

Cartagena de Indias D.T y C., veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

| | |
|-------------------|---|
| Acción | REPARACIÓN DIRECTA |
| Radicado | 13-001-33-33-004-2014-00390-01 |
| Demandante | VÍCTOR CARLOS PINEDA HERNÁNDEZ Y OTROS |
| Demandado | NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN |
| Magistrado | MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ |
| Tema | Privación injusta de la libertad -responsabilidad objetiva de la Fiscalía General de la Nación |

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 16 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por los señores VÍCTOR CARLOS PINEDA HERNÁNDEZ, XIOMARA ALVARADO PUELLO, en nombre propio y en representación de su menor hijo VÍCTOR MANUEL PINEDA ALVARADO; VÍCTOR CARLOS PINEDA, en nombre propio, AIDA LUZ HERNÁNDEZ MORELO, en nombre propio y en representación del menor DIEGO ARMANDO MUÑOZ HERNÁNDEZ; JORGE LUIS PINEDA HERNÁNDEZ, GERLEIS NEGRETE HERNÁNDEZ, en nombre propio y en representación de los menores OSCAR LUIS MONCARIS NEGRETE, JESÚS ALBERTO MONCARIS NEGRETE y LUIS ALBERTO MONCARIS NEGRETE, OMAIDA PINEDA CALDERIN, en nombre propio y OSCAR MONCARIS BLANCO, por conducto de apoderado.

2.2. Demandado

La acción está dirigida en contra de la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

2.3. La demanda¹.

La presente acción de Reparación Directa fue instaurada por señores VÍCTOR CARLOS PINEDA HERNÁNDEZ Y OTROS, por conducto de apoderado judicial, con el siguiente objetivo:

Primero: Que se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación Fiscalía General de la Nación, por la privación injusta de la libertad de VÍCTOR PINEDA HERNÁNDEZ, durante el período de 3 meses y 19 días, comprendidos desde el 18 de enero de 2012 al 7 de mayo de 2012.

Segunda: Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la Nación Fiscalía General de la Nación, a reconocer y pagar a favor de VÍCTOR PINEDA HERNÁNDEZ, la suma de \$30.000.000 por concepto de daño emergente y la suma de \$ 4.900.000.00 por concepto de lucro cesante.

Tercero: Se condene a la Nación Fiscalía General de la Nación al pago de las siguientes sumas de dinero, por concepto de daño moral:

| DEMANDANTE | RELACIÓN FILIAL | SMLMV |
|-----------------------------|----------------------|-----------|
| VÍCTOR PINEDA HERNÁNDEZ | victima directa | 100 SMLMV |
| XIOMARA ALVARADO PUELLO | Compañera permanente | 100 SMLMV |
| VÍCTOR PINEDA ALVARADO | Hijo | 100 SMLMV |
| VÍCTOR CARLOS PINEDA | padres de la víctima | 100 SMLMV |
| AIDA LUZ HERNÁNDEZ MORELO | Madre de la victima | 100 SMLMV |
| DIEGO MUÑOZ HERNÁNDEZ | Hermano | 50 SMLMV |
| JORGE LUIS PINEDA HERNÁNDEZ | Hermano | 50 SMLMV |
| OMAILDA PINEDA CALDERIN | Hermano | 50 SMLMV |
| GERLEIS NEGRETE HERNÁNDEZ | Hermano | 50 SMLMV |
| OSCAR LUIS MONCARIS NEGRETE | Sobrino | 50 SMLMV |
| JESÚS A. MONCARIS NEGRETE | Sobrino | 50 SMLMV |
| LUIS MONCARIS NEGRETE | Sobrino | 50 SMLMV |
| OSCAR MONCARIS BLANCO | cuñado | 50 SMLMV |

2.5. Hechos

¹ Folios 1-16 cuaderno 1

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

Que el 16 de enero de 2012 en la Boquilla, una mujer fue abusada sexualmente y despojada de sus pertenencias; después del abuso, se dirigió a la estación de policía del lugar de los hechos, se realizaron retratos hablados de los violadores y el intendente de la Policía señaló que las características físicas concordaban con los señores LUIS FERNEL GIRALDO CARRILLO y VÍCTOR CARLOS PINEDA HERNÁNDEZ.

