



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veinticinco (25) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

Magistrado ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
RADICADO: 70001-33-33-002-2013-00210-01
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: YOSIMAR MUÑOZ RIVERA Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN-MINDEFENSA-POLICÍA NACIONAL
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
NACIÓN-RAMA JUDICIAL

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y la Nación – Rama Judicial, contra la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2015 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1 LA DEMANDA¹.

En ejercicio del medio de control de reparación directa, YOSIMAR MUÑOZ RIVERA, IMELDA TERESA RIVERA DE MUÑOZ, EMILSE ISABEL MUÑOZ RIVERA, MANUEL ESTEBAN MUÑOZ RIVERA, MARLY ESTHER MUÑOZ RIVERA, HUGO ENRIQUE MUÑOZ RIVERA, JORLENIS PATRICIA MUÑOZ RIVERA, DORA ESTHER MUÑOZ RIVERA y MARÍA DE LAS MERCEDES MUÑOZ RIVERA, por conducto de apoderado judicial, presentaron demanda en contra de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL, la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a través de la cual **PRETENDEN:(i)** se declare administrativa y extracontractualmente responsables a las entidades demandadas por los perjuicios causados a los demandantes como resultado del proceso penal seguido contra el señor YOSIMAR MUÑOZ RIVERA, y por el cual

¹ Folios 1 a 18 C. Ppal. 1

estuvo privado de la libertad desde el 9 de marzo de 2012 hasta el 13 de agosto del mismo año; **(ii)** se condene a las entidades demandadas al reconocimiento y pago de perjuicios morales, daño en la vida de relación y materiales en la modalidad de lucro cesante y daño emergente.

Como **SUPUESTO FÁCTICO** se narró en la demanda que:

El día 8 de mayo de 2012 fue capturado el señor YOSIMAR MUÑOZ RIVERA presuntamente por miembros de la comunidad quienes lo agredieron físicamente, y luego les fue entregado a los policiales JAIR VIECCO GUZMAN y ALBEIRO BRIEVA BALDOVINO.

Con sustento en el informe y la denuncia interpuesta por la víctima, la Fiscalía General de la Nación solicitó al Juzgado Promiscuo Municipal de Sampedano – Sucre la legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, diligencia que se celebró el día 10 de marzo de 2012 y en donde se impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en el lugar de residencia.

Señalo la parte actora que la medida fue injustificada, por cuanto se produjo con elementos probatorios y evidencias físicas que no correspondían a la realidad, pues hubo falsedad en el informe de policía y en la denuncia de la víctima, prueba de ello es la declaración del señor ROGER MANUEL SANTOS ALVAREZ ante el Fiscal de Infancia y Adolescencia, reiterada el día 17 de abril de 2012 ante el Fiscal de conocimiento, y por la cual se presentó solicitud de audiencia de preclusión, la que solo se llevó a cabo el día 13 de agosto de 2012, en la que el Juez decretó la preclusión de la investigación.

El señor YOSIMAR MUÑOZ RIVERA estuvo privado de su libertad bajo la medida de aseguramiento desde el 9 de marzo de 2012 hasta el 13 de agosto de 2012, padeciendo el y su núcleo familiar, la detención injusta de que fue víctima.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

En tiempo concurrieron las entidades demandadas al proceso, contestando la demanda en los siguientes términos:

1.2.1. RAMA JUDICIAL

Se opone a las pretensiones de la demanda con fundamento en que no se ha incurrido en error judicial por parte de esta entidad, como tampoco en falla en

el servicio consistente en privación injusta de la libertad, por cuanto la medida de aseguramiento impuesta por el Juez de Control de Garantías obedeció a solicitud realizada por la Fiscalía General de la Nación, quien para soportar dicha solicitud allegó material probatorio que constataba la comisión del delito de hurto agravado.

Así mismo, según las pruebas allegadas en la demanda el Juzgado Tercero Penal Municipal de Sincelejo, en providencia del 13 de agosto de 2012 resolvió la preclusión de la investigación contra el hoy demandante por existir convencimiento más allá de toda duda de la no participación del acusado en el ilícito. Propuso las excepciones de Culpa de un Tercero e Inexistencia del Nexo Causal.

1.2.2. POLICÍA NACIONAL

La entidad demandada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, señalando que no existe prueba dentro del proceso que permita establecer algún tipo de responsabilidad administrativa en cabeza de la Policía Nacional, pues el procedimiento adelantado por la patrulla policial de vigilancia se ajustó a lo dispuesto en la constitución y la Ley.

Aseguró que en esa oportunidad los miembros de la Policía Nacional acudieron a un llamado de la comunidad al capturar al hoy demandante quien al parecer había robado un celular, así las cosas la actuación de los miembros de la Policía Nacional se limitó a poner a disposición de la Fiscalía al señor Yosimar Muñoz capturado en flagrancia, por lo tanto le correspondía al Fiscal como coordinador de las funciones de Policía Judicial que cumple la Policía Nacional, verificar si el procedimiento efectuado por los uniformados se ajustaba a la constitución y la Ley, como se señala en el artículo 250 de la C.P, por ello debe ser la llamada a responder en el presente asunto. Propuso las excepciones de hecho de un tercero y falta de legitimación en la causa por pasiva.

1.2.3. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Precisa no se configura ninguno de los supuestos esenciales que permitan estructurar alguna clase de responsabilidad en cabeza de esta entidad. Toda vez, que la actuación desplegada se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimientos vigentes para la época de los hechos.

Que la obligación de la Fiscalía General de la Nación es asegurar la comparecencia de los presuntos infractores y para ello debe desplegar la actividad conducente apegándose en todo momento a lo dispuesto en los códigos en materia de derecho de defensa, debido proceso y demás garantías de los procesados.

Aclara, que la solicitud formulada por esta entidad sobre la imposición de la medida restrictiva de la libertad del demandante no representaba para el juzgador la obligación de acceder a ella. Formula las excepciones de inexistencia del daño antijurídico e inexistencia del nexo causal; inexistencia de falla en el servicio por omisión imputable a la Fiscalía General de la Nación y Hecho de un tercero.

