



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN**

Magistrado ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
RADICADO: 70001-33-33-009-2014-00030-01
M. DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: HERNÁN ALBERTO DE VIVERO MERCADO Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL Y OTRO

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y RAMA JUDICIAL, (entidades demandadas) contra la sentencia proferida el 13 de junio de 2016 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo¹, la que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1 LA DEMANDA².

En ejercicio del medio de control de reparación directa, los señores **HERNÁN DE VIVERO MERCADO (víctima directa)**, **EMILDA ROSARO TABOADA ALVAREZ (cónyuge)**, los menores **ANDREA CAROLINA DE VIVERO TABOADA**, **ANDRES MIGUEL DE VIVERO TABOADA**, **MARIANELA DE VIVERO ACOSTA**, **DANIEL FERNANDO DE VIVERO TABOADA**, **LAURA LUCIA DE VIVERO GÓMEZ³** y **CRISTIAN DE JESÚS DE VIVERO JIMENEZ (hijos de la víctima directa)**, por conducto de apoderado

¹ Folios 312 -322 cuaderno de primera instancia.

² Folios 1-10 cuaderno de primera instancia.

³ Menores de edad y quienes actúan a través de sus representantes legales. Folio 77.

judicial, presentaron demanda en contra de la **NACIÓN RAMA JUDICIAL** y la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** con el fin de que se declarará administrativamente responsables a las entidades demandadas, por los daños antijurídicos que le causaron, con ocasión de la privación injusta de la libertad de que fue víctima HERNÁN DE VIVERO MERCADO.

Como consecuencia de lo anterior, se condenara a las entidades demandadas a pagar los perjuicios materiales e inmateriales, así:

- **DAÑO EMERGENTE:** las sumas de dinero que el demandante invirtió en el pago de honorarios al abogado que asumió su defensa dentro del proceso penal que se adelantó en su contra, las cuales calculó en \$10.000.000.
- **LUCRO CESANTE:** por los salarios dejados de percibir la víctima directa \$37.500.000 tomándose como base el salario mínimo.
- **PERJUICIO MORAL:** a la víctima directa, ochenta (80) SMLMV y cuarenta (40) SMLMV para cada uno de sus familiares.

Como **supuestos fácticos** se afirmó en la demanda que:

El 30 de junio de 2011 agentes de la Policía Nacional (Policía de carreteras y Sijin) practicaron un allanamiento en una bodega ubicada en el corregimiento de la Gallera Jurisdicción de Sincelejo, en donde encontraron 15 neveras y un tractocamión.

En el allanamiento y la requisa de la bodega, se encontraba el señor Manuel Díaz Salomón, custodiándola por orden de Hernán Alberto De vivero Mercado, que acudió al lugar para afrontar la situación.

En audiencia celebrada el 30 de junio de 2011 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de garantías de Sincelejo, por petición del Fiscal Seccional se legalizó el allanamiento

Por petición de la Fiscalía se dispuso por el Juez Tercero Penal Municipal con Funciones de Garantía la captura del señor Hernán Alberto de Vivero Mercado, la cual fue materializada por agentes de la Policía Nacional el 01 de julio de 2011.

El 2 de julio de 2011 ante el Juzgado Primero Penal Ambulante de Sincelejo se realizó la audiencia de legalización de captura, imputación e imposición de medida de aseguramiento, en la que se legalizó la captura de Hernán de Vivero Mercado y se le imputó el cargo de Hurto Calificado y agravado, que no fue aceptado por él. Y se procedió a imponerle medida de aseguramiento consistente en detención preventiva intramural.

El señor De Vivero Mercado, estuvo recluso en centro carcelario y penitenciario de Sincelejo, entre el 2 de julio de 2011 y el 21 de septiembre de 2011.

El 21 de septiembre de 2011 se adelantó la audiencia preliminar, durante la cual el Fiscal Trece Local pidió que se declarará la preclusión del proceso en favor del señor HERNAN ALBERTO DE VIVERO MERCADO, en virtud de estar acreditado que no participó en el ilícito que se investigaba.

