se indemnice o resarza la afectación a derechos fundamentales considerados en sí mismos, lo cual implica una constitucionalización del derecho de daños, que se aviene al modelo de Estado Social de Derecho que es Colombia. A modo de ejemplo, baste señalar las sentencia gemelas del 14 de septiembre de 2011, Exp. 19.031 y 38.222, proferidas por la Sala Plena de la Sección Tercera, en las que se adoptó el daño a la salud como una categoría autónoma de daño inmaterial. De igual manera se han amparado desde la perspectiva del derecho de daños, los derechos a la familia, al buen nombre y a la libertad”.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014. C.P. Stella Conto Diaz del Castillo. Exp. No. 28.804.

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 18 de 26

ii. Las medidas de reparación integral pueden ser decretadas por el juez (de oficio) o a solicitud de parte³⁰.

Parámetros de defensa: En el momento de estructurar la defensa de la Entidad, se sugiere tener en cuenta los siguientes aspectos:

i. En los eventos en que la parte demandante pretenda la reparación de esta categoría de daño –sin perjuicio de que solicite medidas de reparación integral o pecuniarias- se sugiere verificar, si los medios de prueba cuyo decreto y práctica solicita en la demanda, permiten inferir una afectación grave y relevante de derechos constitucionales o convencionales.

Por ejemplo, si el accionante manifiesta que se le afectó su derecho al buen nombre y a la honra con las imputaciones realizadas por el Ente Acusador, replicadas por los medios de comunicación, no basta con allegar el recorte de esas noticias para obtener una reparación por dicho concepto, pues dichas pruebas deberán guardar relación de conexidad con los demás medios probatorios practicados en el curso del proceso contencioso administrativo³¹. En ese sentido, en los eventos en que ese daño no se encuentre acreditados, se recomienda oponerse a su indemnización.

ii. Si en la demanda, su escrito de adición o modificación o en una sentencia desfavorable para la Entidad, la indemnización de esta categoría de daño consiste en una suma de dinero, sin justificar porque una medida de satisfacción no resultaba suficiente para este fin, se sugiere precisar que este daño se indemniza, por regla general, a través de medidas de satisfacción siempre que se acredite una lesión relevante de derechos constitucionales o convencionales.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ En la Sentencia del 10 de septiembre de 2014, el Consejo de Estado se pronunció sobre el valor de los recortes de prensa – por sí solos- para acreditar la lesión a los derechos al buen nombre y a la honra, en los siguientes términos: “Advierte la Sala que obran recortes de periódicos y sus copias, allegados por la parte demandante, con los que se pretende demostrar la ocurrencia de los hechos; al respecto, se precisa que aquellos carecen de la entidad suficiente para probar, por sí solos, la existencia y veracidad de tales hechos. En efecto, en sentencia reciente de la Sala Plena Contencioso Administrativa de esta Corporación se dijo, refiriéndose a las noticias de prensa, que ‘Su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez, razón por la cual los recortes allegados se apreciarán con el conjunto de pruebas obrantes en el expediente’.

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 19 de 26

4.3.2. Perjuicios materiales

En los procesos de privación injusta de la libertad, los perjuicios materiales se refieren a las consecuencias que se generan en el patrimonio de la víctima directa o de los perjudicados como consecuencia de la detención preventiva de la que fue objeto el primero. Esta categoría de perjuicios son susceptibles de ser valorados económicamente y, por ello, su indemnización es pecuniaria.

Dentro de esta categoría de perjuicios se encuentran los conceptos de daño emergente y lucro cesante. A continuación, ubicaremos cada uno de estos conceptos dentro de los asuntos de privación injusta de la libertad y formularemos algunos parámetros de defensa para esta Entidad dentro de ese tipo de procesos.

a. Daño emergente

Ubicación: En los procesos de privación injusta de la libertad, el daño emergente se relaciona con los bienes económicos (dinero, cosas o servicios) que salieron o saldrán del patrimonio de la víctima directa o de los perjudicados como consecuencia del proceso penal que se adelantó en contra de la primera y, condujo a la restricción de su derecho fundamental a la libertad.