1.3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo profirió sentencia el 10 de diciembre de 2015, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Señaló el *A quo* que en el asunto se configuraron los elementos de responsabilidad que trae el Art. 90 de la Constitución Política, bajo el título de imputación del Régimen Objetivo, toda vez que joven YOSIMAR MUÑOZ no cometió el comportamiento delictual que se le imputaba y por el que soportó la privación de la libertad por espacio de 5 meses y 6 días.

Indicó el Juzgado que se causó un daño antijurídico a la víctima por parte de la Fiscalía General de la Nación, quien no sólo solicitó la medida de aseguramiento, sino que también presentó la solicitud de preclusión de la investigación. Además, en su momento no valoró la declaración juramentada por parte de la presunta víctima directa, esto es, la del señor Roger Manuel Santos Álvarez, quien en esa oportunidad manifestó que el hoy demandante no tenía nada que ver con el hurto, observándose de esta manera, una carga que no debía ser soportada por él, prolongándose la privación de la libertad hasta el momento en que se constató lo anterior y se solicitó la preclusión del proceso; y por parte de la Rama Judicial, al tener en cuenta que esta fue quien privó de la libertad que tiene todo ciudadano colombiano al momento que ordenó su captura y luego legalizando la misma en la audiencia concentrada de legalización de captura, formulación de la imputación y medida de aseguramiento, privando de la libertad al demandante. Aunado a ello la tardanza en la celebración de la audiencia de preclusión por cuatro meses contando este término desde la radicación de la

solicitud por la fiscalía, por lo anterior se evidenció la privación del demandante por 5 meses y 6 días, la cual, culminó con la preclusión por la no comisión del delito.

Manifestó que la Fiscalía no desvirtuó la presunción de inocencia que recaía sobre aquel y por ello debió solicitar al Juez Tercero Penal Municipal con funciones de conocimiento que absolviera al demandante al no tener certeza de la materialización y autoría de la conducta punible, ya que las pruebas y declaración de la víctima directa lo eximían de responsabilidad penal, conforme a este criterio no corresponde al demandante acreditar nada más allá que el daño causado y su imputación, pues al ser un régimen objetivo resulta irrelevante el análisis de las conductas de quien causaron el daño. No demostró la Fiscalía General de la Nación, la existencia de eximente alguno de responsabilidad en su favor, ni siquiera el denominado "Culpa de un Tercero" invocado en la contestación de la demanda.

Frente a la Nación — Ministerio de Defensa — Policía Nacional, consideró que no se demostró la configuración de una falla del servicio llevado a cabo en la captura del señor Yosimar Muñoz Rivera, razón por la cual debe declararse prospera la excepción de "Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva", por ellos alegada. Teniendo en cuenta las pruebas aportadas al plenario de la investigación seguida por la Fiscalía 16 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito por posible destrucción, supresión de documento público, se encuentra actualmente en archivo ya que el Fiscal encargado consideró que es necesaria que la conducta recaiga o tenga un sujeto activo y en tal investigación ello no se pudo determinar.

En consecuencia de lo anterior, condenó a la Nación – Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación al reconocimiento y pago de los perjuicios morales y materiales en la modalidad de lucro cesante y daño emergente, al tiempo que negó los perjuicios en la vida de relación.

1.4. EL RECURSO DE APELACIÓN

1.4.1 NACIÓN – RAMA JUDICIAL

La entidad interpuso oportunamente recurso de apelación, manifestando que el A quo no acató el precedente jurisprudencial contenido en sentencia de unificación emitida el 10 de agosto de 2015, Radicación 54001233100020000183401 (30134) Sección Tercera del Consejo de Estado,

en el que se dispuso la necesidad de realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado así como determinar si los argumentos que sustentan la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio de in dubio pro reo, esconde deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son las que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación penal a su favor.

Continuó manifestando, respecto a la sentencia de unificación citada, que “en la ratio decidendi del fallo, la Sala Plena de la Sección Tercera habilita al juez contencioso administrativo para que en el marco de su competencia, a la hora de resolver sobre la responsabilidad del Estado en los casos en que una persona es privada injustamente de la libertad en el desarrollo de una investigación penal, y finalmente resulta exonerada penalmente mediante la expedición de un fallo absolutorio a su favor o mediante decisión equivalente, para que realice un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determine si los argumentos que sustentan la exoneración penal esconden deficiencias en la actividad investigativa.”

Señaló el recurrente que, el fallador en este caso debió analizar las conductas de la Rama Judicial frente a las de la Fiscalía, esta última que, al tener deficiencias probatorias solicitó la preclusión del proceso penal en virtud del artículo 332 del código de procedimiento penal causal No. 5 "ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado" para lo cual es de fácil interpretación que la Fiscalía dio curso a un proceso penal en el que no logró obtener resultados favorables a su investigación, que como resultado de ese proceso se ocasionaron unos daños y perjuicios reconocidos por este despacho judicial al señor YOSIMAR MUÑOZ RIVERA.

Resaltó que en el presente asunto la Fiscalía tarda más de 5 meses en 6 días para darse cuenta que el señor YOSIMAR MUÑOZ RIVERA no tiene nada que ver con la actuación penal que se investiga y que se le imputa, ante lo cual el Juez Administrativo debió examinar esa conducta dolosa de la Fiscalía de mantener incólume una solicitud de aseguramiento innecesaria.

Reiteró que el juez con funciones de control de garantías que actuó durante el proceso penal, cumplió las funciones que le asigna la Ley 906 de 2004, las audiencias por él dirigidas fueron audiencias preliminares, en las cuales, no se discute la responsabilidad penal de los imputados, por cuanto trabaja con

elementos probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, elementos que no constituyen plena prueba y por ende, no son suficientes para discutir la responsabilidad, por lo cual la medida de aseguramiento impuesta obedeció a principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación.

Considera el recurrente que no puede el Juez de primera instancia declarar solidariamente responsable a la Rama Judicial por la presunta privación injusta que sufrió el señor YOSIMAR MUÑOZ RIVERA, en estricto sentido, pues como se dejó claro en la contestación de la demanda, la medida de aseguramiento intramural que impuso el Juez de Control de Garantías dentro de la investigación penal adelantada contra el demandante, obedeció a una solicitud realizada por parte de la Fiscalía General de la Nación, quien para soportar dicha solicitud (Medida de Aseguramiento), allegó material probatorio que constataba la comisión o participación del hoy demandante en el delito de hurto, formulado por la Fiscalía, para lo cual el Juez hizo un análisis detallado del material probatorio que lo conllevó a inferir de manera razonable la posible comisión o participación del señor MUÑOZ RIVERA en el delito que le fue imputado, accediendo así a la medida solicitada.