El 21 de septiembre de 2011, el Juez Primero Penal Municipal de Sincelejo con funciones de garantías accedió a la solicitud de preclusión a favor del señor Hernán de vivero y ordenó su libertad.

Para efectos de asumir su defensa penal, el señor DE VIVERO contrató los servicios de un abogado, a quien le pagó honorarios profesionales por valor de \$10.000.000

A raíz de su captura y privación de la libertad el señor DE VIVERO vio afectada su actividad económica productiva, que realizada a través de la empresa HORTIFRUTUB LTDA., perdiendo clientes porque no pudo cumplir con los pedidos realizados por las empresas C.I TROPIC KIY E.U., ARTURO GRACIA FRUTOS Y VERDURAS y COMERCIALIZADORA ZIPA DE LOS ANDES, lo que afectó sus ventas y frustró su ganancia.

La privación de la libertad del actor, afectó a su esposa e hijos, con quienes mantenía relaciones cordiales y permanentes, pues la noticia que fue publicada en medios de comunicación, les generó someterse al escarnio público, además de la preocupación que comporta la propia investigación penal.

1.2 ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 06 de febrero de 2011 (Folio 1-10 C .Ppal.).
- Admisión de la demanda: 18 de febrero de 2014 (Folio 92 C. Ppal.).
- Notificación a las partes: 19 de febrero de 2014 (Folio 93 C. Ppal.).
- Contestación a la demanda Rama Judicial: 09 de mayo de 2014 (Folio 110 -119 C. Ppal.).
- Contestación a la demanda Fiscalía General de la Nación: 15 de julio de 2014 (Folio 121-124 C. Ppal.).
- Audiencia inicial: 26 de febrero de 2015 (Folio 181 y 183 C. Ppal.).
- Audiencia de pruebas: 05 de mayo de 2015 (Folio 193-194 C. Ppal.).
- Sentencia: 13 de junio de 2016 (Folio 312 a 322 C. N°2.).
- Recurso de apelación Nación- Rama judicial: 23 de junio de 2016 (Folio 327 a 329 C.N°2.).
- Recurso de Apelación Fiscalía General de la Nación: 28 junio 2016 (Folio 334-344 C.N°2.)
- Audiencia de conciliación 4 de octubre de 2016 (Folio 385 C. N° 2.).
- Auto que admite el recurso de apelación: 06 de julio de 2017 (Folio 11 C. de Apelación).
- Auto que corre traslado para alegar en segunda instancia: 14 de agosto de 2017 (Folio 16 C. de Apelación).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

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

1.3.1 NACIÓN – RAMA JUDICIAL⁴.

Contestó la demanda dentro de la oportunidad procesal, oponiéndose a las suplicas de la demanda, señalando que el caso se consolidó en vigencia de la Ley 906 de 2004, que contempla el modelo de sistema con tendencia acusatoria, donde la Fiscalía General de la Nación cumple el rol de investigador y el Juez de Control de Garantías es el encargado de desarrollar las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

⁴ Folio 110 -119 C. Ppal

Considera que la Fiscalía General de la Nación una vez legalizada la captura del señor Hernán de Vivero y formulada la imputación, solicitó al Juez de Control de Garantías la imposición de medida de aseguramiento en razón de la existencia de material probatorio donde se podía determinar la comisión de los delitos.

Concluye que no hubo falla en el servicio consistente en la privación injusta de la libertad, pues como se evidencia de las pruebas aportadas, la Fiscalía General de la Nación, evidenció un yerro en la investigación penal, pidiendo la preclusión del proceso, a lo cual accedió el Juez Primero Penal Municipal de Sincelejo, ordenando la libertad del procesado, por tanto la decisión tomada por el Juez de control de garantías, no puede tenerse como un error judicial o una falla en el servicio, pues es la misma ley la que lo faculta a tomar dicha decisión.

