



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019)

SENTENCIA TA-DES 002-ORD. 075- 2019

Magistrado Ponente: NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ.

Expediente: 19001-33-31-008-2017-00105-01  
Demandante: RICARDO MORENO MUÑOZ y otros  
Demandado: LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la Sentencia No. 192 dictada por el Juez Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, el 26 de septiembre de 2017 en audiencia inicial, dentro del proceso promovido por el señor RICARDO MORENO MUÑOZ y OTROS, contra la NACIÓN- RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, en la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

### **1. La demanda<sup>1</sup>**

Los demandantes RICARDO MORENO MUÑOZ, SAMUEL RICARDO MORENO, SILVIA YANETH CHAMIZO RENGIFO, MARLENE MUÑOZ SALAZAR, FRANCY ELENA GUZMAN MUÑOZ, ALBA MARIA SALAZAR, FERNANDO GUZMAN VALENCIA, actuando a través de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de reparación directa, solicitaron se declare a la NACIÓN- RAMA JUDICIAL- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, patrimonialmente responsable (por responsabilidad civil Extracontractual) de todos los daños y perjuicios que se causaron con la privación injusta de la libertad del primero de los nombrados.

---

<sup>1</sup>Fólios 103 a 125 Cuaderno principal

Expediente: 19001-33-31-008-2017-00105-01  
Demandante: RICARDO MORENO MUÑOZ y otros  
Demandado: LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

Con fundamento en lo anterior, solicitaron indemnización por perjuicios morales, extrapatrimoniales de daño a la vida en relación. Igualmente solicitaron indemnización por perjuicios materiales, en las modalidades de daño emergente y lucro cesante.

## **2. Los hechos**

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, la parte demandante expuso los siguientes:

El señor RICARDO MORENO MUÑOZ fue procesado penalmente por el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES dentro del proceso penal radicado bajo el número 190016000602201103755.

Según la investigación realizada por la Fiscalía General de la Nación, el día 12 de julio de 2011 a la 1:30 horas, funcionarios de la Policía Nacional transitaban por la carrera 6 con calle 20 del barrio Ciudad Jardín de esta ciudad, cuando observaron al señor RICARDO MORENO MUÑOZ con actitud sospechosa, quien portaba un arma de fuego tipo revólver en la mano, razón por la cual procedieron a capturarlo trasladándolo inicialmente al CAI más cercano y posteriormente a la Unidad de Reacción Inmediata de Popayán donde le materializaron sus derechos.

El día en que se capturó a RICARDO MORENO MUÑOZ, venía de su lugar de trabajo que es el Establecimiento de Comercio CARREFOUR hoy JUMBO y se dirigía para su casa, la cual quedaba a dos cuadras de donde se efectuó la captura.

El 12 de julio de 2011, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal Ambulante de Popayán, Cauca, con funciones de Control de Garantías, se llevó a cabo las audiencias preliminares de solicitud de legalización de la captura, imputación e imposición de medida de aseguramiento en las cuales se le imputó a RICARDO MORENO MUÑOZ la comisión del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES, cargo frente al cual no se allanó, imponiéndosele medida de

Expediente: 19001-33-31-008-2017-00105-01  
Demandante: RICARDO MORENO MUÑOZ y otros  
Demandado: LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, librando boleta de encarcelación No 066 en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Popayán.

El día 31 de marzo de 2014 se celebró ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Popayán con Funciones de Conocimiento la audiencia de juicio oral, en la cual se dictó sentencia absolutoria en favor de RICARDO MORENO MUÑOZ. La decisión quedó ejecutoriada en la misma audiencia teniendo en cuenta que las partes no interpusieron ningún recurso.

El señor RICARDO MORENO MUÑOZ fue sindicado de ser autor del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES, tipificado en el artículo 365 del Código Penal modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011 y fue dejado en libertad el día 16 de julio de 2012, de acuerdo con la boleta de libertad No 111 de fecha 16 de julio de 2012 expedida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Popayán con Funciones de Control de Garantías, siendo privado de su libertad por el término de un (1) año y cuatro (4) días.

Para la época de los hechos, esto es cuando el señor RICARDO MORENO fue capturado y vinculado al proceso penal, laboraba en el establecimiento de comercio Carrefour y debido a la privación de su libertad su vínculo laboral fue terminado, causándose un evidente perjuicio de carácter patrimonial, a él como a los demás familiares.

### **3. La contestación de la demanda.**

#### **3.1 Fiscalía General de la Nación<sup>2</sup>**

La entidad se opuso a los pedimentos de la demanda, señalando que el proceder de la Fiscalía resultó consecuente con las potestades otorgadas por el ordenamiento jurídico, con respeto de las garantías constitucionales.