Con la información anterior, la Fiscalía Octava seccional, solicitó ante un Juez de Control de garantías, la captura de los señores mencionados en el párrafo anterior, por los delitos de acceso carnal violento en concurso heterogéneo con los delitos de hurto calificado y agravado con porte ilegal de armas de fuego y municiones, la cual fue ordenada.

El día 16 de enero de 2012, los indiciados fueron capturados por orden judicial y al día siguiente se realizaron las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento; la Fiscalía solicitó la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario. El juez octavo penal municipal con funciones de control de garantías, ordena la privación de la libertad de los imputados en la cárcel de Ternera.

Explica que luego de la privación de la libertad, el señor Luis Fernel Giraldo Carrillo, contó a la defensa del señor Víctor Carlos Pinedo Hernández y a la Policía Nacional, que este no tenía nada que ver en la violación y que la persona que había participado en el ilícito era el señor Luis Fernando Iriarte Gómez.

Relata la parte actora, que logró contactar al señor Luis Fernando Iriarte Gómez, y consiguió una declaración jurada ante la Notaria Cuarta de la Ciudad, donde describía las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos. Con esa prueba solicitaron la revocatoria de la medida de aseguramiento a favor del señor Víctor Pineda Hernández, pero la demandada presentó escrito de acusación contra el señor Pineda, el cual le correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena.

Posteriormente la Fiscalía realizó actos de investigación, interrogando al señor Luis Fernando Iriarte Gómez y nuevo reconocimiento fotográfico de la víctima, quien lo reconoció, además los resultados de la prueba de ADN, arrojaron

negativo, es decir, a favor del señor Víctor Pineda Hernández y positiva sobre las otras personas.

Finalmente el día 6 de mayo de 2012, se llevó a cabo audiencia de revocatoria de medida de aseguramiento a favor del señor Víctor Carlos Pineda Hernández, la cual correspondió al Juzgado Segundo Penal Municipal de Cartagena con funciones de control de garantías, solicitud que fue coadyuvada por la Fiscalía, el agente del Ministerio Público y el representante de la víctima; el juzgado revocó la medida de aseguramiento y ordenó la libertad, para tal fin se libraron los oficios correspondientes, quedando el demandante en libertad el 7 de mayo de 2012.

2.6. Contestación de la Demanda

2.6.1 Nación – Fiscalía General de la Nación

La Fiscalía General de la Nación no contestó la demanda.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA²

Por medio de providencia del 16 de diciembre de 2016, la Juez Cuarto Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

La Juez *A quo* expuso, que la situación fáctica planteada se enmarca en el régimen de responsabilidad objetivo del Estado, como quiera que está demostrado el daño antijurídico por cuanto la detención preventiva de la que objeto el señor VÍCTOR PINEDA HERNÁNDEZ, y la posterior preclusión de la investigación penal en su contra por ausencia de participación en el hecho investigado y que el mismo resultó imputable a la demandada, declara la responsabilidad del Estado y condena al Fiscalía General de la Nacional y la consecuente indemnización de los perjuicios.

De la misma manera, consideró que se encontraba debidamente acreditado que el señor VÍCTOR PINEDA HERNÁNDEZ ingresó al establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario de Cartagena el 18 de enero de 2012 a disposición del Juzgado Octavo Penal Municipal de Cartagena, ordenada por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Cartagena, según certificación expedida por la directora de dicho centro del 30 de julio de 2014.

² Folios 431-453 cuaderno 3

Analizó el material probatorio, y concluyó que la privación de la libertad del señor PINEDA HERNÁNDEZ, se logró, sin que hubiera intervenido en el hecho investigado que se le imputaba, tal como se probó en el proceso penal, ni desvirtuado la presunción de la inocencia de la que gozaba, luego entonces, nace para el Estado el deber de responder por el daño antijurídico causado, que no tenía el deber jurídico de soportar, el cual debe ser resarcido.

Explicó que si bien es cierto la Fiscalía General de la Nación no cuenta con la facultad jurisdiccional para restringir la libertad de la una persona, tiene competencia de adelantar la investigación penal, recaudar los elementos materiales probatorios y solicitar la restricción de la libertad al juez de garantías, para lo cual es indispensable realizar un estudio del hecho investigado de cara a los elementos de prueba recaudados, que permitan inferir razonablemente la participación del imputado en el delito investigado, de tal manera que pueda determinarse que existe méritos suficientes para solicitar la medida restrictiva.