Finalmente propuso las excepciones de Culpa de un tercero e inexistencia de nexo de causalidad, alegando que fue la Fiscalía General de la Nación quien adelantó la investigación penal y solicitó la medida de aseguramiento a la cual accedió el Juez de Control de Garantías.

1.3.2 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN⁵.

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda manifestando que no existen fundamentos fácticos o jurídicos que respalden la presunta falla en el servicio, pues no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar responsabilidad en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, como quiera que su actuación se surtió de conformidad con la Constitución política y las normas vigentes para la época de los hechos.

La solicitud de imposición de medida de aseguramiento no representa para el Juzgador la obligación de acceder a ello, pues la decisión es tomada luego de valorar las pruebas, dentro de los parámetros de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad.

No puede pretenderse que la absolución comprometa la responsabilidad patrimonial del Estado, pues ello sería tanto como aceptar que la Fiscalía General de la Nación no pudiera adelantar una investigación penal,

⁵ Folio 121-124 C. Ppal

resaltando que las decisiones fueron tomadas por esta entidad dentro del marco de la Ley penal y fundamentadas en las pruebas allegadas, de las cuales podían estructurarse indicios de responsabilidad que ameritaban el adelantamiento de la investigación.

Así mismo, expuso que los Jueces de Control de Garantías a quienes se les atribuyó la adopción de medidas de aseguramiento, tienen competencia exclusiva para revisar que las actuaciones de la Fiscalía se encuentran conforme a sus facultades legales y constitucionales y que le hayan sido protegidos en su integridad los derechos fundamentales del investigado, razón por la que se considera existe falta de legitimación en la causa por pasiva.

Finalmente, por las razones expuestas, propuso las excepciones 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; hecho de un tercero (porque la denuncia constituía indicio grave en contra del señor de vivero y la que llegase a probarse dentro del proceso.

1.4 LA SENTENCIA APELADA⁶.

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo profirió sentencia el 13 de junio de 2016, declarando a la RAMA JUDICIAL y a la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, solidariamente responsables de la privación injusta de la libertad del señor HERNÁN ALBERTO DE VIVERO MERCADO, dentro del proceso penal adelantado en su contra por los delitos de hurto calificado y agravado.

A título de reparación del daño, condenó al pago de perjuicio materiales modalidad daño emergente a favor del señor HERNÁN ALBERTO DE VIVERO MERCADO en cuantía de \$12.150.492,85, gastos de defensa dentro del proceso penal. De la misma forma, por concepto de por lucro cesante condenó al pago de \$1.820.466.221, como suma dejada de recibir por el término que perduró la restricción de su libertad (2.63 meses). Por concepto de perjuicio moral, el Despacho de primera instancia, condenó a las entidades demandadas a pagar 35 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los miembros de la parte demandante.

⁶ Folio 312 a 322 cuaderno de primera instancia.

En pro de lo anterior, 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 septiembre de 2011, el señor HERNÁN ALBERTO DE VIVERO MERCADO estuvo privado de la libertad desde el 02 de julio hasta el 21 de septiembre de 2011 (Fl. 56 C1), es decir, por un período de 02 meses y 29 días, por lo que ello constituye el daño.

En el estudio de la imputación del daño, realizó el análisis bajo la tesis de responsabilidad objetiva por privación injusta de la libertad, la cual aplica aún bajo la terminación del proceso en aplicación del *in dubio pro reo*, manifestando que ambas partes influyeron en la detención del demandante, pues la Fiscalía realizó las solicitudes de allanamiento y detención del actor y la Rama Judicial legalizó dichas actuaciones (allanamiento, orden de captura, medida de aseguramiento), pero que en desarrollo de la investigación, se llegó a la conclusión de la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del imputado, razón por la cual la Fiscalía solicitó la preclusión de la investigación que fue decretada por el Juez Primero Penal Municipal de Sincelejo, quedando sin ninguna justificación la privación de la libertad a la que fue sometido.