Sostiene que a la Fiscalía en el nuevo sistema penal acusatorio, por regla general, no le incumbe ordenar medidas restrictivas a la libertad de las

---

<sup>2</sup>Folios 151 a 189 c. ppal 1

Expediente: 19001-33-31-008-2017-00105-01  
Demandante: RICARDO MORENO MUÑOZ y otros  
Demandado: LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

personas, y que su actuación frente al señor RICARDO MORENO MUÑOZ, se ciñó exclusivamente con la autonomía que asiste para actuar en cumplimiento de los preceptos constitucionales y legales que delimitan su campo de competencia; en consecuencia, la actuación desplegada no pone de manifiesto ningún proceder irracional o ilógico que no se ajuste, ni acompase con la evidencia presentada.

Respecto de la detención preventiva, producto de la investigación adelantada contra la demandante, la encuentra justificada, porque se encontró en su poder un arma de fuego, convirtiendo a ésta en una carga que proporcionalmente debía ser soportada, y si bien en el mismo proceso se llega al final a absolver o precluir, esto no es indicativo de que hubo algo indebido en la detención. Por lo tanto reitera que en la investigación penal que hoy se cuestiona, existían elementos suficientes para considerarla razonable, sin que esto constituya reelaboración alguna de la valoración probatoria efectuada por la jurisdicción penal.

Reiteró que la investigación se produjo en ejercicio legítimo de los poderes reconocidos al Estado, respecto de lo cual tanto el demandante, como toda persona está obligada a asumirlo como una carga pública soportable, cuando se le encuentra un arma de fuego sin los permisos respectivos.

Concluye que no le asiste responsabilidad, toda vez que lo contrario implicaría desconocer que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación no hacen tránsito a cosa juzgada, menos, cuando la exigencia probatoria en sus actuaciones es en grado de probabilidad y no de certeza, sin que pueda predicarse en parte alguna actuación defectuosa a ella imputable.

Como argumentos exceptivos propuso la falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de responsabilidad por actuación legítima, inexistencia de solidaridad entre las demandadas, ausencia de responsabilidad por el hecho de un tercero y culpa exclusiva de la víctima.

La entidad solicitó la vinculación de la Policía Nacional.

### **3.1. Por la Nación - Policía Nacional**

La entidad se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que no existe responsabilidad, porque el daño no le es imputable, ni existe nexo causal entre la situación fáctica y los daños causados.

Propuso las excepciones de indebida representación, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del nexo causal.

### **3.2. Por la Nación – Rama judicial.**

No se contestó la demanda.

### **3.3. La sentencia de primera instancia<sup>3</sup>.**

Con la Sentencia N° 192 de 26 de septiembre de 2017, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, declaró la responsabilidad de la Nación – Rama Judicial Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y a la Nación- Fiscalía General de la Nación, por la privación injusta de la libertad del señor RICARDO MORENO MUÑOZ.

Como consecuencia de lo anterior condenó a las demandadas a reconocer a favor de los demandantes indemnización por perjuicio morales, y negó las demás pretensiones de la demanda.

El juez encontró probado el daño consistente en la privación de la libertad del señor MORENO MUÑOZ y señaló que es imputable a las entidades demandadas, teniendo en cuenta que el régimen a aplicar sería el objetivo, pese a que la medida restrictiva de la libertad haya estado ajustada a las normas vigentes, toda vez que se dictó sentencia absolutoria en virtud del principio de *indubio pro reo*.

---

<sup>3</sup>Fólios 314 a 316 c. Ppal 2

Expediente: 19001-33-31-008-2017-00105-01  
Demandante: RICARDO MORENO MUÑOZ y otros  
Demandado: LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

Consideró la responsabilidad de las demandadas, teniendo en cuenta que la Fiscalía es la titular de la acción penal y el juez penal es el que ejerce el control de las garantías y limita el derecho a la libertad.

En virtud de lo anterior, concluyó que le asiste responsabilidad a las entidades demandadas de manera solidaria, en razón de que tienen potestad de decisión sobre el derecho de carácter fundamental de la libertad de una persona, como en el caso del demandante MORENO MUÑOZ.

#### **4. El recurso de apelación.**

##### **4.1. Por la Nación – Fiscalía General de la Nación<sup>4</sup>.**

Reitera que la función de esa entidad es solicitar la imposición de la medida preventiva de restricción de libertad y no se trata de una orden que los Jueces de la República deban cumplir en atención a las peticiones que el ente fiscal solicite ante sus estrados, pues la prolongación de la libertad de la parte afectada, por la cual se pretende obtener una indemnización económica, obedeció al papel desempeñado por el Juez de Control de Garantías y del mismo Juez con Funciones de Conocimiento.

