



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veinte (20) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13001-33-33-007-2014-00134-01
Demandante	TOMÁS EMIRO ARRIETA IBAÑEZ Y OTROS
Demandado	NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y OTROS
Tema	PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada NACIÓN-RAMA JUDICIAL, contra la sentencia de fecha catorce (14) de marzo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1 HECHOS

El señor TOMÁS EMIRO ARRIETA IBAÑEZ, el 10 de septiembre de 2011 fue capturado por agentes de la Policía Metropolitana de Cartagena, mientras desarrollaba labores de mensajero en su motocicleta y durante las manifestaciones que realizaban mototaxistas en distintos sectores de la ciudad, imputándole las conductas punibles de perturbación del servicio de transporte público colectivo u oficial.

Con ocasión de lo anterior, el 11 de septiembre de 2011 fue conducido al Centro de Servicios Judiciales para legalizar su captura, se le vinculó al proceso penal, siendo cobijado con medida de aseguramiento de detención preventiva y el 13 de septiembre del mismo año fue llevado a la Cárcel de Ternera y su motocicleta a los patios. El 19 de abril de abril de 2012 la Fiscalía solicitó la preclusión de la investigación que concedió el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena.

Estuvo privado de la libertad del 10 de septiembre de 2011 al 19 de abril de 2012, esto es, por 7 meses y 6 días.

1.2 PRETENSIONES

-Declarar que la NACIÓN-POLICÍA NACIONAL-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DEL CONSEJO SUPERIOR



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

DE LA JUDICATURA, son responsables administrativa, patrimonial y civilmente de todos los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales ocasionados a: TOMÁS EMIRO ARRIETA IBAÑEZ como víctima directa; MARICEL HERNÁNDEZ MARRUGO en calidad de cónyuge; SILVIA ELENA IBAÑEZ ARGUMEDO en su condición de madre; BEATRÍZ ELENA ARRIETA IBAÑEZ y MARELVIS DEL CARMEN ARRIETA IBAÑEZ, como hermanas; por la privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor TOMÁS EMIRO ARRIETA.

-Condenar a la NACIÓN COLOMBIANA-POLICÍA NACIONAL-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y a la RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, a: **1)** Pagar a los demandantes todos los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos, con base en los siguientes conceptos: **i)** Lucro cesante en favor de la víctima directa: \$6.000.000, correspondientes a las sumas que dejó de producir como salario y prestaciones, ya que estaba trabajando al momento de ser capturado y en condiciones de seguir haciéndolo normalmente para el sostenimiento de su familia. **ii)** Daño emergente: \$3.000.000, como consecuencia de los gastos en diligencias judiciales y honorarios de abogados para la atención del proceso penal al que fue vinculada la víctima directa y que se acreditan con el contrato de prestación de servicios profesionales suscrito el 16 de septiembre de 2011. **iii)** Daño moral: 100 SMLMV para cada uno de los demandantes. **2)** Condena en costas y gastos a las partes demandadas y que se cumpla la sentencia en la forma prevista en los artículos 188 y SS del CPACA.

1.3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Artículos 6, 13 y 90 de la Constitución Política, porque la privación de la libertad se debe reparar sin tener en cuenta la legalidad o ilegalidad de la actuación de las entidades encartadas, pues se considera que cuando una persona es privada de su libertad bajo medida provisional y luego es puesta en libertad porque no se demostró que tuviera participación en el delito que se le imputaba, dicha privación fue injusta y por tanto las consecuencias negativas configuran para el investigado un daño antijurídico que debe ser reparado por el Estado.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1 POLICÍA NACIONAL (Fls. 136-146)

Se opone a todas las pretensiones de la demanda al estimar que el señor ARRIETA IBAÑEZ, no fue capturado por capricho de la entidad sino por descontrolar el orden público en flagrancia, lo que quiere decir que la Policía actuó en ejercicio de una labor que emana de la Constitución Política y por tanto no existe falla en el servicio.



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

En cuanto a los hechos, sólo reconoce el referente a que la Alcaldía de Cartagena expidió una regulación que restringió la circulación de mototaxistas y que por ello se realizaron protestas los días 10 y 11 de septiembre de 2011; así mismo, resalta que al momento de la captura, el detenido no portaba ningún documento que lo identificara como mensajero, además que el operativo se realizó también por el delito de violencia contra servidor público.