Por regla general, en este tipo de procesos, el daño emergente se refiere a las erogaciones en las que los demandantes tuvieron que incurrir para sufragar i) los honorarios del abogado que representó a la víctima directa en el proceso penal que se adelantó en su contra o ii) los gastos de transporte, alojamiento y alimentación de los familiares para asistir o visitar al investigado en el centro carcelario o penitenciario.

Indemnización: La indemnización de este perjuicio consistirá en el valor económico y actualizado de los bienes económicos que salieron o saldrán del patrimonio de la víctima o de los perjudicados como consecuencia de la privación de la libertad. Este valor deberá encontrarse soportado en medios de prueba documentales que den cuenta de la existencia de esas erogaciones, como por ejemplo facturas, recibos de pago, extractos de cuentas y copias de las transacciones bancarias, entre otras.

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 20 de 26

Parámetros de defensa: A continuación, se señalarán algunos parámetros para la defensa de la Entidad en relación con este perjuicio.

i. En primer lugar, se sugiere revisar los medios de prueba en virtud de los que la parte demandante solicita la indemnización del daño emergente.

Por ejemplo, si se solicita la indemnización por concepto de erogaciones correspondientes a **honorarios de abogado**, se sugiere verificar si el demandante aportó las copias del contrato de prestación de servicios, facturas, recibos de pago, extractos de cuenta, copia de las transacciones bancarias, declaraciones de renta y recibos en los que se señale específicamente los gastos por la prestación de ese servicio³².

Así mismo, es preciso constatar que esos servicios profesionales fueron contratados por el afectado desde que fue privado de la libertad hasta la fecha en que recobró ese derecho fundamental, más no por la duración total del proceso penal que se adelantó en su contra. Para el efecto, se recomienda verificar que la fijación del litigio se concentre en establecer únicamente la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad y no por defectuoso funcionamiento de la administración de Justicia o error jurisdiccional.

En relación con los **gastos de transporte, alojamiento y manutención** en los que incurrieron los familiares de la víctima directa, dichas erogaciones deben encontrarse acreditadas por medio de facturas, recibos de pago, extractos de cuenta o copia de las transacciones bancarias³³.

³² En relación con la exigencia de estas pruebas para indemnizar el daño emergente por concepto de honorarios profesionales, el Consejo de Estado, en la Sentencia del 20 de octubre de 2014 (C.P. Enrique Gil Botero Exp. No. 40.060) señaló: “Daño emergente. Se solicita a favor de Alba Lucía Rodríguez Cardona, por concepto de los honorarios cancelados al profesional del derecho que asumió su defensa en el derecho penal hasta la segunda instancia, los cuales solicitó se fijaran con fundamento en las tablas de los Colegios de Abogados de Antioquia y Bogotá. Sin embargo, aunque está demostrado que la demandante designó como abogado defensor al dr. José Aníbal Burgos Burgos, para que asumiera su defensa en esta etapa, como se desprende del poder que obra a folio 46 del anexo 1, **no existe ninguna otra prueba del pago de los honorarios, ni tampoco se allegó el contrato de prestación de servicios suscrito entre ambos, por lo que no se reconocerá rubro alguno por este concepto**” [Resaltado por fuera del texto].

³³ Así lo precisó el Consejo de Estado, en la Sentencia del 31 de julio de 2014 (C.P. Danilo Rojas Betancourth Exp. No. 27900), en los siguientes términos: “Por su parte, respecto de las múltiples visitas que hizo la señora María Elvira Otavo al señor Guillermo Arenas Reyes en las distintas cárceles en la que estuvo detenido, si bien éstas se encuentran demostradas con fundamento en lo señalado por los establecimientos carcelarios correspondientes⁵⁰, las cuales resulta evidente que debieron implicar varios costos⁵¹, lo cierto es que no se puede desconocer que el monto de los mismos no está fehacientemente probado, razón por la cual se hace necesario proferir condena *in genere* respecto de este menoscabo en específico, de conformidad con lo dispuesto