Finalmente dijo que por existir una reciente sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el despacho debió acoger los lineamientos en los cuales le da vía libre al Juez Contencioso para que analice el desarrollo del proceso penal y las conductas de las partes intervinientes en él.

1.4.2 PARTE DEMANDANTE

Expone la parte accionante recurrente, que comparte lo señalado en el numeral SEGUNDO de la sentencia apelada, en cuanto declaró administrativamente responsable a la Nación - Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial por la privación injusta de la libertad de que fue objeto el joven YOSIMAR MUÑOZ RIVERA entre el 9 de marzo de 2012 y 14 de agosto del mismo año, y muestra su desacuerdo parcial con el numeral PRIMERO, en torno a que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación-Ministerio de Defensa -Policía Nacional.

Para sustentar su inconformidad manifestó que existen elementos probatorios suficientes que demuestran que el fundamento para la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad al señor MUÑOZ RIVERA fueron precisamente los informes policiales falsos y la denuncia que de manera constreñida presentase el señor Roger Manuel Santos Álvarez, quien forzado por

miembros de la Policía Nacional mintió señalando que había sido el actor la persona que momento antes de su aprehensión le había hurtado un teléfono celular de su propiedad.

Reiteró que la aprehensión injustificada se produjo teniendo como fundamento elementos materiales probatorios y evidencia físicas que no correspondían a la realidad de lo acontecido el día de los hechos, que sobrevenían de los miembros de la Policía Nacional.

Señaló que la responsabilidad extracontractual de la Policía Nacional resulta ser anónima, y no era necesario identificar plenamente el sujeto activo, sino que basta con demostrar la falla de dicha entidad.

Para acreditar lo anterior resaltó la declaración del señor ROGER MANUEL SANTOS ALVAREZ ante la Fiscal de Infancia y Adolescencia, la denuncia presentaba por BEISA PAOLA MARTINEZ BARRAZA, Fiscal 14 Local de Infancia y Adolescencia, así como la nueva declaración del señor ROGER MANUEL SANTOS ALVAREZ ante el fiscal de conocimiento.

1.5. TRAMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso fue admitido por el Tribunal el 11 de agosto de 2016 (folio 51 C. de segunda instancia). Por auto del 6 de septiembre de 2016 se ordenó correr traslado para alegar y al Ministerio Público para conceptuar (folio 67 C. de segunda instancia).

1.5.1 ALEGATOS DE LAS PARTES Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA.

La entidad demandada NACIÓN – POLICÍA NACIONAL presentó alegatos de segunda instancia, no obstante tal entidad no resultó condenada en la sentencia de primera instancia, como tampoco interpuso recurso de apelación

La NACIÓN – RAMA JUDICIAL presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, reiterando lo expuesto en el recurso de apelación interpuesto (Folio 97 y 98 C. de segunda instancia).

La parte actora no alegó de conclusión en segunda instancia, ni el Ministerio Público conceptuó de fondo.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A.

2.2 PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, en especial lo esbozado en los recursos de alzada, entra el Tribunal a dilucidar el siguiente problema jurídico:

¿Las entidades demandadas son responsables patrimonial y extracontractualmente en los casos de privación injusta de la libertad, cuando se presenta la absolución por preclusión de la investigación por ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado?

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala abordará los siguientes temas: **i)** Responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado en general, **ii)** Responsabilidad del Estado en los casos de privación injusta de la libertad, Responsabilidad objetiva y Responsabilidad subjetiva del Estado, evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado, y **iii)** El caso concreto.

2.3 RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN GENERAL.

Corresponde a la Sala iniciar su análisis determinando el régimen de responsabilidad aplicable al presente caso, dado que nos encontramos frente al ejercicio del medio de control de reparación directa, en los que rige plenamente el principio *iura novit curia*². Para ello se acudirá, en primer lugar, a las normas generales que regulan la responsabilidad del Estado.

El actual régimen constitucional establece la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos

²"el juez conoce el derecho". Para el H. Consejo de Estado: "En los eventos en que se discute la responsabilidad patrimonial del Estado, se debe dar aplicación al principio *iura novit curia*, lo cual implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión." CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., Sentencia del 29 de agosto de 2007. Radicación número: 15001-23-31-000-1994-04691-01 (15494).

por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y este sea imputable al Estado, el mismo corre con el deber legal de entrar a reparar el daño ocasionado. Es así como a través del artículo 90 superior se enmarca el principio general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto en materia contractual como extracontractual, fundamentado en la noción del denominado "daño antijurídico", que es aquel que la víctima no tiene la obligación de soportar, el cual incluye en un concepto más amplio, además de la responsabilidad de la administración pública, la del Estado en general y por ende de la administración de justicia, así como de los demás órganos autónomos e independientes que hacen parte de la estructura del Estatal.

Consagra el mencionado artículo 90 de la Constitución Política:

"ARTÍCULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."

Nótese de la norma transcrita, dos elementos que se constituyen como piedra angular en la responsabilidad de Estado, la imputabilidad y el daño antijurídico, de ahí que cuando se pruebe el hecho dañino, es el Estado mismo el primer obligado a la reparación, por la lesión patrimonial que injustificadamente sufre una persona con ocasión de la función de los organismos estatales."

Así lo ha interpretado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

*"A partir de la expedición de la constitución de 1991, la responsabilidad del estado se define de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 en virtud del cual, el estado será patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes. En efecto, **dos son los postulados que fundamentan dicha responsabilidad: i) el daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a la administración, "sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo de componentes a efectos de configurar la responsabilidad"**. Al respecto, la corte constitucional ha dicho que "la fuente de la responsabilidad patrimonial del estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable...*

(,,)...

***Sobre la noción de daño antijurídico, esta sección ha definido que "consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar"**. En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas"³ (Negrillas de la Sala).*

³CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN "C". Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ. Sentencia del 9 de mayo de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00644-01(23300) Actor: ALVARO OTALORA CELIS. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL Y OTROS.