Refiere que de acuerdo con el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal, no le corresponde la imposición de la medida de aseguramiento, sino adelantar la investigación, y de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, solicitar, como medida preventiva, la detención del sindicado, ante el Juez de Control de Garantías, correspondiéndole finalmente a este último operador judicial estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, y decretar las que estime procedentes, para luego establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento. De ese modo si todo se ajusta a Derecho, es al Juez de la República a quien le corresponde decidir y decretar la medida de aseguramiento a imponer.

---

<sup>4</sup>Folios 318 a 348 c. Principal No. 1

Expediente: 19001-33-31-008-2017-00105-01  
Demandante: RICARDO MORENO MUÑOZ y otros  
Demandado: LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

De otro lado se refirió a la condena en costas, aludiendo a que no hubo un actuar temerario o de mala fe de la entidad.

#### **4.1 Por la Nación – Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial<sup>5</sup>**

Sostuvo en esta oportunidad, que si bien el juez es quien toma la decisión, relativa a la restricción de la libertad, lo hace basándose en la realidad procesal presentada por la Fiscalía y controvertida por la defensa, lo que respalda la decisión.

Indicó que el delito por el cual se iniciaba la investigación es grave y pluriofensivo, y los elementos materiales de prueba permitían inferir razonablemente autoría o participación del demandante, siendo entonces procedente la medida de aseguramiento con efecto de carácter preventivo, mas no sancionatorio, a fin de que no evada la acción de la justicia o hagan más daño a las víctimas.

Respecto de la falla en el servicio, aduce que para que aquella pueda considerarse verdadera causa de perjuicio y comprometa la responsabilidad del Estado, no puede ser cualquier tipo de falta, ella debe ser de tal entidad, que teniendo en cuenta las circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración se considere como anormalmente deficiente.

En cuanto a la privación de la libertad de una persona que posteriormente es absuelta, refirió que no constituye daño antijurídico, si contra ella mediaron indicios de responsabilidad, ya que la investigación del delito, en estos casos, es una carga que todos los ciudadanos deben soportar.

### **5. Actuación en segunda instancia.**

---

<sup>5</sup>Fólios 349 a 354, Principal No. 2

Expediente: 19001-33-31-008-2017-00105-01  
Demandante: RICARDO MORENO MUÑOZ y otros  
Demandado: LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 13 de febrero de 2018<sup>6</sup> se admitió el recurso de apelación de las entidades condenadas. Por auto de 23 de febrero del mismo año<sup>7</sup>, se decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado a las partes para alegar por el término de diez (10) días.

## **6. Alegatos de conclusión.**

### **6.1. Por Nación- Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial<sup>8</sup>.**

Sostuvo que si bien el proceso penal que se adelantó en contra del señor Ricardo Moreno Muñoz, terminó con sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Popayán con funciones de conocimiento, resulta necesario tener presente que la responsabilidad penal no se transmite de manera idéntica frente a la reparación directa, pues las nociones de culpa tienen grandes diferencias entre sí.

Hizo precisión que fue el sustento allegado por la Fiscalía General de la Nación, al momento de solicitar la medida de aseguramiento privativa de la libertad, así como el comportamiento del hoy demandante, lo que en su momento llevó al Juez de Control de Garantías a proferir medida de aseguramiento privativa de la libertad por el delito de "Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones", en consideración a que la Fiscalía como titular de la acción penal solicitó que se impartiera legalidad al procedimiento de captura, la cual se llevó a cabo el día 12 de julio de 2011 a la 1:30 a.m. en la carrera 6 No. 19N-10, sitio en el cual el indiciado fue sorprendido cuando llevaba consigo un arma tipo revólver, sin permiso, la cual luego del estudio correspondiente, se encontró que era apta para disparar.

En el mismo orden sostiene, que fue el actuar del señor Ricardo Moreno Muñoz lo que originó la movilización del sistema judicial en su función

---

<sup>6</sup>Folio 03 Cuaderno Apelación

<sup>7</sup> Folio 9 Cuaderno Apelación

<sup>8</sup>Folio 14 y 15 cuaderno Apelación

constitucional de perseguir e investigar las presuntas actuaciones que se hubieren podido configurar en delito. Actuación consecuente y necesaria frente al informe de la Fiscalía General que daba cuenta de la captura en flagrancia de que fue objeto el ciudadano Moreno Muñoz.

## **6.2. Por la Fiscalía General de la Nación<sup>9</sup>.**

Se presentó alegatos de conclusión para que obraran en esta instancia, iterando los argumentos del recurso de alzada.

## **6.3. Por la parte demandante<sup>10</sup>.**

Indicó que en el caso bajo estudio se configuró una falla en la prestación del servicio de parte de las entidades demandadas, porque la medida de aseguramiento desconoció normas de carácter sustancial y procedimental penales; se valoraron de manera equivocada los elementos de prueba y se ignoró la estructura de tipo penal.