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 21 de 26

Expuestas estas consideraciones, si las erogaciones cuya indemnización solicitan los demandantes bajo el concepto daño emergente, no se encuentran demostradas en virtud de los medios de prueba antes relacionados o no guardan relación con la privación de la libertad en los casos de honorarios profesionales, se recomienda que en el momento de estructurar la defensa de la FGN se manifieste la oposición al reconocimiento de una indemnización por concepto de daño emergente.

ii. Si los demandantes acreditaron el daño emergente por medio de las pruebas documentales antes referidas, se sugiere verificar que la cuantía solicitada para indemnizar ese perjuicio material coincida con la que consta en esas pruebas.

Si la cuantía solicitada por los demandantes supera la que se encuentra efectivamente acreditada en el proceso, se sugiere que en el momento de preparar la defensa de esta Entidad, se advierta al juez de esta situación y en consecuencia, se solicite la reducción de la indemnización por daño emergente.

b. Lucro cesante

Ubicación: En los procesos de privación injusta de la libertad, el lucro cesante se relaciona con los ingresos o ganancias que dejaron de ingresar al patrimonio de la víctima directa o los perjudicados, con fundamento en la privación de la libertad a la que fue sometida la primera. En este tipo de procesos, el lucro cesante comprende, generalmente, los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir por la víctima directa a partir de la fecha en que fue privado de la libertad.

Indemnización: La indemnización de este tipo de perjuicio corresponderá –por regla general- al valor de los ingresos que dejaron de percibir la víctima directa y los

por el artículo 172 del C.C.A. Sobre este asunto, cabe señalar que no obstante la parte actora allegó con la demanda una lista escrita a mano de los supuestos desembolsos que debió realizar la señora Otavo para efectos de asistir a los sitios en que se encontró su compañero permanente, tal medio probatorio no tiene la potencialidad de ofrecer certeza alguna sobre los mismos, en tanto fue elaborado por la propia parte actora sin que los gastos allí relacionados estuviesen sustentados en otros elementos de convicción - como facturas, recibos o extractos de cuenta con destinación determinada, entre otros- y por lo cual, resulta claro que a pesar de que está probada la causación del detrimento a indemnizar, no se acreditó su *quantum*, lo que impone que se profiera una sentencia en abstracto al respecto”.

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 22 de 26

perjudicados como consecuencia de la privación de la libertad del primero. Si se refiere a los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir por la víctima directa, dichos conceptos deberán encontrarse acreditados por medio de una certificación laboral anterior a la fecha de privación de la libertad.

Sin embargo, en los eventos en que la víctima directa no logra acreditar una relación laboral anterior a la fecha de privación de la libertad, el Consejo de Estado ha establecido las siguientes reglas:

- i. Si la víctima directa demuestra que se encontraba en edad productiva para la fecha de privación de la libertad, esa Corporación entiende que al menos devengaba un salario mínimo legal mensual vigente. Este valor será utilizado como base para liquidar el lucro cesante³⁴.
- ii. A ese valor, el Consejo de Estado le adiciona las sumas correspondientes al 25% de prestaciones sociales y los 8.75 meses que se entiende que tarda un colombiano promedio en conseguir empleo³⁵.

Parámetros de defensa: A continuación, se señalarán algunos parámetros para la defensa de la Entidad en relación con este perjuicio.

- i. En primer lugar, si el demandante solicita el reconocimiento de los ingresos que devengaba con anterioridad a la fecha de privación de la libertad, se sugiere verificar cuales son los medios de prueba que sustentan dicha solicitud.

³⁴ En la Sentencia del 28 de agosto de 2014 (C.P. Hernán Andrade Rincón Exp. No. 36149), el Consejo de Estado unificó la forma de liquidar el lucro cesante en los eventos en que no se demuestra una relación laboral anterior a la fecha de privación de la libertad. Al respecto, señaló: “Cuando se trata, por ejemplo, de los asuntos que se refieren a la privación injusta de la libertad, la Sala ha sostenido de manera reiterada -y mediante esta providencia se unifica el criterio- que para la procedencia del reconocimiento de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, se requiere que se acredite que la víctima de la referida privación, al momento de la ocurrencia de ese hecho dañoso, es decir cuando fue detenida, se encontraba en edad productiva”.