Es claro entonces, que los daños antijurídicos que desencadenan la responsabilidad del Estado, son aquellos que tienen por autor a una autoridad pública y que además pueden serle válidamente atribuidos al Estado.

En síntesis se puede concluir de lo esbozado por la norma constitucional, que la misma es estricta en guardar diferencia con ambos extremos de la relación de responsabilidad, señalando los sujetos pasivos y activos de la misma, la administración y el lesionado, el daño y la relación de causalidad.

El daño, entendido en el sentido de que alguien debe ser receptor del mismo, rompiéndose así el principio de "no hacer daño a nadie", a su vez este debe ser antijurídico o sea causado por el comportamiento irregular de la administración, falla que se pueda generar por la acción u omisión en el cumplimiento de sus funciones, o por cualquier otra conducta que sea irregular y pueda ocasionar un perjuicio que el afectado no está obligado a sufrirlo, de donde se distingue la existencia de los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva, respectivamente.

A manera de conclusión y bajo el entendido de lo expuesto por la jurisprudencia, se puede decir que el fundamento de daño antijurídico, va en acoplo con los valores y principios que rigen la noción de Estado Social de Derecho, especialmente en lo que lleva a la debida salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración, sin que ello lleve a objetivar toda la responsabilidad estatal, dado que resulta innegable que en términos generales sigue siendo la falla del servicio, el título jurídico de imputación por excelencia, el que claramente es del tipo subjetivo.

2.4 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD, RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SUBJETIVA DEL ESTADO, EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.

Sea lo primero señalar, el sentido amplio que se le ha dado a la salvaguarda del derecho fundamental a la libertad⁴, en el entendido de constituirse en un derecho fundamental de aplicación inmediata, ligado estrechamente a la presunción de inocencia de una persona, mientras no sea condenada.

⁴Sobre el fundamento filosófico de la libertad, puede estudiarse a MILL, John Stuar. Sobre la Libertad. Madrid: Alianza, 1991. De este autor se destaca la siguiente frase: "No es libre ninguna sociedad, cualquiera que sea su forma de gobierno en la cual las libertades no estén respetadas en su totalidad; y ninguna es libre por completo si no están en ella absoluta y plenamente garantizadas".

Valga la pena mencionar que los derechos fundamentales a la libertad personal y la presunción de inocencia, se encuentran consagrados tanto en nuestra Constitución Política como en las normas internacionales como lo es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ y demás de rango legal que establecen el trámite de los procesos penales.

El marco normativo que regula el tema del derecho a la libertad en nuestro país, se encuentra consagrado en los artículos 13 y 28 de la C.P., que a su vez se acoplan a lo establecido por el artículo 29 *ibídem*, normas estas que por su importancia, la Sala transcribe:

"ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados."

*"ARTÍCULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.
..."*

"ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable."

En virtud de esto, la libertad personal como precepto de rango constitucional se convierte en un bien jurídico de protección frente a cada individuo en particular, y a raíz de ello se desarrolla el tema de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad.

En lo relacionado con el tema de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, es el Consejo de Estado a través de su Sección Tercera el que ha construido una línea jurisprudencial sobre el tema, elaborada a partir de la Constitución Política de 1991, y bajo los postulados del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal), derogado por la Ley 600 de 2001.

⁵Artículo 9º *"Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta."*

No obstante lo anterior, no se ha llegado a tener una postura uniforme en relación con el tema en mención a la hora de interpretar y aplicar el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, razón por la cual, la Sala abordara el análisis correspondiente a raíz de las normas que regulan la responsabilidad del Estado, a fin de determinar cuál es régimen de responsabilidad aplicable sobre el *sub lite*, tanto de la norma en comento, como también de la normativa vigente, contenida en los artículos 66 a 69 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de Administración de Justicia).

Sea lo primero mencionar lo que estipulaba el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991:

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

La anterior norma, guardaba las hipótesis de responsabilidad del Estado, bajo el entendido de que el implicado que ha sido privado de la libertad finalmente es absuelto o se precluye la investigación a su favor, cuando al interior del proceso se logre determinar que:

- El hecho no existió.
- El sindicado no lo cometió.
- La conducta es atípica.

Por otro lado la regulación contenida en la Ley 270 de 1996 establece en su articulado respectivo lo siguiente:

"ARTÍCULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley."

ARTÍCULO 67. PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

- 1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.*
- 2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.*

ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

ARTÍCULO 69. DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación."

El anterior marco normativo contiene las hipótesis de que el Estado puede resultar responsable, si logra determinar causas como:

- Privación injusta de la libertad.
- Error jurisdiccional.
- Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Ahora bien, una vez analizados los supuestos de responsabilidad contenidos en ambas regulaciones, se puede extraer, que el régimen de responsabilidad contenido bajo los parámetros del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 es un régimen de tipo de responsabilidad objetiva en la medida en que no requiere la existencia de falla del servicio, razón por la cual no tiene ninguna incidencia la determinación de sí en la providencia que ordenó la privación de la libertad hubo o no error judicial; caso contrario se puede observar de los supuestos constitutivos de la Ley 270 de 1996 que llevan inmersos la necesidad de entrar a demostrar el error judicial o el defectuoso funcionamiento, situación que se ajusta claramente a los lineamientos del régimen de responsabilidad subjetiva del Estado, ya que centra más en la conducta del autor del daño que en el daño mismo y el hecho que lo produjo, casos en los cuales el juzgador debe hacer un juicio de reproche de la actividad jurisdiccional para entrar a determinar la existencia de la responsabilidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, es de gran importancia para esta Colegiatura identificar cual es el título de imputación aplicable al caso concreto de privación injusta de la libertad, bien a través de un sistema subjetivo de falla del servicio, o mediante uno de naturaleza objetivo, razón por la cual se trae a colación en resumen, las diferentes posturas adoptadas por el H. Consejo de Estado en la jurisprudencia relacionada con la responsabilidad del Estado en estos casos.