Concluye que la tenencia o porte del arma de fuego nunca existió, porque de lo contrario el demandante no hubiera salido absuelto, nunca hubo porte y por eso es que la sentencia absolutoria dentro del proceso penal de manera categórica señala que no existió conducta delictiva ni se colocó en peligro el bien jurídico tutelado que es la seguridad pública, existiendo el deber de reparar el daño antijurídico ocasionado, porque fue procesado y privado de su libertad por una conducta que no existió.

## **7. Concepto del Ministerio Público.**

Referenció que al tenor de la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando se limita a la libertad de un ciudadano en cumplimiento de una orden de captura debidamente dispuesta y en acatamiento de los términos legales previstos para tal fin, la detención emerge como carga que se está en el

---

<sup>9</sup>Folios 18 a 36 cuaderno Apelación

<sup>10</sup> Folios 20 a 28 cuaderno Apelación

Expediente: 19001-33-31-008-2017-00105-01  
Demandante: RICARDO MORENO MUÑOZ y otros  
Demandado: LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

deber jurídico de soportar y que se justifica en el ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado.

Consideró que esas reglas deben aplicarse en el presente asunto, porque efectivamente se acreditó que el demandante fue capturado en flagrancia por la Policía Nacional el día 12 de julio de 2011, en la carrera 6 con calle 20, barrio Ciudad Jardín, quien llevaba un arma tipo revólver en la mano e informado de sus derechos manifestó que no tenía permiso para portar armas, pero jamás negó que portara dicha arma, de modo que su conducta fue la que llevó a que las autoridades tomaran la decisión de imponer una medida de aseguramiento.

De esa manera afirma, no existió alguna falla en el servicio, siendo la conducta errática del capturado que llevó al juez a imponer la medida de aseguramiento y aunque posteriormente se absolviera al procesado el hecho de portar un arma sin salvoconducto constituye al menos una culpa grave y el consecuencia hay lugar a exonerar a las entidades por el hecho exclusivo de la víctima.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

El Tribunal es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con el artículo 153 del CPACA.

### **2. Caducidad**

La parte demandante solicita la reparación de los perjuicios de carácter material e inmaterial causados como consecuencia de la privación injusta de la libertad del señor RICARDO MORENO MUÑOZ.

Con sentencia del 31 de marzo de 2014<sup>11</sup>, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Popayán, absolvió al señor

---

<sup>11</sup>Folios 83 a 86 c. ppal 1

Expediente: 19001-33-31-008-2017-00105-01  
Demandante: RICARDO MORENO MUÑOZ y otros  
Demandado: LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

RICARDO MORENO MUÑOZ, frente a la cual no se presentó recurso de apelación. Entonces, los dos años para presentar la demanda de que trata el literal i) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA, irían hasta el 1 de abril de 2016; como la demanda se presentó el 08 de octubre de 2014<sup>12</sup>, se encuentra dentro del término oportuno.

### **3. El problema jurídico.**

Le corresponde al Tribunal determinar si la Sentencia N° 192 de 26 de septiembre de 2017, del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, debe ser revocada, modificada o mantenerse incólume.

### **4. El precedente jurisprudencial vigente en materia de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.**

En sentencia de 15 de agosto de 2018, dentro del expediente N°66001-23-31-000-2010-00235 01(46.947) “la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado avocó el conocimiento del [...] caso, con el fin de modificar su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales se reclama la reparación de daños irrogados con ocasión de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca dicha medida.”

Luego de relacionar los argumentos unificados en la sentencia de 17 de octubre de 2013, la Alta Corporación rectificó la tesis que sostenía que la medida de aseguramiento de detención preventiva, pugna con la presunción de inocencia. La variación jurisprudencial se fundamenta en que la libertad no es un derecho absoluto y aquella forma de restricción de la libertad no tiene relación alguna con tal presunción.

El cambio jurisprudencial se explicó de la siguiente manera:

---

<sup>12</sup>Folio 128 c. ppal 1

Expediente: 19001-33-31-008-2017-00105-01  
Demandante: RICARDO MORENO MUÑOZ y otros  
Demandado: LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

*“No obstante, es necesario rectificar la tesis conforme a la cual la medida de aseguramiento de detención preventiva, aun cuando constitucional, pugna con la presunción de inocencia, en primer lugar, porque la libertad no es un derecho absoluto (como luego se expondrá -ver infra, numeral 4.4.) y, en segundo lugar, por cuanto aquella forma de restricción de la libertad no tiene relación alguna con esta última presunción, ni mucho menos comporta un desconocimiento de la misma, ya que, en la medida en que durante el proceso penal no se profiera una sentencia condenatoria, la inocencia del implicado se mantiene intacta; por consiguiente, si la terminación del proceso responde a su preclusión y si, por igual razón, la inocencia de la persona se sigue presumiendo, no hay cabida a hablar de un daño (mucho menos antijurídico) ni de una privación injusta de la libertad sobre la cual se pueda edificar un deber indemnizatorio fundamentado exclusivamente en la vulneración de dicha presunción.*