Por lo que concluye que la Fiscalía General de la Nación, es responsable de la privación injusta de la libertad del señor VÍCTOR PINEDA HERNÁNDEZ, al solicitar la medida de aseguramiento privativa de la libertad en su contra, por una conducta penal que no cometió.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN³

Por medio de escrito del 7 de febrero de 2017, la parte demandada presenta apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, aduciendo que la juez, olvida que el nuevo sistema penal acusatorio, si bien el fiscal dirige, coordina y ejerce verificación técnico científica sobre la investigación y las actividades de policía judicial, no tiene ya la facultad, como si ocurría en el anterior sistema, de disponer sobre la privación de la libertad del investigado, salvo las excepciones contempladas en la ley, pues dicha función le corresponde al Juez de control de garantías por solicitud de la Fiscalía, ya sea al legalizar la captura cuando ésta ha sido efectuada por otra autoridad, incluso en aquellos eventos en que el Fiscal hace uso de la facultad excepcional, o al ordenar la imposición de una medida de aseguramiento. Siendo ello, así, la Fiscalía General de la Nación solo se limitó a cumplir con su rol de ente acusador, tal como lo dispone el artículo 250 de la Carta Política.

Explica que no puede pretenderse que el fiscal desde el comienzo del proceso pueda definir a ciencia cierta sobre la responsabilidad del investigado, porque existe un debate probatorio para tratar de establecer la

³ Folios 455-476 cuaderno 3

verdad de los hechos y es el juez quien le corresponde integrar todo el material probatorio y decidir según los principios de hermenéutica jurídica en materia penal, que para el caso, se dictó preclusión de la investigación.

Reitera que el Fiscal dirige, coordina, controla y ejerce verificación técnico científica sobre la investigación y las actividades de policía judicial, sin embargo, no tiene la facultad de privar de la libertad a las personas, salvo las excepciones contempladas en la ley 906 de 2004 (artículo 300), pues dicha función le corresponde al Juez de Control de Garantías por solicitud del Fiscal, como se establece en su artículo 297 y siguientes, y por tal en vigencia del nuevo sistema penal acusatorio, Ley 906 de 2004, las decisiones que impliquen la privación de la libertad de una persona, únicamente corresponde adoptarlas a los jueces en función de control de garantías, ya sea al legalizar una captura cuando ésta ha sido efectuada por otra autoridad, incluso en aquellos eventos en que el Fiscal hace uso de la facultad excepcional conferida en el artículo 300, o al ordenar la imposición de una medida de aseguramiento.

En el caso en estudio, en la audiencia preliminar llevada a cabo, la legalización de la captura la realizó el Juez Octavo Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cartagena, donde igualmente se le solicitó la imposición de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra del imputado, petición a la cual accedió el juez, es decir, que era decisión privativa del funcionario judicial, de lo cual se concluye que la responsabilidad sobre la restricción de la libertad finalmente estuvo en cabeza de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial y no de la Fiscalía, entidad que solo cumplió el papel de instructora del proceso, sin que las pruebas aportadas se pudiere deducir que haya inducido en error al juzgado para adoptar las decisiones referidas anteriormente.

Concluye, que en el sub lite no se estructuran los supuestos que permitan establecer una responsabilidad en contra de la Fiscalía, por cuanto la actuación de la Fiscalía General de la Nación se surtió de conformidad con los lineamientos fijados en la Constitución y en las disposiciones sustanciales y procesales vigentes para la época de los hechos, por lo cual no es ajustado a derecho predicar una privación injusta de la libertad, en consecuencia, solicita se revoque el fallo de primera instancia y se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendarado 27 de febrero de 2017⁴ se concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada; con providencia del 18 de Agosto de 2017⁵, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 12 de febrero de 2018⁶, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante

La parte demandante no alegó de conclusión.

6.2. Alegatos de la parte demandada⁷:

La parte demandada, se reitera en los argumentos expuestos en el recurso de alzada, solicitando se aplique el precedente que declara la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación y se revoque el fallo de primera instancia.