En primer lugar, lo que podíamos llamar como una primera tesis interpretativa, es aquella donde el Consejo de Estado sometió la responsabilidad por la privación injusta de la libertad a los presupuestos subjetivos del "error judicial", donde debía demostrarse que la medida de detención fue ordenada en forma equivocada por la autoridad competente, con la configuración de una falla del servicio cuya demostración incumbía a quien solicitaba la reparación. Según esta tesis jurisprudencial, la falla del servicio se demostraba si la decisión judicial que dio lugar a la privación de la libertad es abiertamente contraria a la ley y que la conducta fallida de la administración de justicia pudiera dar paso a la

imputabilidad del Estado para reparación patrimonial por los perjuicios que se puedan ocasionar a una persona por la detención preventiva.

Posteriormente, se adoptó otra postura la cual planteaba que ya no era necesario hacer depender la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de la ilegalidad de la orden de detención preventiva, es decir, sin necesidad de hacer una valoración negativa de la actividad desplegada por el órgano represor de los delitos, sino de la absolución posterior del detenido, tomando como base algunas de las causales nombradas en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, llegando así a la verdadera naturaleza de este título de imputación, que se caracteriza por ser una forma de responsabilidad objetiva y directa del Estado.

Una tercera postura asumida por el H. Consejo de Estado, tiene que ver con el argumento de que hay lugar a la indemnización por privación injusta de la libertad cuando, además de los supuestos legales que determinan su desvinculación de una investigación, en los términos del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, se logra probar la existencia de un daño causado por esa privación, daño que debe ser a todas luces antijurídico, arribando a la conclusión de que tal responsabilidad es igualmente objetiva. Así las cosas, no es relevante establecer si la detención fue ordenada equivocadamente por la autoridad judicial. En esos casos, para que la entidad demandada se exima de responsabilidad, es necesario que demuestre que existió una causa extraña.

Por último, lo que se puede denominar como una cuarta postura, es la que amplía la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente, a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico de manera tal que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, pero que posteriormente hubo absolución hallándose una duda razonable o aplicación del *in dubio pro reo*, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios ocasionados al individuo, siempre que este no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos, es decir, se cataloga la privación legal de la libertad como injusta, dado que si el órgano represor del Estado no logra desvirtuar la presunción de inocencia a favor del detenido, la detención se convierte en una

carga excesiva impuesta por el Estado y de allí nace el deber de reparar, independientemente de que se exija un juicio negativo frente a la actividad Estatal.

En síntesis, las anteriores posturas fueron consignadas por el H. Consejo de Estado mediante pronunciamiento que la Sala transcribe en su aparte más importante:

"En interpretación de dicho artículo, el Consejo de Estado había entendido que la responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad era siempre de carácter subjetivo, y que debía demostrarse que la medida de detención fue ordenada en forma equivocada por la autoridad competente, con la configuración de una falla del servicio cuya demostración incumbía a quien solicitaba la reparación. Según esta tesis jurisprudencial, la falla del servicio se demostraba si la decisión judicial que dio lugar a la privación de la libertad, es abiertamente contraria a la ley. Igualmente, se consideraba que, cuando en una investigación existen serios indicios que comprometen la responsabilidad penal de una persona, se entiende que la detención de dicha persona es una carga pública que ésta debe soportar...

En un segundo momento, la jurisprudencia consideró que, cuando se demostraba que la absolución del implicado se produjo por alguno de los eventos consagrados por el artículo 414 del antiguo Código de Procedimiento Penal, la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad debía analizarse conforme al régimen objetivo de responsabilidad, sin que fuera necesaria la demostración de una falla del servicio. En aquellos casos no contemplados en el artículo 414 mencionado, como es el caso de la absolución por aplicación del principio in dubio pro reo, se impone al demandante la carga de demostrar que la privación de la libertad se produjo por un error judicial cometido por la autoridad competente.

...
*En el orden de ideas anteriormente expuesto, el criterio que rige actualmente los pronunciamientos de esta Corporación **en relación con la responsabilidad que le asiste al Estado por los casos de injusta privación de la libertad -aún en aquellos casos en los que se analiza la absolución de una persona penalmente encartada por aplicación del principio in dubio pro reo-, es que se trata de una responsabilidad de carácter objetivo, en la que no es necesaria la demostración de que la autoridad judicial incurrió en un error, y en la que la administración de justicia podrá exonerarse sólo si demuestra que existió culpa exclusiva de la víctima. Al damnificado le basta con demostrar que contra él se impuso una medida privativa de su libertad en el trámite de un proceso judicial, que dicho proceso culminó con decisión favorable a su inocencia, así como el daño surgido de la situación de la detención, para que con esa demostración surja a cargo de la administración la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el ciudadano**"⁶ (Negrillas de la Sala).*

Teniendo en cuenta que la tesis que actualmente rige el tema de la responsabilidad del Estado, va más allá de la aplicación textual de los postulados del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, los que no quedan excluidos a pesar de estar derogados, porque el artículo 90 constituye una cláusula general y amplia de imputación de la responsabilidad de la administración sustentada en el daño antijurídico, en el cual se encuentran inmersos los elementos de responsabilidad que consagraba el precitado artículo 414, por lo que la obligación de reparación surge aún en eventos en los que el sindicado ha sido absuelto en

⁶CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Sentencia del 12 de mayo de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-1998-01785-01(18902) Actor: JUAN ALBERTO CAICEDO Y OTRA. Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

aplicación del principio de *in dubio pro reo*, sin perder de vista lo dispuesto por la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), el H. Consejo de Estado bajo la interpretación de las normas antes descritas, arriba a la conclusión que el régimen correctamente aplicable es el régimen objetivo, como quiera que en los casos de privación injusta de la libertad, más allá de entrar a demostrar el error judicial, se debe establecer que aunque la actividad investigativa que dio lugar a la privación injusta de la libertad se hubiese hecho correctamente, lo cierto es que el individuo no estaba en el deber jurídico de soportar los perjuicios ocasionados por la privación de la que fue objeto.