*Ahora, como se sabe, a medida que transcurre el proceso penal la exigencia de la prueba sobre la responsabilidad en la comisión de un hecho punible es mayor, de modo que, **para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva, basta que obren en contra de la persona sindicada del hecho punible indicios graves de responsabilidad penal...***

Posteriormente expuso sobre el carácter constitucional y legal de la medida de aseguramiento, y explicó en la misma sentencia, que dado que la indemnización se abre paso cuando se demuestra que la privación de la libertad del procesado fue injusta, podría no ser admisible que se le obligara a indemnizar a quien ha sido objeto de la medida de detención preventiva cuando para la imposición de esta, se han satisfecho los requisitos de ley.

Con la sentencia de tres (03) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), Proceso número: 15001233100020030261101 (44520), la Alta Corporación analizó, respecto de la privación de la libertad, la responsabilidad patrimonial del Estado en los siguientes términos:

*“Sobre lo anterior, la Sala ha considerado que si bien el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado, en los eventos en los cuales la actuación de cualquiera de sus ramas u órganos hubiera sido “abiertamente arbitraria”, dicha disposición no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto estos*

*no tengan el deber jurídico de soportarlos porque el hecho no existió o porque la conducta investigada no constituyó un hecho punible.*

*De igual forma, si bien el Estado está legitimado para privar preventivamente de la libertad a las personas que sean sometidas a una investigación penal, quien sufra dicha limitación tendrá derecho a que se le indemnicen los daños que con la misma se le hubieran causado, cuando se evidencie que la detención fue injusta. En pocas palabras: quien legal pero injustamente haya sido privado de su libertad, tiene derecho a que se le indemnicen los daños que hubiere sufrido.”*

El Consejo de Estado, refirió que en la Sentencia de Unificación de 15 de agosto de 2018 inicialmente citada, no definió un régimen específico en materia de privación injusta; por lo tanto atendió, para analizar el caso, lo afirmado por la Corte Constitucional en Sentencia SU-072 de 2018, enlistado el método adecuado para abordar el estudio de responsabilidad, de la siguiente manera:

1. *Lo primero que debe analizarse es si con la medida restrictiva de la libertad se incurrió en una falla en el servicio, régimen que por antonomasia es el aplicable para efectos de endilgarle responsabilidad a los entes estatales.*

2. *Este análisis debe incluir en primera medida lo afirmado por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, ya citada en precedencia, esto es, debe estudiarse si la medida de privación de la libertad correspondió a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales.*

3. *Así mismo, debe estudiarse si la medida fue ilegal, si existieron irregularidades en el proceso penal, si la medida se sujetó a los requisitos formales y establecidos en la ley penal, si su imposición está motivada con claridad y suficiencia y, si se ajusta a los valores y derechos que consagra la Carta Política, así como a los parámetros fijados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en todo caso, se deber tener en consideración la gravedad del delito, la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados, los antecedentes del sindicado, las circunstancias de haber sido aprehendido en flagrancia, el desacato a decisiones judiciales previas o a la asunción de una conducta reprochable con posterioridad a la ejecución del hecho punible<sup>27</sup>.*

4. *Si superado ese primer estudio se observa que aunque no existe reproche alguno a la actuación de la entidad en los términos señalados, el análisis de la responsabilidad se observará bajo los parámetros del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, pero*

*que causa daño antijurídico a las personas que no tengan el deber jurídico de soportarlo, tal y como sería cuando se evidencie que la persona no estaba llamada a soportar la privación, por haber sido exonerada por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, o la conducta no constituía un hecho punible.*

5. *Finalmente, en todos los casos sin excepción debe estudiarse la culpa exclusiva de la víctima como exonerante de responsabilidad, en otras palabras, cuando se advierta que el sindicado estaba en el deber jurídico de soportar la detención porque incurrió en una actuación dolosa o gravemente culposa desde el punto de vista civil<sup>28</sup>, hay lugar a declarar la culpa de la víctima, tal y como quedó consignado en la sentencia de unificación en cita (...)*

Así la cosas, es preciso tener en cuenta las pautas señaladas en la jurisprudencia citada, aclarando que de conformidad con la Sentencia SU-072 de 2018, "el artículo 90 de la Constitución no define un título de imputación y que, en todo caso, la falla en el servicio es el título de imputación preferente, y necesariamente implica definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue **proporcionada y razonada**, previa la verificación de su conformidad a derecho", sin dejar de lado que debe estudiarse igualmente la culpa exclusiva de la víctima como exonerante de responsabilidad.