6.3. Ministerio Público

No rindió concepto

VII.- CONSIDERACIONES

7.1 Control De Legalidad

Tramitada la segunda instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

⁴ Folio 480 cuaderno No. 3

⁵ Folio 4 C. 2ª instancia

⁶ Fol. 8 C. 2ª instancia

⁷ Folios 10-30 C. 2ª instancia

7.3 Problema Jurídico

La demandada NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, como fundamento del recurso, precisa que la actuación del fiscal investigador se limita a formular la petición de medida de aseguramiento y que la decisión de imponerla recae sobre el funcionario judicial con funciones de control de garantías. Señala que la medida fue solicitada atendiendo a las características propias del caso y en forma ajustada a la ley, de forma que no le cabría alguna forma de responsabilidad en el presente caso.

Atendiendo lo anterior, el problema jurídico en el presente caso está dirigido a determinar si la detención de la que fue objeto el señor VÍCTOR PINEDA HERNÁNDEZ, le generó un daño antijurídico que no estaba obligado a soportar y si dicha decisión generó responsabilidad por parte de la demandada, cuando posteriormente se le absolvió del punible que se le había imputado.

7.4 Tesis

La Sala de Decisión, desatando el recurso de apelación, confirmará la sentencia de primera instancia, por cuanto se encuentra demostrado que la privación de la libertad del señor VÍCTOR PINEDA HERNÁNDEZ fue injusta, por la ausencia del elemento subjetivo del tipo, es decir, que la controversia analizada se definió bajo un título de imputación objetivo, pues la absolución del demandante, se produjo porque el sindicado no cometió el hecho delictual; en consecuencia, los criterios establecidos en el régimen de responsabilidad objetiva son aplicables al presente asunto, por cuanto se reúnen los presupuestos necesarios para predicar la responsabilidad administrativa y patrimonial a cargo de la Nación- Fiscalía General de la Nación, en el entendido que a partir de la imputación, le asiste el deber de reparar la materialización del daño antijurídico que asumió el demandante, como una carga que éste no estaba llamado a soportar.

La Tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

7.5. Marco normativo y Jurisprudencial

7.5.1. 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 libertad⁸, 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 Políticos⁹ 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 *ibidem*, 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."

⁸ Sobre 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".

⁹ Artículo 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, es el Consejo de Estado a través de su Sección Tercera el que ha construido una línea jurisprudencial sobre el tema, elaborada a partir de la Constitución Política de 1991, y bajo los postulados del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal), derogado por la Ley 600 de 2001.

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

Teniendo en cuenta lo anterior, es de gran importancia para esta Colegiatura identificar cual es el título de imputación aplicable al caso concreto de privación injusta de la libertad, bien a través de un sistema subjetivo de falla del servicio, o mediante uno de naturaleza objetivo, razón por la cual se trae a

colación en resumen, las diferentes posturas adoptadas por el H. Consejo de Estado en la jurisprudencia relacionada con la responsabilidad del Estado en estos casos, dado que la demandada finca su defensa en que en el caso bajo estudio no existe un juicio de reproche de la actividad desplegada por la Fiscalía General de la Nación, puesto que el proceso subyacente mediante el cual se produjo la detención no es producto de una ilegalidad.

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, en 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 y 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”¹⁰ (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.

Posición reiterada en las Sentencias de Unificación que ha proferido la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 6 de abril de 2011¹¹ y el 17 de octubre de 2013¹².

¹⁰ CONSEJO 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.

¹¹Expediente No. 21.653, en la cual se sostuvo que el Estado es responsable por los daños ocasionados a una persona que es privada injustamente de la libertad y posteriormente es absuelta en virtud de los supuestos consagrados en el Art. 414 del C. P.P. y en la Ley 270 de 1996.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá DC. Diecisiete (17) de Octubre de dos mil trece (2013). Radicación No. 52001-23-31-000-1996-07459-01 (23354). Actor: Luis Orozco Osorio. Demandado. Fiscalía General de la Nación. En la cual se precisó que además de los supuestos del Art. 414 del C.P.P. y de la Ley 270 de 1996, también es responsable el Estado por los daños ocasionados en virtud de la privación injusta de la libertad de una persona cuando es absuelta por aplicación del principio de *indubio pro reo*.

Así las cosas, hoy, de manera general se aplica el régimen de responsabilidad objetivo en todos los eventos en los cuales el implicado que haya sido privado de su libertad y finalmente sea absuelto o se precluya a su favor la investigación, teniendo *per se* el Estado la obligación de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre y cuando éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlo.