En tal sentido expresó, que al haber sido participes ambas entidades de las actuaciones que condujeron a la ocurrencia del daño que hoy se señala como antijurídico, surge claramente la imputación del daño cuya reparación se pretende, argumentos anteriores que además de permitir la configuración de la responsabilidad patrimonial, permiten declarar no probadas las excepciones propuestas al contestar la demanda.

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.

Solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones o en su defecto se excluya de la responsabilidad solidaria a la 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 tener deficiencias probatorias solicita la preclusión del proceso penal en virtud del artículo 332 del código de procedimiento penal numeral 3 "inexistencia del derecho investigado" y numeral 4 "Atipicidad del hecho investigado", para lo cual es de fácil interpretación que la Fiscalía dio curso a un proceso penal en el que no logro 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 Hernán de Vivero Mercado.

Expresó que no se puede declarar la responsabilidad solidaria de la Rama Judicial, porque esta actuó bajo las condiciones de juez de control de garantías, funciones asignadas por la Ley 906 de 2004, en donde no se discute la responsabilidad penal de los imputados y en la cual el juez trabaja con los elementos probatorios y evidencia física aportados por la Fiscalía. Y cuando la fiscalía incumple sus deberes probatorios y posteriormente solicita preclusión de la investigación como ocurrió en el presente caso, no está la Rama Judicial, llamada a responder.

Afirmó luego de reseñar el rol del juez de control de garantías que, la medida de aseguramiento obedeció a una solicitud de la Fiscalía, quien para soportar la misma, aportó unos elementos materiales probatorios que permitían inferir razonablemente para participación del actor en el delito que le fue imputado.

1.5.2 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Solicita la revocatoria de la sentencia condenatoria. 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 HERNÁN ALBERTO DE VIVERO MERCADO.

A su juicio, la actuación de 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, 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. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. ALEGATOS DE LAS PARTES Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El recurso fue admitido por el Tribunal el 06 de julio de 2016 (Folio 11 C. de Apelación).

Por auto del 14 de agosto de 2017 se ordenó correr traslado para alegar y al Ministerio Público para conceptuar (Folio 16 C. de Apelación).

En esta etapa procesal, solo se pronuncia la parte demandante⁷, solicitando mantener incólume el fallo recurrido, atendiendo para ello que con el paso del tiempo y teniendo como soporte la cláusula general de responsabilidad estatuida en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y los dispuestos por el artículo 68 de la Ley 270, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado definió los eventos en que una medida de aseguramiento, proferida dentro de un proceso penal y por un funcionario de la rama judicial, causa perjuicios a la persona que padece la pérdida de su libertad.

Dijo que el máximo Tribunal ha concluido que la privación de la libertad ocasiona daños tanto a quien le padece, como a su núcleo familiar, cuando el sindicado resulta exonerado de responsabilidad a través de una providencia que así lo reconozca en atención a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o la absolución provenga de la duda respecto de la participación del reo en el hecho investigado.

Como la restricción a la libertad se justifica en la medida que quien la padece sea vencido dentro del juicio penal, es decir, que la Fiscalía desvirtúe la presunción de inocencia por acreditar que sí cometió el delito que originó la investigación penal, toda decisión que lo absuelva se convierte en la evidencia de la ocurrencia del perjuicio antijurídico. Todo porque las restricciones al derecho a la libertad no se pueden soportar con el supuesto de que todo ciudadano debe asumir las cargas de una investigación penal,

⁷ Folios 19-21 cuaderno de segunda instancia.

de ahí que se tenga como incontrovertible que la demostración de la responsabilidad del imputado le corresponde al Estado.

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. 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, si la *RAMA JUDICIAL Y LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN*, están llamadas a responder de forma solidaria por la reparación del daño consecuencia de la privación injusta de la libertad que afirma la parte actora padeció el señor *HERNAN ALBERTO DE VIVERO MERCADO*, como consecuencia de la imposición de una medida de aseguramiento dentro de una investigación penal regida por la Ley 906 de 2004.

2.3. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO.