## **6. Caso concreto**

### **6.1 Del daño constitutivo de la privación de la libertad del demandante.**

En el asunto de autos no existe discusión en la privación de la libertad a la que fue sometido el señor RICARDO MORENO MUÑOZ, que ocurrió desde 12 de julio de 2011 hasta el 16 de julio de 2012<sup>13</sup>. No obstante, este elemento por sí solo no se erige en resarcible, como quiera que para comprometer la responsabilidad del Estado se requiere que el mismo sea antijurídico.

### **6.2 Cuando sobrevenga la absolución del privado de la libertad por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, debe analizarse si la decisión a través de la cual se restringió preventivamente la libertad fue**

---

<sup>13</sup> Folios 16 y 59 c. ppal 1

**inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria – falla del servicio.**

La Corte Constitucional en la Sentencia SU-072 de 2018, referenció que la responsabilidad por la actividad judicial depende exclusivamente del artículo 90 de la Constitución, el cual no establece un título de imputación definitivo, por haberse limitado a señalar que el Estado responderá por los daños antijurídicos que se les causen a los particulares.

En tal sentido, consideró que definir una fórmula rigurosa e inflexible en los casos de privación injusta de la libertad, contraviene el entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y de paso del régimen general de responsabilidad previsto en el artículo 90 constitucional.

En ese orden de ideas, sugirió que cuando la absolución del privado de la libertad sobrevenga por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, debe analizarse si la decisión a través de la cual se restringió preventivamente la libertad fue *inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria*, es decir, si dio lugar a falla del servicio:

*“De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el **juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.***

105. Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –**el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica**- es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que **el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.** (Resaltado en el texto)...

106. Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del *in dubio pro reo*- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para

Expediente: 19001-33-31-008-2017-00105-01  
Demandante: RICARDO MORENO MUÑOZ y otros  
Demandado: LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

*definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma.*

***La condena automática del Estado cuando se logra demostrar que el acusado no fue responsable de la conducta punible –antes, “no cometió el hecho”- o que su responsabilidad no quedó acreditada con el grado de convicción que exige la normativa penal, no satisface la necesidad de un ordenamiento armónico que además avance a la par de los desafíos normativos.”***

De acuerdo con la decisión adoptada por el Juez Penal, se tiene que la absolución del señor RICARDO MORENO MUÑOZ, se dio porque no se tuvo certeza acerca de su responsabilidad, en la medida que de la investigación solo se tiene sospechas del porte y tenencia del arma que le fue encontrada, lo cual no es suficiente para condenar. Indicó el juzgador, que contrario a la medida de aseguramiento donde solamente se requiere de una mera posibilidad, o probabilidad; para condenar se debe derribar la duda, con un fundamento sólido.

Por consiguiente deberá verificarse si las entidades incurrieron en falla del servicio con la medida restrictiva de la libertad, pues como se encuentra demostrado, el hecho si existió, y la conducta era objetivamente típica para el momento que se determinó detención preventiva del señor MORENO MUÑOZ, de manera que no es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo.

### **6.3 Sobre la actuación de las entidades y la medida privativa de la libertad**

El proceso penal adelantado contra RICARDO MORENO MUÑOZ, fue en el marco de la Ley 906 de 2004, vigente para el momento de los hechos.

El 12 de julio de 2011, se realizan las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento del RICARDO MORENO MUÑOZ por el delito: HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO CON TENTATIVA DE HOMICIDIO Y FABRICACIÓN, TRÁFICO O

Expediente: 19001-33-31-008-2017-00105-01  
Demandante: RICARDO MORENO MUÑOZ y otros  
Demandado: LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

## PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES<sup>14</sup>.

El Juzgado Segundo Penal Municipal -ambulante- de Popayán con Funciones de Control de Garantías, consideró se dieron los requisitos del artículo 308 del C.P.P., toda vez que la pena a imponer supera los cuatro años de prisión, para imponer la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario. A partir de los elementos probatorios determinó se dan los elementos objetivos. Respecto de los elementos subjetivos consideró el investigado tenía conocimiento de portar un arma de fuego sin permiso, tenía dominio del hecho. Consideró también, que esa conducta es grave, por cuanto atenta contra la seguridad pública, la tranquilidad pública; señaló que es un delito de peligro por cuanto no existe la perspectiva del bien jurídico a su protección.

El juez en consecuencia consideró que la medida, es necesaria para proteger a la comunidad, razonable y adecuada en virtud de la gravedad del delito.