Sostiene que, si bien el artículo 68 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia establece que quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar del Estado la reparación de los perjuicios ocasionados, la Corte Constitucional en Sentencia de 5 de febrero de 1996, fijó los criterios para que proceda, señalando que la actuación debe ser absolutamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido apropiada, ni razonada conforme a derecho; esto es abiertamente arbitraria.

Manifiesta que, la Policía Nacional, a diferencia de otras entidades estatales, presta un servicio público que está catalogado como de medio y no de resultado, obviamente observando la garantía de los derechos constitucionales como en el presente caso es la libertad, y en esa medida no podría ser sujeto activo del daño alegado en el sub judice, pues no define la situación jurídica a ningún indiciado.

Afirma que, desconoce si fue errada o no la interpretación probatoria que efectuó la Fiscalía General de la Nación, que en el marco de sus competencias fue quien determinó que sí existían suficientes méritos para proferir medida de aseguramiento en contra del demandante y finalmente precluirle la investigación.

Resalta que, la responsabilidad del Estado establecida en los artículos 65 y siguientes de la Ley 270 de 1996 y en el Decreto 2700 de 1991, no le es aplicable a la Policía Nacional, sino que es propia de los agentes judiciales. En esa medida, si bien junto con la Fiscalía General de la Nación y los jueces, puede privar de la libertad, los regímenes jurídicos aplicables a cada entidad son diferentes y en el caso de la Policía no será el de responsabilidad objetiva, sino que responderá a título de falla del servicio, en los eventos en los que se pruebe que la captura realizada por la institución no cumplió los requisitos legales, lo que no ocurrió en el sub judice.

Indicó que, se advierte una escasa actividad probatoria de la parte demandante, quien tenía la obligación de demostrar tanto la existencia del daño alegado como la imputabilidad del mismo al servicio, teniendo en cuenta que la carga de la prueba le correspondía en virtud del principio incumbit probatio. En consecuencia, resulta física y jurídicamente imposible deducir una falla del servicio de la Policía Nacional con una consecuente responsabilidad por los hechos enunciados en la demanda.



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

Finalmente, propuso las excepciones de indebida representación de la parte demandada o falta de legitimación en la causa por pasiva y la innominada.

2.2 RAMA JUDICIAL (Fls. 156-169)

Se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por estimar que no hubo falla del servicio por privación injusta de la libertad, ya que toda la actuación judicial estuvo soportada en las normas legales vigentes.

No reconoce ninguno de los hechos relatados en la demanda, afirmando que se atiene a lo probado; sin embargo, insiste en que ante una eventual responsabilidad, ésta recaería en el Ministerio de Defensa-Policía Nacional, debido a que el actuar de sus agentes indujo en error al juez de control de garantías, pues la legalización de la captura se produjo con fundamento en el informe rendido por aquellos.

Manifiesta que, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha indicado que en asuntos de privación injusta de la libertad se deben seguir los siguientes criterios: las hipótesis establecidas en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 se resuelven bajo la tesis objetiva o amplia y hacen parte de este supuesto los casos en que el hecho no existió, la conducta no resulta constitutiva de delito o el procesado no lo cometió; mientras que las situaciones que no se encuentren contempladas en tal disposición se definen por el régimen subjetivo o de la falla del servicio.

En ese entender, considera que el régimen subjetivo de la falla del servicio se aplica a todos los asuntos donde se haya establecido que la absolución del procesado se verificó por alguna de las siguientes causales: i) in dubio pro reo, ii) imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, iii) imposibilidad de iniciar o proseguir la investigación penal, iv) existencia de una causal que excluya la responsabilidad penal y por v) prescripción de la acción penal.

Indica que, en el régimen de falla del servicio la carga probatoria se incrementa para el convocante, pues la simple privación de la libertad no conduce a responsabilidad del Estado. De manera que al actor le corresponde acreditar fehacientemente la ilegalidad de la detención, esto es que fue una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales.

Sostiene que, conforme al Código de Procedimiento Penal vigente, es la Fiscalía General de la Nación, la encargada de recopilar los elementos materiales probatorios y evidencia física para presentarlas ante el juez de control de garantías para la imposición de medida de aseguramiento, quien verificará no sólo los requisitos y finalidades establecidas por la constitución y la ley sino que además, realizará un test con fundamento en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación.