7.6. Caso concreto.

Analizado el antecedente normativo y jurisprudencial, la Sala procede a resolver el presente asunto; para ello comenzará haciendo un análisis de las pruebas traídas al proceso en aras de determinar el carácter cierto y certero del daño ocasionado.

De las pruebas recaudadas, se puede resaltar, que efectivamente los **Hechos Probados** son los siguientes:

- Que el señor Víctor Pineda Hernández, ingresó al establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario de Cartagena, el 18 de enero de 2012 a disposición del Juzgado Octavo Penal Municipal de Cartagena y quedó en libertad el 7 de mayo de 2012, ordenada por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Cartagena, según certificación expedida por la directora de dicho centro carcelario del 30 de julio de 2014 (folio 59 C1)
- Que el 17 de enero de 2012, el Juzgado Décimo Penal Municipal con Funciones de control de garantías, decidió decretar las ordenes de captura solicitadas por la Fiscalía Seccional 33, incluyendo la del demandante. (folio 152 C1)
- Que se expidió orden de captura 0003 a nombre del señor Víctor Pineda Hernández (folio 154 C1)
- Que el 17 de enero de 2012 fue capturado el señor Pineda Hernández, por el delito de acceso carnal agravado (folio 158 C1)
- Que el 18 de enero de 2012 el Juzgado octavo Penal Municipal con funciones de garantías, decreta la legalidad de la captura del señor Víctor Pineda Hernández y Luis Fernel Giraldo Carrillo (folio 185-186 C1)

- Declaración del señor Luis Fernando Iriarte Gómez, donde manifiesta que el cometió el delito de acceso carnal violento que se le imputa al señor Víctor Pineda Hernández (folio 294-295 C2)
- Que el informe pericial rendido por el Instituto de medicina Legal y ciencias forenses, excluye al señor Víctor Pineda Hernández como aportante de células recuperadas de las fracciones espermáticas tomadas de la tela del panty y el short de la víctima (folios 300 a 303 C2)
- Que el 7 de mayo de 2012, el Juzgado segundo con funciones de garantías, revocó la medida de aseguramiento intramural, en el establecimiento penitenciario y carcelario San Sebastián de Tercera (folio 320 C2)
- Que el 15 de junio de 2012 en audiencia de juicio oral, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena co funciones de conocimiento de descongestión, decidió precluir la investigación a favor del señor Víctor Pineda Hernández, se ordenó la ruptura procesal y la asignación de un nuevo radicado (folio 362 C 2)

7.6.1. Análisis crítico de la prueba frente al marco normativo y jurisprudencial

Está demostrado que la Fiscalía solicitó la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva intramural y que la misma fue concedida por el juzgado con funciones de control de garantías, tal como se puede verificar con la prueba antes relacionada; igualmente, con el certificado expedido por la directora de la cárcel de ternera se evidencia que estuvo recluido desde el 18 de enero al 7 de mayo de 2012, es decir, 3 meses y 19 días.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala determina la responsabilidad del Estado, en el caso Sub examine, con base a la demostración de los elementos de responsabilidad consagrados en el nombrado artículo 90 de la C.P.

Daño Antijurídico.

Como se dejó sentando en líneas anteriores, el daño antijurídico es conocido doctrinalmente, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Para determinar el daño, se debe tener en cuenta en primer lugar, el proceso penal adelantado por la Fiscalía Seccional 33 de Cartagena, que culminó con el auto de preclusión de la investigación proferido el 15 de junio de 2012,

en el que se determinó que el señor Víctor Pineda Hernández no cometió el delito imputado.

Con sustento en todo lo anterior se deja por definido que el daño lo constituye la privación de la libertad física de VÍCTOR PINEDA HERNÁNDEZ con ocasión del proceso seguido en su contra por el delito de acceso carnal violento en concurso con el hurto calificado agravado, la cual, de acuerdo con las pruebas aportadas, se evidencia desde el 18 de enero al 7 de mayo de 2012.

La Imputabilidad.

Como se advierte, del actuar investigativo de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, que culmina con el auto de preclusión de la investigación del 15 de junio de 2012, que pone en evidencia la imposibilidad de continuar con la acción penal en contra de VÍCTOR PINEDA HERNÁNDEZ, por no haber cometido conducta delictual alguna, lo cual se traduce en afirmar que no se configuraron los elementos necesarios para que la conducta fuese punible y en consecuencia merecedora de sanción de tipo penal.