En relación a lo anterior, es importante mencionar lo interpretado por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo sobre la responsabilidad objetiva del Estado por la privación injusta de libertad a través de la nueva postura, que acoge aún la absolución bajo la aplicación del principio universal del "*in dubio pro reo*", al respecto expone la Corporación:

*"De conformidad con la posición mayoritaria, reiterada y asumida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se amplió la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente frente a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio universal in dubio pro reo, por manera que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, **siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos -cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la medida de detención preventiva.**"⁷ (Negrillas de la Sala).*

En igual sentido ha dicho:

*"Aun cuando la absolución o exoneración de responsabilidad del imputado que ha estado privado de la libertad, no se produzca en aplicación de alguno de los tres supuestos previstos en el artículo 414 del antes Decreto Ley 2700 de 1991, sino como consecuencia de la operatividad del citado principio "*in dubio pro reo*", este no puede proveer de justo título a la privación injusta de la libertad a la cual fue sometida por el Estado la persona penalmente procesada, como quiera que aquel nunca pudo desvirtuar que se trataba de una persona inocente, **la Sala ha determinado que aun en los casos de privación injusta de la libertad provenientes de causas ajenas a las enunciadas en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, o por in dubio pro reo, el régimen de responsabilidad aplicable es de carácter objetivo**, en el cual se prescinde en absoluto de la conducta del sujeto y su culpabilidad; en ella se atiende únicamente al daño producido, por tanto basta demostrar este último para endilgar la responsabilidad de la administración en razón a que*

⁷CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ Sentencia del 27 de junio de 2013. Radicación número: 27001233100020020017301 (31033). Actor: JOSÉ JAFETH IBARGÜEN MOSQUERA Y OTROS. Demandado: RAMA JUDICIAL- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS.

*quien lo padeció no está en la obligación de soportarlo en este caso el daño producto de la privación de la libertad.*⁸ (Negrillas de la Sala).

En definitiva, y en atención a la sentencia *ut supra* del Consejo de Estado, se puede decir, que si bien es cierto antes se predicaba que la responsabilidad del Estado era propia de un régimen de responsabilidad de carácter subjetivo, donde por obligación se debía demostrar la configuración de la falla en el servicio, también lo es que la responsabilidad que le asiste al Estado por los casos de injusta privación de la libertad aún en aquellos en los que se analiza la absolución de una persona penalmente encartada por aplicación del principio *in dubio pro reo*, es que se trata de una responsabilidad de **carácter objetivo**.

Por lo anterior, para la Sala, es claro que la tendencia jurisprudencial actual y que se comparte, no es otra que aplicar el régimen objetivo de responsabilidad, aún en los casos de absolución por duda a favor del procesado⁹⁻¹⁰⁻¹¹.

2.5 EL CASO CONCRETO.

De las pruebas aportadas al plenario se desprende que el señor YOSIMAR MUÑOZ RIVERA fue capturado y le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de residencia (Folio 36 a 39), desde el día 9 de marzo al 13 de agosto de 2012, como consecuencia de la vinculación al proceso penal seguido en su contra en el que se le acusaba del delito de hurto calificado, proceso radicado con el número CUI 700016001037-2012-00039-00.

Igualmente se acreditó que, el día 19 de abril de 2012, el Fiscal de conocimiento radicó solicitud de preclusión de la investigación, alegando como causal la "AUSENCIA DE INTERVENCIÓN DEL IMPUTADO EN EL HECHO INVESTIGADO" (Folio 41 a 43).

⁸CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN Sentencia del 20 de mayo de 2013. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-02243-01(27001) Actor: NELSON VELOZA Y OTROS. Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO.

⁹Posición que ha venido siendo reiterada y sigue vigente al interior de la sección tercera del máximo Tribunal en lo Contencioso Administrativo. Ver CONSEJO DE. ESTADO. SECCIÓN TERCERA Consejero Ponente: DANILO ROJAS BETANCOURT. Sentencia del 26 de noviembre de 2015. Radicación: 270012331000200400683 01. Exp. 36.390.

¹⁰ Posición reiterada en otras decisiones del máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en el siguiente sentido: SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON, Bogotá, D.C., doce (12) de junio de dos mil trece (2013)., Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01658-01(27868), Actor: ANA CRISTINA MARRUGO GONZALEZ Y OTROS, Demandado: NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y OTRO.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 10-08-2015, Radicación: 54001 23 31 000 2000 01834 01(30134), Actor: Edgar Rodríguez Charry y Aminta Charry, Demandado: Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación

En razón de lo anterior, el día 13 de agosto de 2012 se llevó a cabo audiencia de preclusión, en la que el Fiscal de conocimiento reiteró su petición, con sustento en la declaración jurada presentada por la víctima, quien manifestó que el autor de los hechos no es la persona que se encuentra vinculada al proceso, que todo devenía de un montaje de la Policía. En consecuencia, el Juez resolvió precluir la investigación que cursaba en contra del señor YOSIMAR MUÑOZ RIVERA, en atención a existir convencimiento más allá de toda duda de la no participación del acusado en el ilícito (Folio 87 y 88).

Ahora, con sustento en lo antes mencionado, el *A quo* consideró que se configuraron los elementos de la responsabilidad, tanto el daño, representado en la efectiva privación de la libertad del señor YOSIMAR MUÑOZ RIVERA; así mismo la imputación sobre la NACIÓN – RAMA JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

En el estudio de imputación expresó que la FGN solicitó la medida de aseguramiento, además por no valorar en su momento la declaración juramentada de la presunta víctima directa, esto es, la del señor Roger Manuel Santos Álvarez, quien en esa oportunidad manifestó que el hoy demandante no tenía nada que ver con el hurto; frente a la RAMA JUDICIAL expuso que fue quien efectivamente privó de la libertad al señor MUÑOZ RIVERA, aunado a la tardanza en la celebración de la audiencia de preclusión de investigación.

La Sala comulga con la conclusión adoptada por la Juez de Primera Instancia, puesto que se acreditan fehacientemente los elementos de la responsabilidad, tanto el daño como la imputación y por ende surge el deber de reparación.

De cara al daño, se encuentra acreditado que el señor YOSIMAR MUÑOZ RIVERA fue privado de la libertad luego de ser capturado en flagrancia por la comunidad el día 9 de marzo de 2012, para luego imponérsele medida de aseguramiento con detención en su residencia, la cual perduró hasta el 13 de agosto de 2012 (Folio 141); la restricción de la libertad se considera injusta, porque la detención preventiva dictada en el curso del proceso, conlleva un daño que jurídicamente limitó el derecho fundamental a la libertad, libre circulación, libre desarrollo de la personalidad del actor, afectaciones que no estaba en la obligación de soportar.