2.3.1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO. CLAUSULA GENERAL. ELEMENTOS.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 en su inciso primero establece la que se ha denominado, clausula general de responsabilidad patrimonial del Estado y de sus entidades públicas como principio constitucional que opera siempre que se verifique (I) la producción de un daño antijurídico (II) que le sea imputado a causa de la acción u omisión de sus autoridades públicas.

El daño antijurídico, siguiendo la línea de pensamiento expuesta por la Sección Tercera – Subsección C del Consejo de Estado, “*consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber*

jurídico de soportar"⁸. 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"⁹, dado que la antijuridicidad del daño no estriba en que la conducta sea contraria a derecho, sino, siguiendo la orientación española, en que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar.

García Enterría, enseña que, *"para que exista lesión en sentido propio, no basta que exista un perjuicio material, una pérdida patrimonial; es absolutamente necesario que ese perjuicio patrimonial sea antijurídico, antijuridicidad en la que está el fundamento, como ya anotamos del surgimiento de la obligación reparatoria"*. Agregando más adelante que, *"la antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura de daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal perjuicio de que se trate"*¹⁰.

Por su parte, la imputación del daño es "la atribución de la respectiva lesión, la cual desde el punto de vista jurídico supone establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, siendo allí donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida en el artículo 90 de la Constitución Política"¹¹.

Se ha dicho entonces que, *"La imputación variará dependiendo del sistema de responsabilidad frente al que se esté. Si es un sistema objetivo, no será necesario probar la presencia de culpa, pero en cambio, si se trata de un régimen subjetivo, será obligatorio demostrar la culpa de la persona pública*

⁸ Consejo de Estado; Sección Tercera; sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero

⁹ Expediente No. 18001-23-31-000-1996-09831-01(19388). Consejera Ponente: Olga Melida de De la Valle Hoz

¹⁰ García Enterría, Eduardo, Tomás Ramón Fernández, Curso de derecho administrativo, novena edición 2004, edit. Thomson Civitas. Página 378-379

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 1994. Exp. 9276. C.P. Dr. Daniel Suarez Hernández

(o alguien que la represente) para poder cumplir con el requisito de la imputación”¹², lo cual muestra, que en manera alguna pueda entenderse que en Colombia se implantó un régimen absoluto de responsabilidad objetiva con la constitución de 1991, siendo en todo caso, las particularidades del caso, las que conduzcan a determinar bajo que óptica se debe realizar el juicio de imputación.

Recapitulando, para que surja el deber reparatorio, es necesario la existencia del daño antijurídico y la imputación del mismo a la Entidad Pública, sea a través de su acción u omisión, teniendo cabida en cada caso, el estudio de los distintos títulos de responsabilidad que con el transcurrir la jurisprudencia contenciosa fundada en el artículo 90 de la C. P., ha decantado, así como la existencia o no de causas excluyentes de responsabilidad.¹³

2.3.2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. ESTADO ACTUAL DEL PRECEDENTE.

El derecho fundamental a la libertad constituido 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 Políticos¹⁴ 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

¹² ARENAS, Mendoza Hugo Andrés, El régimen de responsabilidad objetiva, Editorial Legis, Página 166. Edición 2013.

¹³ Tomas Ramón Fernández, refiriéndose al tópico de la Responsabilidad de La Administración, ha señalado que, “el centro de gravedad del sistema no está ya, ciertamente, en la culpa, sino, en la lesión que la persona afectada por actividad de la Administración experimenta en su patrimonio sin justa causa alguna que los justifique. Es esto, la falta de justificación del perjuicio, lo que convierte a éste en una lesión resarcible. Ver Responsabilidad del Estado, pagina 15. Departamento de Publicaciones de la Facultad de derecho de la universidad de Buenos Aires. Edit. Rubinzal-Culzoni. 1ª reimpresión 2011.

¹⁴Artículo 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.*”

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, 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).

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 y la conducta es atípica.

Por otro lado, la regulación contenida en la Ley 270 de 1996 establece la responsabilidad del Estado Juez, así:

“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 y la Rama Judicial.

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”¹⁵ (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

¹⁵CONSEJO 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.