En el escrito de acusación presentado por la Fiscalía el 06 de septiembre de 2011<sup>15</sup>, se describen los hechos jurídicamente relevantes, que llevaron a investigar penalmente al demandante, así:

*"Refiere el informe de policía de Captura en Flagrancia que el día 12 de julio de 2011 siendo aproximadamente 1,20 horas el comandante de guardia de la comuna Tres, les Informo a los policiales que en el CAI había una persona capturada, al llegar al lugar entrevistaron a uno de los patrulleros de nombre EDUARDO RAMIREZ placa 129850 QUIEN LES MANIFESTO QUE CUANDO SE ENCONTRABAN POR LA CARRERA 6 CON CALLE 20 Barrio ciudad Jardín cuando observaron a una persona con actitud sospechosa a una persona de sexo masculino vestido con pantalón jean azul y chaqueta azul, y vio que llevaba una arma de fuego tipo revolver en la mano a quien procedieron a trasladarlo al CAI más cercano. La persona se identificó como RICARDO MORENO MUÑOZ IDENTIFICADO CON CEDULA NRO. 1.061.725.480 DE Popayán, de inmediato se le leyeron los derechos del capturado por el delito de PORTE ILEGAL DE ARMAS y lo trasladaron a la URI, donde se le materializaron sus derechos y se le hizo suscribir acta de buen trato,*

---

<sup>14</sup> Folios 14 c. ppal 1

<sup>15</sup>Folios 23 a 26 c. ppal

Expediente: 19001-33-31-008-2017-00105-01  
Demandante: RICARDO MORENO MUÑOZ y otros  
Demandado: LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

*manifestó no tener permiso para portar armas. El arma no tenía municiones. El arma fue entregada a personal de C.TYI. de la URI."*

*Al arma se le practicó el análisis con los siguientes resultados CALSE REVOLVER, FABRICA SMITH WESSON MODELO 10-5 CALIBRE 38. FUNCIONAMIENTO POR REPETICION, SERIE Nro. D94920 estampado en la empuñadura fabricación original USA. Con tambor para alojar seis cartuchos.*

*Conocidos los hechos por la Fiscalía, se solicitó audiencias preliminares, las cuales se realizaron por el Juzgado Segundo Penal Municipal ambulante de Popayán con funciones de control de Garantías, el día 12 de julio de 2011, y se legalizó la captura, se formuló imputación y se impuso medida de aseguramiento*

*Al señor RICARDO MORENO MUÑOZ, se le imputó el delito contemplado en el Libro II título XII capítulo II Art. 365 del Código Penal de la FABRICACION, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES modificado por el Art. 19 de la ley 1453 de 2011 que conlleva una pena mínima de 9 años y una máxima de 12 años. Con la modificación que hiciera el Art. 19 de la ley 1453 de 24 de junio de 2011, en calidad de autor, en la modalidad de dolo. Cargos a los cuales el señor RICARDO MORENO MUÑOZ no se allanó por lo que la fiscalía de acuerdo a los elementos probatorios y evidencia física observa que hay mérito para presentar escrito de acusación con la misma imputación fáctica y jurídica."*

Así las cosas, de las actuaciones surtidas dentro del proceso penal, considera este Tribunal que la medida privativa de la libertad impuesta al señor RICARDO MORENO MUÑOZ, no corresponde "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 inapropiada, ni razonada, ni conforme a derecho", porque se tenía indicios graves de responsabilidad penal del capturado, al haberse encontrado en su poder un arma de fuego sin el respectivo permiso para su porte apta para ser disparada y en un actitud sospechosa en horas de la madrugada.

De ese modo las circunstancias de cómo sucedieron los hechos permitía inferir razonadamente su participación en la conducta delictiva.

#### **6.4 Del comportamiento del sindicado dentro del proceso penal y si su actuar configura desde el punto de vista civil una causal de exclusión de**

Expediente: 19001-33-31-008-2017-00105-01  
Demandante: RICARDO MORENO MUÑOZ y otros  
Demandado: LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

## **responsabilidad para el Estado.**

Tal como se adujo en líneas anteriores, la Sentencia SU-072 de 2018, puntualizó que la detención preventiva es una figura distinta a la pena y los presupuestos para su procedencia también son diferentes.

En ese orden, explicó la Corte Constitucional, que mientras que para imponer la medida se requería solo un indicio grave de responsabilidad, para condenar se requería un grado de conocimiento y convicción sustancialmente mayor.

En la referida sentencia se cuestionó el hecho que se condene automáticamente al Estado cuando no se **logra demostrar que el acusado no fue responsable de la conducta punible o que su responsabilidad no quedó acreditada con el grado de convicción que exige la normativa penal, porque no se ha privilegiado un único título de atribución de responsabilidad en el ordenamiento jurídico** y ello le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, en aplicación del principio *iuranovit curia*, aceptado por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

La Corte lo explica así:

***“Téngase en cuenta, por ejemplo, que en el esquema procesal penal anterior al actual<sup>16</sup> el Fiscal tenía la posibilidad de interactuar de manera más directa con la prueba; sin embargo, una vez se expide la Ley 906 de 2004, el protocolo procesal e investigativo cambió trascendentalmente de tal manera que la inmediación probatoria queda como asunto reservado al juez de conocimiento<sup>17</sup> y, en ese orden, una investigación que en principio parecía sólida, podría perder vigor acusatorio en el juicio oral.***

---

<sup>16</sup> Ley 600 de 2000, artículos 39, 40 y 74, entre otros.