Conforme el precedente judicial citado en acápite anterior, la atribución de responsabilidad en el caso de daños originados en la privación de la libertad, es

título de régimen objetivo, porque siguiendo la tesis mayoritaria del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, es ilegítimo para un Estado Social de Derecho exigir a los asociados la asunción de la carga de soportar una investigación penal y la privación de la libertad, bajo el argumento de la conservación del interés y la seguridad general de la comunidad, en la investigación y sanción de los delitos.

Recordemos que el régimen de responsabilidad respaldado en el daño antijurídico, atribuye al Estado la obligación de reparar el daño causado así haya existido apego a la legalidad al proferirle al hoy demandante la medida de aseguramiento, razón por la cual, la posterior preclusión de la investigación, revela la existencia de un daño antijurídico al quedar sin alguna defensa la privación de la libertad a la cual se vio sometido el actor por parte de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación

Esta Sala es del criterio de que existe una responsabilidad compartida entre la NACIÓN – RAMA JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, dado que se presenta una actividad conjunta entre las mismas frente a la limitación injusta o antijurídica del derecho fundamental a la libertad del señor YOSIMAR MUMOS RIVERA.

En efecto, bajo el régimen del sistema penal acusatorio, el artículo 306 del C.P.P. señala que el Fiscal es quien solicita al Juez de Control de Garantías la imposición de una medida de aseguramiento "*indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente*", lo cual valorará el Juez para emitir su decisión.

Bajo la ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación tiene la función de adelantar la acción penal y le corresponde por ende carga investigativa y acusatoria de conformidad con el artículo 250 de la Constitución Nacional¹²

¹² **"ARTICULO 250 CONSTITUCIÓN NACIONAL.** La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

siendo la responsable para aportar los elementos necesarios para fundamentar entre otros, la imputación y la petición de medida de aseguramiento, conductas investigativas y procesales, que si bien no jurisdiccionales¹³, conllevan no un simple recaudo de evidencias de Policía Judicial, sino un estudio o ponderación de la verdadera necesidad de la actuación penal ante la presencia de una causa probable medida y la validez probatoria de los elementos que la soportan, y mucho más reposada frente a la petición de medidas de aseguramiento, porque a partir del resultado de la actividad de la Fiscalía, el Juez de Control de Garantías analizando los elementos materiales traídos por el ente investigador dicta la

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez.

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticias incluidas las que le sean favorables al procesado"

¹³ Bajo el sistema adversarial la Fiscalía no cumple funciones jurisdiccionales porque sus actos estas sujetos a control judicial.

orden de restricción del derecho fundamental a la libertad a través de una medida de aseguramiento.

En ese orden, a la Fiscalía le corresponde dirigir coordinar, controlar y ejerce la verificación de la investigación y de las actividades de la policía judicial, pero en manera alguna ello puede constituirse en hecho que le genere exoneración del análisis ponderado de la verdadera necesidad e idoneidad de la imposición de la medida, por ello su solicitud le genera responsabilidad e imputación jurídica del daño cuando este es generado por privación injusta de la libertad, porque tomando lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, **"en este sentido, debe relevarse cómo el fiscal, para los efectos de la captura, también funge encargado de controlar garantías y derechos fundamentales, erigiéndose, en la práctica, en el primer filtro de legalidad de la aprehensión. Con la facultad expresa de ordenar la libertad del aprehendido, en el caso de verificar irregular la actividad del agente o particular que materializó la privación de libertad."**¹⁴

No se puede dejar de lado que la Fiscalía es la directa responsable de la actividad de policía judicial, tal como dispone el numeral 8 del artículo 250 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 5 del artículo 114 de la ley 906 de 2004, por lo que, en su afán investigativo y recaudo de evidencias debe verificar la veracidad de los informes sometidos a su consideración, previo, claro está, de someter al implicado al control judicial, porque reiteramos su actividad encauza la determinación judicial.

En tal sentido, reitera la Sala, que cuando se juzga la responsabilidad del Estado por hechos que constituyen privación injusta de la libertad bajo las reglas de la Ley 906 de 2004, en materia de imposición de medidas de aseguramiento restrictivas de la libertad, existe una relación inescindible entre los elementos materiales y evidencias que aporta la Fiscalía y sobre los cuales cimenta la petición de restringir el derecho fundamental a la libertad y la determinación final de imponerla adoptada por el juez de control de garantías, quien actúa solventado y conducido por el descubrimiento probatoria que previamente se le trae por la Fiscalía

La doctrina ha señalado que:

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 16 de mayo de 2007.M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Radicado. 26.310.

"El descubrimiento probatorio que aquí¹⁵ debe darse es uno que denominamos parcial, pues está limitado a la prueba de los requisitos para tomar la correspondiente medida. No obstante, es claro que la Fiscalía deberá descubrir también aquellas evidencias que, por ser favorables, descarguen al sindicato y tengan la aptitud de poner en duda o desvirtuar el pedido de la medida limitadora de derechos. Sólo con base en este material el juez de control de garantías puede tomar la decisión justa; el fiscal está obligado, así, a cumplir tales reglas, de lo contrario puede incurrir, por omisión, en conductas atentatorias de derechos fundamentales"¹⁶

Si bien la solicitud de medida restrictiva de la libertad realizada por la Fiscalía no sujeta de forma automática al juez de control de garantías, si constituye la base sobre la cual se adopta la determinación de restringir el derecho fundamental a la libertad, cuando se trata de medida de aseguramiento, constituyéndose entonces la actuación desplegada en su labor investigativa, en actos preparatorios de la decisión jurisdiccional que impone la medida limitativa.

Por tal razón, en casos como el que centra la atención de la Sala, cuando con posterioridad a la imposición de la medida de aseguramiento, se decreta la absolución del procesado o se le precluye la causa, las dos entidades están llamadas solidariamente a responder por el daño antijurídico causado, máxime cuando la Fiscalía en su condición de parte en el proceso no logra quebrar la presunción de legalidad que desde el primer momento procesal, cobija al investigado penalmente.