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.¹⁶ (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.**"*¹⁷ (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

¹⁶CONSEJO 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.

¹⁷CONSEJO 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.

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.

En providencia del 26 de junio de 2014, la Sección Tercera, expresó que la exoneración del investigado, así el proceso penal se adelante correctamente genera responsabilidad administrativa, porque después de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad es absuelta se configura un evento de detención injusta que genera responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 90 de la Carta Política). Incluso cuando la exoneración del investigado se dé en aplicación del principio *in dubio pro reo*, aunque se produzca como resultado de una investigación correctamente adelantada y así la medida de aseguramiento se profiera 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 causados al particular¹⁸.

Se ha dicho entonces, que no puede tenerse como exoneración de responsabilidad, en estos casos, el argumento según el cual todo ciudadano debe asumir la carga de la investigación penal y someterse a la detención preventiva, pues ello contradice los principios básicos consagrados en la Convención de Derechos Humanos y en la Constitución Política

En sentencia del 26 de agosto de 2015, se reafirma postura por la Sección Tercera del Consejo de Estado, señalándose que:

"Así las cosas, se tiene que el ordenamiento jurídico colombiano, orientado por la necesidad de garantizar, de manera real y efectiva, los derechos fundamentales de los ciudadanos, no puede escatimar esfuerzos, por tanto no se puede entender que los administrados estén obligados a soportar como una carga pública la privación de la libertad y que, en consecuencia, estén obligados a aceptar como un beneficio o una suerte que posteriormente la medida sea revocada. No, en los

¹⁸ Así lo recordó la Sección Tercera del Consejo de Estado al condenar a la Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad de quien fue investigado por la presunta comisión del punible de hurto agravado, sin embargo el proceso penal terminó con preclusión y se demostró que no había cometido delito alguno. Expediente No. 080012-33-1000-2009-00456-01 (37816). C. P. Ramiro Pazos G.

eventos en que ello ocurra y se configuren causales como las previstas en el citado artículo 414 del C. de P. C., o incluso cuando se absuelva al detenido por in dubio pro reo –sin que opere como eximente de responsabilidad la culpa de la víctima– el Estado está llamado a indemnizar los perjuicios que hubiere causado por razón de la imposición de una medida de detención preventiva que lo hubiere privado del ejercicio del derecho fundamental a la libertad, pues esa es una carga que ningún ciudadano está obligado a soportar por el sólo hecho de vivir en sociedad”¹⁹

En ese orden, 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 precluída 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 - medida de aseguramiento-, fue ilegal, errada, o arbitraria²⁰⁻²¹⁻²²⁻²³.

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

2.3.3. 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 HERNÁN ALBERTO DE VIVERO MERCADO fue vinculado a un proceso penal en el que se le sindicó de haber cometido el delito de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO; por ello, fue privado de la libertad en centro carcelario, desde el día 02 de julio de 2011 hasta el 21 de septiembre de 2011 (Folio 56. C1), por disposición de un Juez de Control de Garantías, previa solicitud de la Fiscalía (Folio 28 C. 1).

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, sentencia del 26 de agosto de 2015, expediente No. 250002326000200700543 01 (39.950). C. P. Hernán Andrade R.

²⁰ Claro está, con la salvedad de la existencia o no de causales de exclusión de responsabilidad.

²¹ Posición 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.

²² 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.

²³ 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

Consecuencialmente, el día 25 de agosto de 2011 la fiscalía solicitó la preclusión de la investigación, atendiendo a las causales 5ª y 6ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, esto es, ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado y la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia (ver folios 53 y 54 acta de audiencia de solicitud de preclusión)

El juzgado Primero Penal Municipal de Sincelejo de Garantías, en audiencia celebrada el 21 de septiembre de 2011 accedió a la solicitud y ordenó la libertad del imputado, comunicando la decisión en la misma fecha al centro de reclusión, mediante orden de libertad N° 021.