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

En ese sentido, según su criterio, el juez de control de garantías no realiza ninguna valoración probatoria y por lo mismo, no define la responsabilidad penal del investigado, como quiera que se trata de un estadio procesal donde la labor del funcionario judicial se circunscribe a verificar el cumplimiento de los requisitos consagrados en los artículos 250 constitucional, 308 de la Ley 906 de 2004, y la constatación de que la medida de aseguramiento se adecúa al test de proporcionalidad, razonabilidad y ponderación.

Señala que, cuando la Fiscalía solicita la preclusión de la investigación, no surge la responsabilidad de la Nación-Rama Judicial, porque la privación de la libertad, tuvo su origen en la actuación atribuida al organismo investigador, pues sin que existieran verdaderos elementos materiales de prueba que comprometieran la responsabilidad del procesado, era improcedente iniciar una investigación penal y mucho menos esperar hasta la etapa del juicio para solicitar la preclusión y como la solicitud de absolución de parte de la Fiscalía se traduce en un retiro de los cargos, el juez no puede proferir fallo condenatorio.

Concluye entonces, que la Rama Judicial, debe responder es por la conducta de los agentes judiciales y para el caso, las actuaciones de éstos estuvieron ajustadas a la Ley y la Constitución, por cuanto la privación de la libertad reunió los requisitos legales y al haber concluido el proceso por preclusión de la investigación, inmediatamente se ordenó la libertad del involucrado. En consecuencia al no existir conducta reprochable, no es entendible que pueda hablarse respecto de la Rama Judicial la realización de un daño antijurídico, habida cuenta de una falta de nexo causal entre el presunto daño y la entidad.

Por último, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, hecho de un tercero, falta de relación causal entre los hechos de la demanda y persona del demandado y la innominada.

2.3 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Se abstuvo de presentar contestación de la demanda.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls. 247-270)

En sentencia de fecha catorce (14) de marzo de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena declaró patrimonialmente responsable a la NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, por los hechos que dieron lugar a la privación injusta de la libertad del señor TOMÁS EMIRO ARRIETA IBÁÑEZ, el día 12 de septiembre de 2011 y en consecuencia la condenó a pagar, perjuicios morales, lucro cesante y daño emergente. De igual forma declaró probada la



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

excepción de falta de legitimación en la causa de la POLICÍA NACIONAL y de oficio de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Como argumentos para su decisión, el A quo sostuvo que de la evolución normativa y jurisprudencial del tema de la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, puede extraerse que aquel debe responder por los perjuicios causados siempre que el proceso penal termina con sentencia absolutoria o preclusión de la investigación, sin que resulte relevante cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia.

De igual forma, indicó el Juez de primera instancia, que en estos casos a la parte demandante, solamente le corresponde acreditar los elementos que configuran la responsabilidad, lo que a su juicio, se cumplió. Sostuvo entonces, en primer lugar, que está corroborado el daño, pues el señor TOMÁS EMIRO ARRIETA IBÁÑEZ fue privado de forma injusta de su libertad, como quiera que luego fue liberado por la preclusión de la investigación penal. Así mismo, está demostrada la antijuridicidad, porque el involucrado no estaba obligado o no debió soportar la carga de ser privado de la libertad, al ser éste un derecho fundamental y estar sujeto a la presunción de inocencia.

En segundo lugar, refiriéndose a la imputabilidad, señaló que analizadas las pruebas allegadas al proceso se tiene que la RAMA JUDICIAL es la responsable por la privación injusta de la libertad, toda vez que es la encargada de ejercer funciones jurisdiccionales y por tanto es el juez el que puede o debe decidir sobre la privación de la libertad de los ciudadanos.

En ese orden, declaró la falta de legitimación en la causa de la POLICÍA NACIONAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, partiendo de que los demandantes encuadraron la acción bajo el título de imputación de daño especial o daño antijurídico por la privación injusta de la libertad y que es claro que el Estado responderá patrimonialmente por los daños jurídicos que sean causados por la acción u omisión de los agentes judiciales, esto es la RAMA JUDICIAL, que es quien cuenta con la potestad para privar de la libertad.