<sup>17</sup> “Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 16. INMEDIACIÓN. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías.

Expediente: 19001-33-31-008-2017-00105-01  
Demandante: RICARDO MORENO MUÑOZ y otros  
Demandado: LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

***En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial<sup>18</sup>, en el cual la contradicción y la valoración de la prueba, se materializan en el juicio oral, es desproporcionado exigirle al Fiscal y al juez con función de control de garantías que hagan valoraciones propias de otras fases procesales en aras de definir, en etapas tan tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria que se mostraban uniformes, la imposibilidad de que el procesado hubiera ejecutado la conducta, ya que, se reitera, quien tiene la competencia para decidir acerca de la contundencia demostrativa de aquellos elementos es un funcionario judicial que actúa en etapas posteriores a las previstas para definir asuntos como la libertad.***

***Es incuestionable, entonces, que solo ante la contradicción en el juicio oral se puede evidenciar que los testimonios, las pericias y los demás tipos de prueba obtenidos por el Estado tenían fallas o admitían lecturas contrarias”.***

Ahora bien, se tuvo la declaración del Patrullero de la Policía, Eduardo Ramírez Castro, quien fue la persona que observó directamente cuando el capturado se desplazaba por la calle llevando el arma en la mano y lo condujo al CAI.

*“Siendo el 12 de julio de 2011, yo realizaba un desplazamiento de acompañamiento al municipio de miranda con un personal del escuadrón móvil de carabineros, se hizo el procedimiento y de regreso, yo vivo por el barrio Villadocente, actualmente, me bajo en campanario y me dirijo a mi casa por la carrera sexta (...) era la una de la mañana(...)cuando en una actitud sospechosa, veo el comportamiento del ciudadano Ricardo, se asoma en una esquina y se esconde, al ver ese comportamiento, a mí se me hizo muy extraño y aligero mi paso, prácticamente que corro, cuando precisamente me encuentro al señor que está buscando en un jardín un objeto, en el momento no tenía conocimiento que era, el buscaba, no lo encontraba cuando ya lo encuentra se jira y me doy cuenta que es un arma de fuego, al ver que es un arma de fuego, pues para proteger mi integridad y mis bienes yo tomo y le digo al señor con el arma de fuego que yo tengo asignada, que no haga nada, que por favor entregue el arma de fuego, el señor Ricardo acepta la recomendación, no toma ninguna acción extraña baja el arma él me dice que eso no es de él, yo le digo que por qué la tiene, mas sin embargo yo le dijo que se gire, tomo el arma y lo dirijo al CAI 3.”*

Tales probanzas le daban sustento a la acusación presentada ante el juzgador por el ente investigador, pues el demandante fue capturado en flagrancia cuando tenía en su poder un arma de fuego, apta para disparar y sin el permiso para portar la misma de autoridad competente.

---

<sup>18</sup> Artículo 203 y ss del C.P.P”

Expediente: 19001-33-31-008-2017-00105-01  
Demandante: RICARDO MORENO MUÑOZ y otros  
Demandado: LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

Así, al tenor de los precedentes vigentes en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, tanto de la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, se concluye que la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta al imputado, no fue injusta, máxime que se configuró la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.

Por todo lo expuesto, se revocará la sentencia de primer grado y se negarán las pretensiones de la demanda.

### **7. Costas.**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dentro de la sentencia el Juez deberá pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

En razón a que se revocará la decisión de primer grado se condenará en costas de ambas instancias, al extremo activo de la litis. Fíjense por concepto de agencias en derecho el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones de la demanda, en cada una de las instancias.

De conformidad con lo señalado en el artículo 366 del CGP, las agencias en derecho deberán liquidarse por el Juzgado de Origen una vez quede ejecutoriado el auto que ordene estar a lo dispuesto por el superior, para lo cual deberá seguir las reglas previstas en la citada disposición legal.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**PRIMERO.- REVOCAR** la Sentencia No. 192 dictada por el Juez Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, el 26 de septiembre de 2017, por las razones aquí expuestas. En su lugar se dispone:

Expediente: 19001-33-31-008-2017-00105-01  
Demandante: RICARDO MORENO MUÑOZ y otros  
Demandado: LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

**SEGUNDO.- NEGAR** las pretensiones de la demanda.

**TERCERO.- CONDENAR** a la parte demandante en costas de ambas instancias, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO.- NOTIFÍQUESE** la presente sentencia a las partes de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 203 del CPACA.

**QUNTO.-** En firme esta decisión, devuélvase al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Los Magistrados,**

  
NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

  
DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO

  
JAIRO RESTREPO CÁCERES