Así las cosas, la Sala reitera que existe una corresponsabilidad entre la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial en la imposición de la medida de aseguramiento, pues ambas entidades ejercen una actividad determinante en la toma de la decisión, una recopilando los elementos físicos y evidencias que soportan la solicitud de la medida, y otro valorando tales elementos, circunstancia que deriva en la imputación del daño irrogado al demandante y permita que surja el deber reparatorio.

Acorde con el análisis efectuado, en el sub judice se reúnen los elementos necesarios para declarar en este caso la responsabilidad patrimonial de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y de la Rama Judicial, por ende surge el deber de reparar el daño antijurídico causado

¹⁵ En referencia la audiencia donde se pretenda sustentar por la Fiscalía una medida limitadora de derechos fundamentales.

¹⁶ BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LINETT, Eduardo. El Proceso Penal. Fundamentos Constitucionales y teoría general, sexta edición 2013. Universidad Externado de Colombia. Páginas 260 y 261.

Ahora bien, respecto al argumento expuesto por el apoderado de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL en el recurso de apelación, en cuanto a la violación del precedente jurisprudencial contenido en sentencia de unificación emitida el 10 de agosto de 2015, Radicación 54001233100020000183401 (30134), es del caso señalar que dicha decisión del alto tribunal no corresponde a una sentencia de Unificación Jurisprudencial, puesto que la misma fue proferida por la Sala de la Subsección C de la Sección Tercera, siendo Magistrado Ponente el Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En la providencia, si bien se expone y analiza lo relacionado con la imputación en los casos de privación injusta de la libertad, ello no constituye un criterio unificado del Alto Tribunal.

Valga resaltar que, más recientemente, en sentencia del 21 de septiembre de 2016, la Subsección A de la Sección Tercera del mismo tribunal, siendo Magistrada Ponente la Dra. Marta Nubia Velasco Rico, consideró:

“Siguiendo ese orden, aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso al reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que este no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos, cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la medida de detención preventiva.”

El estado actual del precedente judicial determina que es antijurídica toda restricción del derecho a la libertad, cuando al procesado se le imponga medida de aseguramiento y con posterioridad sea absuelto de toda responsabilidad o precluida la investigación, lo cual convierte la privación de la libertad en daño indemnizable, no siendo necesario acreditar que la restricción impuesta al derecho a la libertad (detención, medida de aseguramiento) fue ilegal, errada, o arbitraria¹⁷.

En atención a lo anterior, no comparte la Sala el reparo expuesto por el apoderado de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL en el recurso de apelación.

De otra parte, el argumento del apoderado de la parte actora, en cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Policía Nacional, encuentra la Sala que tampoco prospera.

¹⁷ Claro está, con la salvedad de la existencia o no de causales de exclusión de responsabilidad.

En efecto, el señor ROGER MANUEL SANTOS ÁLVAREZ, quien era supuestamente la víctima del hurto perpetrado por el señor YOSIMAR MUÑOZ RIVERA, rindió declaración el día 9 de marzo de 2012 (Folio 123 y 124), en donde manifestó ante la Fiscal 14 de Infancia y Adolescencia que fue presionado por unos oficiales para que manifestara que el señor MUÑOZ RIVERA lo había atracado con arma blanca, que sí estuvo en el lugar de los hechos pero que nunca fue atracado por el acusado, que el celular hurtado no era de su propiedad.

Posteriormente, cuando el conocimiento de la investigación se traslada de Infancia y Adolescencia al Fiscal de turno en la URI, ocurre que la declaración jurada del señor ROGER MANUEL SANTOS ÁLVAREZ no fue aportada a la carpeta remitida al ente investigador, más sí se hallaba en la Policía de Infancia y Adolescencia. Por tal hecho, la Fiscal 14 Local de Infancia y Adolescencia puso en conocimiento de la autoridad pertinente tales hechos (Folio 407 y 408), iniciándose la investigación Rad. No. 700016001034201200571, por el delito de "Destrucción, Supresión, y Ocultamiento de documento privado", la cual culminó con el archivo de las diligencias ante la imposibilidad de identificar e individualizar el sujeto activo (Folio 524 a 528).

Para la Sala, no es procedente endilgar corresponsabilidad a la Policía Nacional por la privación injusta de la libertad del demandante, puesto que, como ya se acotó, fue la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación quienes, conjuntamente determinaron la efectiva privación del señor MUÑOZ RIVERA, máxime que esta última entidad practicó otras pruebas, distintas al Informe Policial antes mencionado.

En ese orden, considera la Sala que la actuación de la Policía nacional no fue determinante en la privación injusta del señor YOSIMAR MUÑOZ RIVERA, máxime que su labor en la detención fue avalada por el Juez de Control de Garantías y el Fiscal de conocimiento, razones suficientes para confirmar lo relacionado con la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL.

En lo que relacionado a la reparación del daño, encuentra la Sala que los perjuicios conferidos por el *A quo*, se sujetaron a los lineamientos jurisprudenciales que sobre la materia se encuentran vigentes, atendiéndose respecto de los perjuicios morales, se atendió a lo contemplado en la sentencia

de Sala Plena de fecha 28 de agosto de 2014, en relación con el monto de los perjuicios inmateriales en este tipo de asuntos.

Concuerda la Sala igualmente con la negativa en el reconocimiento de perjuicios en la vida de relación, pues no está demostrado en el presente proceso que la privación injusta de la libertad haya generado un perjuicio inmaterial diferente al moral que deba ser resarcido, razón por la cual no se habría lugar a condena alguna por este tópico.

Finalmente, en cuanto a los perjuicios materiales, encuentra la Sala que el lucro cesante y el daño emergente concedido se ajusta a la realidad probatoria.

Así las cosas, la sentencia apelada debe ser CONFIRMADA, con sustento en las consideraciones antes expuestas.

2.6. CONDENAN EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA. Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 rige un criterio objetivo en su imposición de conformidad con el artículo 188 de la citada codificación y como quiera que en este caso no prosperó el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y la entidad demandada Nación – Rama Judicial, no hay lugar a condenar en costas.

3. DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMENSE la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2015 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el sistema informático "Justicia Siglo XXI". Las copias que se soliciten de los fallos de primera y segunda instancia, se tramitarán por la secretaría del Juzgado de primer grado.

Esta providencia se discutió y aprobó en Sala conforme consta en el acta No. 204 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA.