



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
RADICADO: 70001-33-33-009-2013-00194-01
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MANUEL DE JESÚS MONTESINO DÍAZ Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por las entidades demandadas contra la sentencia proferida el 10 de junio de 2016 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1 LA DEMANDA.

En ejercicio del medio de control de reparación directa, el señor **MANUEL DE JESÚS MONTESINO DÍAZ y OTROS**, por conducto de apoderado judicial, presentaron demanda en contra de la **NACIÓN RAMA JUDICIAL** y la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** con el fin de que se accedan a las siguientes pretensiones:

(i) Declarar administrativamente responsables a las entidades demandadas, por los daños y perjuicios causados a los demandantes por la privación de la libertad del señor MANUEL DE JESUS MONTESINO DIAZ;

(ii) Condenar a las entidades demandadas, al pago de perjuicios materiales e inmateriales, en cuantía equivalente al valor máximo permitido por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, debidamente ajustados, además de las costas del proceso.

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

El 30 de agosto de 2008, el señor MANUEL DE JESUS MONTESINO DIAZ tras ser perseguido por particulares, fue aprehendido y entregado a Agentes de la Policía Nacional, a quienes se les comunicó como motivo de la persecución, la realización de actos sexuales con menor de catorce (14) años.

El día 31 de agosto de 2008, el señor MANUEL DE JESUS MONTESINO DIAZ fue presentado ante el Juez Primero Penal Municipal de Sincelejo, con funciones de Control de Garantías, quien legalizó la captura atendiendo el material probatorio que presentó la Fiscalía. A continuación, la Fiscalía General de la Nación imputó el delito de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años, cargo que no fue aceptado; finalmente, el Juez Primero Penal Municipal de Sincelejo con funciones de Control de Garantías le impuso medida de detención preventiva en establecimiento carcelario, siendo internado en el Centro Penitenciario y Carcelario de Sincelejo.

El 22 de septiembre de 2008, el Fiscal Primero Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Sincelejo, presentó escrito de acusación variando la calificación que inicialmente se le dio a la conducta, por lo que pasó de Tentativa a Acto sexual violento agravado.

El 28 de noviembre de 2008, conducida por el Juez Segundo Penal del Circuito de Sincelejo, se llevó a cabo la audiencia de acusación, dentro de la cual la Fiscalía General de la Nación acusó al señor MANUEL DE JESUS MONTESINO DIAZ del delito de Acto sexual con menor de 14 años agravado, variando con ello el delito que se le imputó durante las audiencias concentradas realizadas el 31 de agosto de 2008.

El 9 de febrero de 2009 se llevó a cabo la audiencia preparatoria y luego, la Audiencia de Juicio Oral inició el 19 de marzo de 2009 y culminó el 20 de junio de 2011, debido a múltiples suspensiones realizadas en la misma, el Juez Segundo Penal del Circuito de Sincelejo profirió fallo, absolviendo al acusado.

El señor MANUEL DE JESUS MONTESINO DIAZ, estuvo privado de la libertad entre el 31 de agosto de 2008 y el 30 de marzo de 2009.

Al momento de la detención el actor laboraba como vigilante al servicio de CELAR LTDA., empresa que prestaba el servicio de vigilancia a Bancolombia Sincelejo, devengando una asignación mensual de \$800.000.

En esa época él compartía su vida sentimental con la señora GIORGINA MARIA CAVADIA RODRIGUEZ.

1.2 ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 20 de agosto de 2013 (Folio 9).
- Admisión de la demanda: 7 de noviembre de 2013 (Folio 282).
- Notificación a las partes: 16 de enero de 2014 (Folio 287).
- Audiencia inicial: 31 de julio de 2014 (Folio 352 y 353).
- Audiencia de pruebas: 2 de octubre de 2014 (Folio 359).
- Sentencia: 10 de junio de 2016 (Folio 428 a 437).
- Recurso de apelación: 17 y 24 de junio de 2016 (Folio 442 a 469).
- Audiencia de conciliación y concesión de recurso: 4 de octubre de 2016 (Folio 479 y 480).
- Auto que admite el recurso de apelación: 17 de noviembre de 2016 (Folio 4 C. de Apelación).
- Auto que corre traslado para alegar en segunda instancia: 25 de enero de 2017 (Folio 12 C. de Apelación).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

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

1.3.1 NACIÓN – RAMA JUDICIAL.

La entidad demandada contestó la demanda dentro de la oportunidad procesal, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Como argumento central de su defensa, sostuvo, que no hubo en el presente caso una falla en el servicio consistente en una privación injusta de la libertad, ya que, como se evidencia en las pruebas aportadas por el actor, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo, a través de providencia calendada 20 de junio de 2011 resolvió declarar la absolución del procesado y el archivo del expediente, sin que ello signifique que a dicha entidad le asista responsabilidad administrativa y patrimonial por dicha privación.

Trae a colación el artículo 90 de la Constitución Política, así como también, la Ley 270 de 1996 en lo relacionado con la responsabilidad de los funcionarios y

empleados judiciales por las acciones u omisiones que causen daños antijurídicos, seguidamente, resalta que el caso que nos ocupa se desarrolló en vigencia de la Ley 906 de 2004, donde se contempla un modelo de sistema con tendencias acusatorias, donde la Fiscalía General de la Nación cumple el rol de investigador y el Juez de Control de Garantías es el encargado de desarrollar la audiencia de legalización de captura, la audiencia de formulación de imputación y la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

Manifiesta que la medida de aseguramiento impuesta tiene su fundamento en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, por lo que se evidencia que la NACIÓN-RAMA JUDICIAL, no ha cometido error judicial alguno y mucho menos ha existido una falla en el servicio por la privación de la libertad sufrida por el actor, debido a que dicha medida de aseguramiento obedeció a la solicitud realizada por la Fiscalía General de la Nación con base en el material probatorio aportado al proceso penal.

Propuso las excepciones de culpa de un tercero e Inexistencia de Nexo de Causalidad.

1.3.2 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

La entidad demandada se opone a todas las pretensiones de la demanda y erige su defensa en que no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad en cabeza de la Fiscalía, teniendo en cuenta que la actuación de dicha entidad se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones legales vigentes.

Señaló que la investigación en la que se vio involucrado el señor MANUEL DE JESUS MONTESINO DIAZ, tuvo su origen en la captura en flagrancia realizada por Agentes de Policía, fungiendo como víctima una menor de edad, siendo necesario vincularlo; luego agrega, que en últimas, si todo se ajusta a derecho es el Juez de Garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer, en el presente caso dicho juez, consideró que se daban los requisitos exigidos por la norma procedimental y conforme al caudal probatorio allegado a la investigación, legalizó la captura y le impuso medida de aseguramiento preventiva.

Además propone como excepciones las de falta o inexistencia de daño antijurídico e inexistencia de nexo causal, inexistencia de falla del servicio por omisión imputable a la Fiscalía General de la Nación (falta de legitimación en la causa por pasiva) y hecho de un tercero.

1.4 LA PROVIDENCIA APELADA.

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo profirió sentencia el 10 de junio de 2016 accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Señaló el A quo que, en cuanto al elemento daño, de acuerdo con la certificación expedida por el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Sincelejo, de fecha 21 de junio de 2013, el señor MANUEL DE JESUS MONTESINO DIAZ estuvo recluso en dicho establecimiento carcelario, sindicado del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS, a disposición del Juzgado Tercero Penal Municipal de Sincelejo, desde el día 31 de agosto de 2008 hasta el 30 de marzo de 2009 (fl.236), es decir, por un período de siete (7) meses y un (1) día o doscientos doce (212) días, por lo que, ello constituye el daño.

En cuanto a la imputación del daño, manifestó que, de acuerdo con las pruebas allegadas al plenario, en el presente asunto tiene lugar uno de los eventos constitutivos del daño antijurídico, tal como lo ha considerado la jurisprudencia de esta jurisdicción, lo que deviene en la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, en virtud de haberse producido la absolución por no haberse demostrado la existencia del hecho ni la responsabilidad del acusado.

En consecuencia, declaró como no probadas las excepciones de falta o inexistencia de daño antijurídico, la de inexistencia de nexo causal y la de culpa o hecho de un tercero, propuestas por las entidades demandadas.

Como reparación del daño, el A quo dispuso condenar a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, solidariamente, al reconocimiento y pago a favor de los demandantes de perjuicios morales en cuantía de 70 SMLMV para cada uno, así como la suma de \$11.294.645 a favor del señor MANUEL DE JESUS MONTESINO DIAZ, por concepto de lucro cesante.

1.5 EL RECURSO DE APELACIÓN

Las entidades demandadas interpusieron oportunamente recurso de apelación contra la decisión de primera instancia.

1.5.1 NACIÓN – RAMA JUDICIAL.

La entidad sustentó su inconformismo con la sentencia de primera instancia en el no acatamiento del precedente jurisprudencial emitido por el Honorable

Consejo de Estado, quien a través de sentencia de unificación emitida el 10 de agosto del 2015, Consejero Ponente Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación 54001233100020000183401 (30134), del Consejo de Estado, en donde adoptó otra posición y cuyo eje está enfocado a realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustentan la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio de la *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.

Señaló que el fallador en este caso debió analizar las conductas de la Rama Judicial frente a las de la Fiscalía, quien esta última al no tener suficientes pruebas no logran desvirtuar la presunción de inocencia, por tal motivo el Juez no tiene otra alternativa que declarar la absolución del procesado. La Fiscalía, en representación del Estado, encargado de la acusación, y de demostrar la culpabilidad de los imputados, debió realizar todas las gestiones tendientes a lograr la comparecencia de los testigos y principalmente de la víctima para que declarara al despacho los hechos que motivaron el proceso penal.

Indicó que la inasistencia de la víctima a la audiencia del juicio oral, deja serias dudas sobre la ocurrencia o no de los hechos que motivaron la captura y posterior aseguramiento del señor Manuel de Jesús Montesino Díaz en centro carcelario. Situación que dejaría al descubierto la configuración de una causal de exoneración denominada culpa de un tercero, es decir, que tanto la víctima como los familiares de la menor, hicieron incurrir en error a las entidades que hoy se reputan como demandadas, en razón a que sin un motivo sustentable advirtieron a la Policía Nacional de una posible tentativa de acceso carnal, que posteriormente esta a su vez presentó a la Fiscalía unos hechos y unos testigos, que sin ningún motivo de peso, no declararon ante el juez correspondiente para validar su testimonio contra el hoy demandante.

Resalta que la teoría presentada por la Fiscalía al inicio del juicio oral, no contó con ningún respaldo, toda vez que no se esmeró, por hacer comparecer a los testigos, la Fiscalía pudo solicitar a sus agentes la conducencia de los testigos e incluso de la víctima a través del ICBF, para la respectiva asistencia a la diligencia, cuyos testimonios eran claves para el esclarecimiento de los hechos que motivaron el ejercicio de la acción penal.

Finalmente adujo que no puede el Juez de primera instancia declarar solidariamente responsable a la Rama Judicial por la presunta privación injusta que sufrió el señor MANUEL MONTESINO, en estricto sentido, pues la medida de aseguramiento intramural que impuso el Juez de Control de Garantías dentro de la investigación penal adelantada obedeció a una solicitud realizada por parte de la Fiscalía General de la Nación, quien para soportar dicha solicitud (Medida de Aseguramiento), allegó elementos materiales probatorios e indicios, que no constituyen prueba, pero conllevaban a la comisión o participación del hoy demandante en el delito de Acceso carnal a menor de 14 años, formulado por la Fiscalía, para lo cual el Togado hizo un análisis detallado de los elementos materiales probatorios que conllevo a inferir de manera razonable la posible comisión o participación del señor Montesino en el delito que le fue imputado, accediendo así a la medida solicitada.

1.5.2 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Como razones de la disidencia frente a la decisión de primera instancia, la entidad manifestó que en el caso sub lite, no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad.

Indicó que la actuación de la Fiscalía General de la Nación se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no es ajustado a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ni mucho menos un daño antijurídico por privación injusta de la libertad del señor MANUEL DE JESUS MONTESINO DIAZ. A su juicio, la Fiscalía General de la Nación obró de conformidad con lo establecido en el Artículo 250 de la Carta, disposición que se encuentra desarrollada tanto en la norma sustancial como procedimiento Penal, el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, y demás normas concordantes y procedimentales vigentes para la época de los hechos.

Señaló que la solicitud formulada sobre la imposición de la medida restrictiva de la libertad del señor MANUEL DE JESUS MONTESINO DIAZ, no presentaba para el juzgador la obligación de acceder a la aplicación de la medida, pues de acuerdo a la nueva función dada a la Fiscalía General de la Nación, como ente acusador, no le asiste responsabilidad alguna en la formulación de tal postulación, por cuanto la misma no constituye un factor determinante en la decisión, la cual corresponde única y exclusivamente al Juez con Función de Control de Garantías, quien es el llamado a valorar las pruebas presentadas para tal efecto y, en

últimas, el que puede adoptar la decisión que corresponda dentro de los parámetros de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida de detención preventiva, que constituye precisamente la fuente de responsabilidad que pueda llegar a tener el Estado, ante un eventual perjuicio y, en consecuencia la misma, no compromete a la Fiscalía General de la Nación.

Manifestó que dentro del caso en estudio, no se tuvo en cuenta el nuevo rol de la Fiscalía General de la Nación en el sistema acusatorio, donde están establecidas sus funciones, y entre ellas no es decretar la medida de aseguramiento si no al contrario solicitarla al Juez de Control de Garantías quien es el llamado a valorar las pruebas presentadas y adoptar la decisión que corresponda.

1.6 TRAMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso fue admitido por el Tribunal el 17 de noviembre de 2016 (Folio 4 C. de segunda instancia). Por auto del 25 de enero de 2017 se ordenó correr traslado para alegar y al Ministerio Público para conceptuar (Folio 12 C. de segunda instancia).

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

La FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN alegó de conclusión en segunda instancia, reiterando lo expuesto en su recurso de apelación (Folio 18 a 28 C. segunda instancia).

La parte actora alegó de conclusión en segunda instancia, reiterando los hechos ocurridos en el presente asunto. Así mismo señaló que la restricción de la libertad sólo se justifica en la medida que quien la padece sea vencido dentro del juicio penal, es decir, que se desvirtúe la presunción de inocencia por acreditarse que sí cometió el delito que originó la investigación penal.

El Ministerio Público no presentó concepto de fondo en esta oportunidad.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Reparación Directa, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2.2 CUESTIÓN PREVIA.

Previo a adentrarnos en el fondo del asunto, la Sala pasa a pronunciarse respecto de la manifestación de impedimento de la Dra. SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA, con sustento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 141 del CGP, esto es, por haber conocido del proceso en instancia anterior.

Señala la norma:

“Artículo 141. *Causales de recusación.*

Son causales de recusación las siguientes:

(...)

2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.

(...).”

Pues bien, la Sala tendrá por fundado el desistimiento manifiesto, en atención a que, conforme se aprecia en el expediente, la Dra. SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA fungió como Juez Novena Administrativo del Circuito de Sincelejo en el trámite de la primera instancia del presente asunto, profiriendo incluso sentencia en aquella oportunidad, por lo que se configura la citada causal de recusación.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en los antecedentes reconstruidos, en especial lo esbozado en los recursos de alzada, entra el Tribunal a dilucidar el siguiente problema jurídico:

¿Sobre quién recae la responsabilidad por la privación injusta cuando la imposición de la medida de aseguramiento estuvo regida por la Ley 906 de 2004, con la participación de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, 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.

2.4 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*¹. 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 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**

¹"*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).

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"² (Negrillas de la Sala).

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.

²CONSEJO 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.

2.5 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 libertad³, 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.

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 Políticos⁴ 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.”

³Sobre 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*”.

⁴Artículo 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.*”

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, el Consejo de Estado a través de su Sección Tercera ha construido una línea jurisprudencial, 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.

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 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 cuál 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, dado que el apelante finca su recurso en que en el caso bajo estudio no existe un juicio de reproche de la actividad desplegada por la Fiscalía General de la Nación.

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 absolucón 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 absolucón 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 absolucón 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 absolucón 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”⁵ (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 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.

Con 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**

⁵CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “B”. Consejero ponente: DANIL 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.

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.”⁶ (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 quien lo padeció no está en la obligación de soportarlo en este caso el daño producto de la privación de la libertad.”⁷ (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**, como quiera que al imponerle al demandante la carga de demostrar una falla del servicio sería someterlo a demostrar una situación en “extremo complicada”, habida cuenta que el problema se presenta en razón a que no se pudo superar la duda razonable que opera como garantía constitucional de la persona, lo que se traduce en la necesidad de reparar el daño que se ocasionó con la detención.

⁶CONSEJO 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.

⁷CONSEJO 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.

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 procesado⁸⁻⁹⁻¹⁰.

Con sustento en las anteriores anotaciones, se dispone la Sala a pronunciarse respecto del

2.6 EL CASO CONCRETO.

Analizada la postura de las partes y la decisión de primera instancia, la Sala procede a resolver el presente asunto.

De las pruebas aportadas al plenario se desprende que el señor MANUEL DE JESUS MONTESINO DIAZ fue vinculado a un proceso penal en el que se le sindicó de haber cometido el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS. Por ello, fue privado de la libertad en centro carcelario, desde el día 31 de agosto de 2008 hasta el 30 de marzo de 2009 (Folio 236), por disposición de un Juez de Control de Garantías, previa solicitud de la Fiscalía (Folio 10 a 12).

Consecuencialmente, dentro del trámite del proceso penal, más precisamente en la audiencia de Juicio Oral desarrollada los días 28 de febrero y 20 de junio del año 2011 (Folios 212, 213, 233 y 234) la Fiscalía General de la Nación solicitó al Juez Segundo Penal del Circuito de Sincelejo la absolución del procesado, al no disponer de los medios de prueba suficientes para demostrar la teoría del caso, la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado, resaltando el hecho de no contar con la versión de la víctima, solicitud que fue secundada por el Ministerio Público y la Defensa.

Pues bien, el debate jurídico que se suscita en esta oportunidad está circunscrito a la imputación enrostrada a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial, quienes argumentan en sus recursos que, atendiendo a las reglas procesales y los hechos acaecidos, no les compete responsabilidad alguna.

⁸Posición 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.

⁹ 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.

¹⁰ 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

La Fiscalía General de la Nación resaltó que, bajo la vigencia de la Ley 906 de 2004 no tiene la facultad de disponer sobre la privación de la libertad, puesto que ello corresponde al Juez de Control de Garantías, quien debe realizar el análisis probatorio del caso para concluir sobre la necesidad de imponer o no la medida de aseguramiento. Además, reitera que sólo dispuso dar cumplimiento a las normas constitucionales y legales que rigen la entidad investigadora.

Ante a lo anterior, esta Sala es del criterio que existe una responsabilidad compartida entre las entidades demandadas, dado que se presenta una actividad conjunta de las mismas.

En efecto, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal 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.

Lo anterior quiere decir que, si bien es el Juez de Control de Garantías quien toma la decisión, lo hace con base en los argumentos y elementos puestos en conocimiento por parte de la Fiscalía.

En atención a lo anterior, 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.

Pues bien, sin mayor elucubraciones, concluye la Sala que sí le asiste responsabilidad tanto a la Fiscalía General de la Nación como a la Nación - Rama Judicial en la restricción de la libertad del señor MANUEL DE JESUS MONTESINO DIAZ.

No sobra resaltar que, en lo que respecta a la Fiscalía General de la Nación, su participación no se limitó a solicitar la imposición de la medida de aseguramiento, puesto que además, formuló acusación por el punible de actos sexuales con menor de catorce años agravado (Folio 22 a 27).

Finalmente, en lo que respecta al argumento traído por el apoderado de la Rama Judicial, en relación con la violación del precedente jurisprudencial al no tener en cuenta lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia del 10 de agosto de

2015 proferida por el Consejo de Estado, Exp. No. 54001233100020000183401 (30134), es menester indicar que, como claramente se dijo en apartes anteriores, el régimen de imputación aplicable a casos como el presente es objetivo, de modo que solo es necesario acreditar la ocurrencia del daño y la imputación de éste. Además, ya se señaló también que ambas entidades participaron activamente en la restricción de la libertad, participación que se concretó –respecto de la Rama Judicial- en la expedición de la orden de imposición de la medida de aseguramiento, así como también impartió aprobación y legalidad a la acusación de la Fiscalía. No debe olvidarse que es el Juez de Control de Garantías quien realiza el análisis probatorio para derivar en la imposición o no de la medida de aseguramiento, de ahí la responsabilidad de la entidad.

Por lo anterior, la existencia de deficiencias probatorias de parte de la Fiscalía no exonera a la Nación – Rama Judicial de su responsabilidad en la restricción de la libertad, debiéndose concluir entonces en la existencia de una responsabilidad compartida entre las entidades demandadas.

En consecuencia de lo anterior, la Sala dispondrá **CONFIRMAR** la sentencia apelada, pero conforme los argumentos expuestos en esta providencia.

2.7 CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, y a favor de la parte actora. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo* la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

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: CONFÍRMESE la sentencia proferida el 10 de junio de 2016 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a las entidades demandadas y a favor de los demandantes. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

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. 048 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
Con impedimento