Por otro lado, indicó que en el sub judice no es posible aplicar la Sentencia de 10 de agosto de 2015 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, que habilita al fallador para un estudio crítico de las pruebas. Esto en consideración a que dicha providencia atiende a una situación fáctica distinta en la que se utilizó el principio in dubio pro reo y en este caso lo que ocurrió fue que se acreditó que el demandante no cometió el hecho que se le imputaba.

A juicio del A quo, resulta desde todo punto de vista desproporcionado pretender que se le exija al señor TOMÁS EMIRO ARRIETA IBÁÑEZ asumir de manera impasible y como si se tratara de una carga pública que todos los



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

colombianos deberíamos asumir en condiciones de igualdad, durante 7 meses y 7 días, una privación de su derecho a la libertad en aras de salvaguardar la eficacia de las decisiones del Estado.

Concluyó entonces, que conforme lo ha establecido el H. Consejo de Estado, no se puede exonerar al Estado de responsabilidad cuando a pesar de haber dictado una medida de detención con el lleno de los requisitos de ley, profiere una sentencia absolutoria en la cual establece que no existe certeza necesaria para privar de la libertad al sindicado. Ahora, si bien en el presente caso no existió una sentencia absolutoria porque se solicitó la preclusión de la investigación, no da lugar a equívocos que de continuar el trámite el juez de conocimiento tendría finalmente que absolver al indiciado por falta de elementos materiales probatorios.

4. Recurso de apelación (fls. 277-285)

La apoderada de la parte demandada, NACIÓN-RAMA JUDICIAL, recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando que se revoque o que en su defecto sean reconocidas las excepciones propuestas o luego de un análisis de fondo, sean denegadas por improcedentes las pretensiones de la parte actora.

Manifiesta que el H. Consejo de Estado amparado en su función de unificación jurisprudencial sentó a partir de la sentencia de 17 de octubre de 2013, que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, 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.

Señala que no obstante lo anterior, en sentencia de 10 de agosto de 2015, con ponencia del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo adoptó otra posición, 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 in dubio pro reo, esconden deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o 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 e inciden en la identificación del título en el cual habría de sustentarse la declaratoria de responsabilidad del Estado.

Sostiene que en el caso en particular la Fiscalía General de la Nación jugó un papel preponderante tanto para la iniciación del proceso, la imposición de la medida de aseguramiento, como en la preclusión de la investigación



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

decretada por el juez de conocimiento, la cual fue concedida a instancia de esta entidad, quien teniendo la potestad acusadora, decide declinar su acusación y solicitar la extinción de la acción penal.

Resalta que ante el juez de control de garantías, el señor TOMÁS EMIRO ARRIETA IBÁÑEZ fue presentado como capturado durante unos disturbios y puesto como partícipe del delito de perturbación del servicio de transporte colectivo u oficial, por quienes supuestamente le vieron cometer el hecho punible, circunstancia determinante para que la Fiscalía deprecara al juez de control de garantías la imposición de medida de aseguramiento y con posterioridad y por su propia gestión decidiera solicitar que se terminara el proceso al constatar que el indiciado no participó de los hechos investigados.

Afirma que el juez de control de garantías que actuó durante el proceso penal, cumplió las funciones que le asigna la Ley 906 de 2004 y las audiencias que dirigió fueron preliminares en las que no se discutió la responsabilidad penal del imputado, sino que el juez trabajó con elementos que no constituyen plena prueba y por ello la medida de aseguramiento impuesta obedeció a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación. Y es que cuando la Fiscalía incumple sus deberes probatorios y el juez debe absolver al procesado no surge la responsabilidad del Estado respecto de la Rama Judicial, porque la privación tuvo origen en el caudal probatorio allegado inicialmente por el ente investigador el cual posteriormente no reunió los requisitos para convertirse en plena prueba y ser soporte de una decisión condenatoria.

Estima entonces, que el presente caso encuadra en una excepción a la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva, estando facultado el juez para estudiar de manera crítica el material probatorio en orden a determinar si el fundamento de la exoneración penal en realidad escondía deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria. En consecuencia, a su criterio deberá ser analizado el expediente penal, que fue solicitado como prueba por la parte demandante, en el que reposa la solicitud de audiencia preliminar de preclusión y el acta de la misma, con lo que se demuestra la falta de legitimación de la Rama Judicial y la falta de relación causal entre el perjuicio reclamado y los hechos constitutivos del mismo.