El periodo de afectación jurídica del derecho a la libertad del señor HERNÁN ALBERTO DE VIVERO MERCADO, por medida de aseguramiento intramural, se extendió desde el **día 2 de julio de 2011 al 21 de septiembre de 2011**, fecha en la cual le fue concedido el beneficio de la libertad provisional, conforme consta en el certificado de libertad expedido por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, visible a folio 56 del cuaderno principal.

Acorde con lo anterior, el daño en este caso lo constituye la privación de la libertad de la cual fue objeto el señor HERNÁN ALBERTO DE VIVERO MERCADO, dentro de la investigación penal adelantada en su contra por la presunta comisión del delito de Hurto agravado y calificado, y en la cual se le restringió su derecho fundamental a la libertad, con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación solicitada por la Fiscalía General de la Nación y decretada por el Juzgado Primero Penal Municipal Ambulante (BACRIM), el 2 de julio de 2011 y que se prolongó hasta el 21 de septiembre de 2011, en virtud como se vio de preclusión de investigación solicitada por la misma Fiscalía y Decretada por el Juzgado 01 Penal Municipal con funciones de garantía.

La investigación penal, terminó en su situación particular por preclusión en virtud de la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, causal contenida en el numeral 6 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 y que tiene fundamento constitucional en el artículo 29 de la Constitución Política, al no encontrar fuente probatoria que sustentara la acusación.

En sentencia C- 118 DE 2008, la Corte Constitucional, sobre preclusión expresó, que *"La preclusión de la investigación es un mecanismo procesal*

mediante el cual se da por terminado el proceso penal en forma anticipada a la sentencia, en tanto que se cumplen algunas de las causales señaladas expresamente por el legislador para el efecto. Es una figura usual de los procesos penales en los que el Estado es el titular de la acción penal y tiene a su cargo la tarea de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al procesado”.

Sobre los efectos de la preclusión, el artículo los artículos 332 y 334 de la Ley 906 de 2004, señalan que una vez decretada, cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal contra el indiciado, por los hechos materia de imputación y se revocaran las medidas cautelares que se le hayan impuesto.

En ese orden, siendo el procesado afectado con medida de restricción de libertad, cuya investigación es precluida en su favor, por no poder la Fiscalía desvirtuar la presunción de inocencia, acorde con el precedente judicial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 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 del actor, afectación 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.

Así lo reafirma, la sentencia del 17 de septiembre de 2017, en la cual se expresa, haciendo un recuento del devenir de la tesis sobre privación injusta de la libertad:

“19.3. Fuera de los tres eventos contemplados en la norma en mención, la responsabilidad extracontractual de la administración puede resultar comprometida también cuando por ejemplo al término del proceso penal la presunción de inocencia del sindicado se mantiene incólume, lo cual ocurre en los eventos en los que la absolución se origina en la aplicación del principio in dubio pro reo.

19.4. En otros términos, la responsabilidad del Estado en tratándose de casos de privación injusta de la libertad no se encuentra supeditada exclusivamente a la configuración de una de las tres causales señaladas en la norma sustantiva penal,

pues si bien estas constituyen su marco normativo, aquella encuentra su génesis y justificación en la causación de un daño antijurídico que el afectado no está en la obligación de soportar, esto en los términos del artículo 90 constitucional²⁴

Probada como está la limitación material de la libertad del actor por (2 meses 20 días), se advierte que de la actuación desplegada por el ente acusador – Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, cada una dentro de las competencias asignadas por la Ley 906 de 2004, derivaron en la restricción de la libertad del señor HERNÁN ALBERTO DE VIVERO MERCADO, la que a la postre con la decisión de preclusión²⁵, convirtió el daño en antijurídico, al quedar sin alguna defensa la privación de la libertad a la cual se vio sometido el actor por parte dentro de la investigación penal que le fue adelantada, comulgando esta Sala con el razonamiento efectuado por el A quo.

Ahora bien, la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial, argumentan en sus recursos que, atendiendo a las reglas procesales y los hechos acaecidos, no les compete responsabilidad alguna, postura que no se comparte por este Tribunal, veamos:

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.