³⁵ *Ibidem*: “En las mencionadas piezas procesales no existe indicación alguna acerca de la suma que el señor Delgado Sanguino podía obtener con ocasión de la labor económica realizada –aunque se hubiera manifestado en la demanda que se dedicaba a actividades de construcción y de comercio informal devengando \$600.000 mensuales aproximadamente–, razón por la cual, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, hay lugar a aplicar la presunción según la cual toda persona que se encuentre en edad productiva devenga, por lo menos, el salario mínimo legal vigente, monto que será tenido en cuenta por la Subsección para liquidar el lucro cesante. A esa suma se le debe adicionar el 25% por concepto de prestaciones sociales. (...) en la liquidación debe agregarse el factor prestacional correspondiente para determinar el ingreso base y sumar al lapso durante el cual el señor Delgado Sanguino estuvo privado de la libertad, el tiempo que se presume una persona tarda en conseguir trabajo con posterioridad a su salida de la cárcel”.

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 23 de 26

Por ejemplo, si la víctima directa solicita bajo ese concepto, los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir por la detención preventiva de la que fue objeto, se recomienda verificar si el demandante aportó una certificación en donde conste el tiempo de servicios, los ingresos salariales y prestacionales y el motivo de la terminación del contrato de trabajo.

En relación con este último aspecto, se sugiere constatar si existe una relación de causalidad entre la terminación de la relación laboral y la privación de la libertad de la que fue objeto la víctima directa. De esta forma, se busca descartar que la terminación del contrato obedeciera a causas justificadas (renuncia o incumpliendo de funciones) diferentes al decreto de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

En este sentido, si los ingresos cuya indemnización solicita la parte demandante bajo el concepto de lucro cesante, no se encuentran demostrados por medio de las pruebas antes relacionadas o no guardan relación con la privación de la libertad de la víctima directa, se recomienda que en el momento de estructurar la defensa de la FGN, se exceptúe la falta de acreditación del lucro cesante.

ii. Verificar si la terminación de la relación laboral tuvo como fundamento la privación de la libertad del afectado directo. En los eventos en los que no se verifique la relación de causalidad entre esos dos supuestos, el reconocimiento de la indemnización por lucro cesante resulta improcedente.

iii. En los eventos en que se encuentra demostrada una relación laboral anterior a la privación de la libertad, se sugiere verificar si el valor de los ingresos dejados de percibir por el demandante coinciden con los que se encuentran acreditados dentro del proceso contencioso administrativo.

En este sentido, se debe corroborar si los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir corresponden con las devengadas por el demandante para la época en que fue privado de la libertad. En el evento contrario, sugerimos

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 24 de 26

oponerse al reconocimiento de la cuantía solicitada en la demanda por concepto de lucro cesante.

iv. En los casos en los que se advierta que la víctima directa ejercía la profesión de comerciante para la fecha en que fue privada de la libertad, se sugiere constatar si dentro de las pruebas allegadas al proceso contencioso administrativo, se encuentran los libros de contabilidad y su registro mercantil en la Cámara de Comercio. En el evento en que dichos aspectos no se encuentren demostrados, se sugiere oponerse a la indemnización por concepto de los ingresos dejados de percibir por la labor de comerciante.

v. Si no se encuentra demostrada el lucro cesante y su cuantía, el Consejo de Estado ha establecido que si la víctima directa tenía una edad productiva para la fecha en que fue privado de la libertad, se presume que devenga 1 SMLMV. Así mismo, que a este valor se le debe adicionar i) el 25% de prestaciones sociales y ii) 8.75 meses que demora una persona en conseguir empleo. Sin embargo, estas presunciones de hecho admiten prueba en contrario. En este sentido, se sugiere verificar en la página web del FOSYGA (www.fosyga.gov.co), si para la fecha en que ocurrieron los hechos, la víctima directa tenía la calidad de cotizante, beneficiario o se encontraba inactivo. En los últimos eventos, se entiende que el demandante no percibía ingresos por actividades laborales formales o informales, en atención a que no realizaba aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud. Por esta razón, el reconocimiento por concepto de lucro cesante resulta improcedente.

5. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto, es preciso resaltar los siguientes aspectos.

- ✓ Fortalecer parámetros de defensa en materia de daños y perjuicios dentro de los procesos de privación injusta de la libertad, permitirá rebatir las pretensiones que por estos conceptos se solicitan en las demandas, y las condenas patrimoniales proferidas en contra de esta Entidad.

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 25 de 26

- ✓ Para formular parámetros de defensa en relación con daños y perjuicios, es preciso tener claridad sobre estos conceptos. El primero de ellos consiste en la lesión de un interés o derecho de contenido constitucional y/o convencional que para ser indemnizable debe tener el carácter de antijurídico; es decir que la víctima directa no se encuentre en el deber jurídico de soportarlo. El segundo, se refiere a las consecuencias jurídicas que surgen a partir de la ocurrencia de un daño, y se clasifican en perjuicios inmateriales (daño moral, daño a la vida en relación, daño a la salud y lesión de derechos de contenido constitucional y/o convencional) y perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante).
- ✓ El daño antijurídico -como elemento estructural de la responsabilidad en los términos del artículo 90 de la Constitución- siempre deberá encontrarse acreditado, so pena de que se nieguen las pretensiones de la demanda. En los procesos de privación injusta de la libertad, este concepto se acredita a través de pruebas que demuestren que la víctima directa estuvo privada de la libertad y que resultó absuelta al finalizar el proceso penal que se adelantó en su contra.
- ✓ En relación con los perjuicios inmateriales, es preciso distinguir que hasta antes de las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, el Consejo de Estado entendía que dentro de esta categoría se encontraban los conceptos de perjuicio moral y daño a la vida en relación, a partir de estas sentencias, esa Corporación conservó el concepto de perjuicio moral e incluyó el de daño a la salud y lesión de bienes de contenido constitucional y/o convencional.
- ✓ Sobre esta categoría de perjuicios resulta relevante distinguir entre los que el Consejo de Estado ha establecido presunciones de hecho para determinar su existencia e indemnización (perjuicio moral y daño a la salud) y los que requieren ser acreditados por la parte demandante en el curso del proceso (daño a la vida en relación y lesión de derechos de contenido constitucional y convencional). En relación con los primeros, es preciso tener en cuenta que las presunciones de hecho admiten pruebas en contra por lo que su existencia e indemnización podrán ser rebatidas en el momento de estructurar la defensa de la Entidad. Por su parte, en los segundos, se sugiere verificar si dentro de las pruebas cuyo decreto y práctica se solicitó con la demanda, se encuentra acreditada su existencia e intensidad.

	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	Código: FGN-AP05-G-02
	GUÍA DE DEFENSA JURÍDICA EN DAÑOS Y PERJUICIOS	Versión: 01 Página: 26 de 26

- ✓ Finalmente, los perjuicios materiales se clasifican tradicionalmente en daño emergente y lucro cesante. El primero de ellos, se refiere a los bienes que salieron o saldrán del patrimonio de la víctima directa y/o de los perjudicados (egresos) con base en la ocurrencia de un daño, por lo tanto, se sugiere verificar si estas erogaciones y su cuantía, se encuentran plenamente demostradas con base en las pruebas cuyo decreto y práctica solicita la parte demandante. Por su parte, el lucro cesante se refiere a aquellos bienes que dejaron de ingresar en el patrimonio de la víctima directa y/o de los perjudicados (ingresos) a partir de la ocurrencia de un daño. En este sentido, es preciso verificar si estos conceptos que, por regla general consisten en salarios y/o prestaciones sociales, fueron acreditados por la parte demandante en el curso del proceso.