Dado que en el presente caso es procedente aplicar el régimen de responsabilidad objetivo en virtud de la forma en que finalizó el proceso penal, no es preciso demostrar la existencia de un nexo causal o una falla en el servicio.

Ahora bien, con relación al argumento del recurso relativo a que la Fiscalía dirige, coordina y ejerce verificación técnica científica de la investigación, pero que no puede disponer sobre la privación de la libertad del investigado, ya que la medida de aseguramiento le corresponde al juez de control de garantías, sobre este aspecto, esta Corporación, considera que debe tenerse en cuenta que la investigación en materia sancionatoria y especialmente en materia penal, impone a la autoridad investigadora el deber de recaudar toda la información junto con su soporte probatorio acerca del imputado que tienda a establecer su responsabilidad, tanto lo favorable como lo desfavorable. En el presente caso, al momento en que se surtió la audiencia de legalización de la captura y la imposición de la medida de aseguramiento, la Fiscalía solamente aportó pruebas que resultaban desfavorables sin haber realizado las indagaciones que permitieran ampliar el panorama probatorio y de esta forma ofrecer mejores elementos al juzgador al momento de adoptar la decisión de imponer la medida de aseguramiento.

Es importante destacar que en el presente caso la Fiscalía fue quien solicitó la preclusión de la investigación y además la revocatoria de la medida de aseguramiento, lo cual fundamentó en el recaudo de material probatorio

como interrogatorio al señor Luis Fernando Iriarte Gómez, prueba de ADN que permitieron establecer que el señor VÍCTOR PINEDA HERNÁNDEZ no es responsable del posible delito que se le imputaba.

Dado que la conducta de la Fiscalía General de la Nación fue lo que determinó el resultado, tanto para la imposición de la medida de aseguramiento, así como para su revocatoria, se considera por parte de esta Corporación, que viene a ser la responsable de los perjuicios provocados al accionante y que derivaron de la privación de su libertad.

Por lo expuesto, es clara la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, de los perjuicios ocasionados al actor por la privación injusta de que la que fue víctima, como quiera que en todo el desarrollo de la acción penal, no logró demostrar la responsabilidad de éste en la comisión del delito endilgado.

De acuerdo a lo expuesto, esta Sala concluye, que existe Responsabilidad del Estado por la privación de que fue objeto el demandante, dado que la preclusión de la acción, da cuenta de que la Fiscalía como ente acusador, no corrió con la carga de desvirtuar el "*in dubio pro reo*", y la privación de la libertad es claramente una carga que no debe soportar quien la sufre dentro de un proceso, en el cual se parte de la mencionada presunción y ella no logra ser desvirtuada por quien posee el deber legal de hacerlo, es decir, la demandada; razones suficientes para despachar negativamente los argumentos expuestos en el recurso de apelación y en los alegatos de conclusión; por lo tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia.

7.7. Conclusión

Que la controversia analizada se definió bajo un título de imputación objetivo, pues la absolución del señor VÍCTOR PINEDA HERNÁNDEZ, se produjo porque el sindicado no cometió el hecho delictual; en consecuencia, los criterios establecidos en el régimen de responsabilidad objetiva son aplicables al presente asunto, en imperativa reiteración del precedente transcrito, por cuanto se reúnen los presupuestos necesarios para predicar la responsabilidad administrativa y patrimonial a cargo de la Nación- Fiscalía General de la Nación, en el entendido de que a partir de la imputación, le asiste el deber de reparar la materialización del daño antijurídico que asumió el demandante, como una carga que éste no estaba llamado a soportar, en consecuencia, esta Corporación, comparte las consideraciones de la A quo, en el entendido de declarar patrimonial responsable a la Nación - Fiscalía General de la Nación por los perjuicios materiales y morales que sufrieron los demandantes como consecuencia de la privación injusta de la libertad de

que fue víctima el señor VÍCTOR PINEDA HERNÁNDEZ, entre el 18 de enero y 7 de mayo de 2012.

En consecuencia, esta Sala confirmara el fallo de alzada, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena

VIII.- COSTAS -

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación condenará en costas a la parte vencida.

IX.- DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 16 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte vencida, conforme a lo establecido en los art. 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 21 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