A su turno, la Rama Judicial aduce que el control de la investigación la tiene la Fiscalía General de la Nación, en donde el juez trabaja con los elementos probatorios y evidencia física aportados por la Fiscalía. Y cuando la fiscalía incumple sus deberes probatorios y posteriormente solicita preclusión de la investigación como ocurrió en el presente caso, no está la Rama Judicial, llamada a responder.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera Subsección B. Expediente nº. 42812. Radicación No. 19001-23-31-000-2003-00155-01. Actor: Tulio Aníbal Quiñones Quilindo y otros. Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación y otro

²⁵ De conformidad con el numeral 5 del artículo 250 de la Constitución la preclusión procede cuando según lo dispuesto por la Ley **no existe mérito para acusar**.

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.

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 Nacional siendo la responsable de aportar los elementos necesarios para fundamentar entre otros, la imputación y la petición de medida de aseguramiento, conducta investigativas y procesales que 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 orden de restricción del derecho fundamental a la libertad a través de una medida de aseguramiento.

El artículo 306 de la ley 906 de 2004 establece:

“ARTÍCULO 306. SOLICITUD DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.
<Artículo modificado por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer 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.

Escuchados los argumentos del fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa, el juez emitirá su decisión.

.....” (Negrillas fuera del texto)

La lectura de la norma, implica que si bien el Juez es el destinatario de toda la actividad investigativa y probatoria y fundado en ello adopta las decisiones relacionadas con restricción del derecho a la libertad – por imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad y a la Fiscalía le corresponde dirigir coordinar, controlar y ejerce la verificación de la investigación y de las actividades de la policía judicial, 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."*²⁶

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 tarea investigativa y recaudo de evidencias debe verificar la veracidad de los informes sometidos a su consideración y los elementos de prueba, previo, claro está, 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 que aporta la Fiscalía y sobre los cuales cimenta su 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 incitado y conducido por lo argumentos, elementos materiales probatorios y evidencias puestos en conocimiento por parte de la Fiscalía.

La doctrina ha señalado que:

"El descubrimiento probatorio que aquí²⁷ 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 sindicado y tengan la aptitud de poner en duda o desvirtuar el pedido de la medida

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 16 de mayo de 2007.M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Radicado. 26.310.

²⁷ En referencia la audiencia donde se pretenda sustentar por la Fiscalía una medida limitadora de derechos fundamentales.

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”²⁸

Por ello, 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.

Este argumento da pie para concluir, que a ambas entidades les asiste el deber de reparar, pues este en sí mismo, se constituye en razón para desechar los argumentos expresados en el recurso de apelación de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la RAMA JUDICIAL, pues ambas ejercen una actividad determinante en la toma de la decisión, una recopilando los elementos físicos y evidencias dentro de sus facultades probatorias que soportan la solicitud de la medida, y otro valorando y en ejercicio de ponderación controlando tales elementos.

En esa óptica, 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 HERNÁN ALBERTO DE VIVERO MERCADO.

Finalmente, en lo que respecta al argumento traído por el apoderado de la Rama Judicial, en relación con la violación del precedente jurisprudencial al

²⁸ 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.

no tener en cuenta lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia del 10 de agosto de 2015 proferida por el H. 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, lo cual acaeció como se dejó argumentado en líneas previas.

En este orden de ideas, se itera que como los ciudadanos no están obligados a soportar cargas superiores a las que normalmente soporta el resto de la comunidad, en el evento en que se impusiera a un ciudadano una carga superior sin sustento legal o justificación alguna, se rompería el principio de igualdad, por lo que el Estado estaría llamado a reparar el daño ocasionado.

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 demandadas²⁹.

En consecuencia de lo anterior, la Sala dispondrá **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

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, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

²⁹ Sobre debilidad probatoria y privación injusta de la libertad, se puede consultar, Sentencia del 17 de septiembre de 2017. Ídem 25.

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida el 13 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. 183 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA

Con impedimento