5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 12 de agosto de 2016 (fl. 299), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, se admitió el recurso de apelación interpuesto y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

5.1 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

5.1.1 PARTE DEMANDANTE (Fls. 311-313)

Considera que debe confirmarse el sentido condenatorio del fallo en cabeza de la RAMA JUDICIAL, al margen de que se decida vincular a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, bajo la consideración de que el Estado es uno solo y cualquiera de las entidades debe resarcir el daño causado a los demandantes.

Indica que, la demanda fue presentada en contra de la POLICÍA NACIONAL, en el entendido de que esa entidad realizó la detención de TOMÁS EMIRO ARRIETA IBAÑEZ bajo la confusión de que él era mototaxista sin serlo, y sin dar tiempo o lugar a que se demostrara lo contrario; en contra de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, porque fue quien solicitó una medida de aseguramiento sin que se cumplieran los fines normativos para ello y además demoró demasiado en celebrar la audiencia de preclusión de la investigación aún después de tener certeza de que se trataba de una lamentable equivocación, y también se demandó a la RAMA JUDICIAL, en atención a que en cabeza de sus funcionarios estaba la potestad de no autorizar una medida preventiva tan drástica, cuando no era necesaria para salvaguardar pruebas, evitar la huida del investigado o proteger la comunidad, pues se trataba de un delito de poca monta y de una persona con arraigo social y familiar, cuya comparecencia se podía lograr por medios menos gravosos.

Señala que, revisado el recurso interpuesto por la vocera de la Rama Judicial, encuentra que no se exponen razones concretas y de fondo que sugieran un fallo en contra de las pretensiones de la demanda, sino que más bien se duele la togada de que no se haya condenado con ella a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, bajo el entendido de que dentro del proceso penal que se cuestiona, la absolución del demandante se debió a la imposibilidad de que ese ente acusador pudiera probar que el demandante había participado en los hechos vandálicos de los cuales se le acusaba, y que después de haber solicitado la privación de su libertad, finalmente optara por pedir su absolución.

En ese sentido, estima que el trasfondo del recurso no se circunscribe a una revocatoria del fallo, técnica y procesalmente hablando, pues no se objeta la calidad de víctima, ni el sentido, ni el quantum de la condena, sino que lo que se busca es que se comparta ésta.

5.1.2 PARTE DEMANDADA

5.1.2.1 POLICÍA NACIONAL (Fls. 302-305)

Manifiesta que de acuerdo a que no hay ningún reproche o prueba que le pueda endilgar a la POLICÍA NACIONAL algún tipo de responsabilidad, reitera lo expresado como razones de defensa en la contestación y los alegatos de primera instancia. Así, insiste en que el procesado fue detenido también por el



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

delito de violencia contra servidor público y que en su momento la captura fue declarada legal y se ajustó a derecho.

Finalmente, recuerda que la función jurisdiccional sólo la desempeñan las autoridades judiciales, no la POLICÍA NACIONAL, que simplemente presta un apoyo a la rama judicial, para el cumplimiento de sus funciones, en virtud de la colaboración armónica que debe existir entre las diferentes ramas del poder público. En consecuencia, persiste en la excepción de indebida representación de la parte demandada o falta de legitimación en la causa por pasiva.

5.1.2.2 RAMA JUDICIAL (Fls. 306-310)

Reitera lo expuesto en el escrito de contestación de la demanda y en el recurso, resaltando que cuando la FISCALÍA solicita la preclusión de la investigación, no surge la responsabilidad del Estado respecto de la NACIÓN-RAMA JUDICIAL, porque la privación de la libertad tuvo origen en actuación atribuida al organismo investigador, pues sin que existieran verdaderos elementos materiales de prueba que comprometieran la responsabilidad del procesado, era improcedente iniciar y/o proseguir una investigación penal, porque tal como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el nuevo sistema la solicitud de absolución elevada por la FISCALÍA equivale al retiro de los cargos, lo que traduce en que el juez no pueda proferir un fallo condenatorio.

5.1.3 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. ASUNTOS PREVIOS

1.1 Control de legalidad

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

1.2 Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1 Problemas jurídicos

En consideración a que la impugnación de la RAMA JUDICIAL, se centra en alegar que es relevante identificar el título de responsabilidad que se debe aplicar al caso concreto, porque en sentencia de fecha 10 de agosto de 2015, el H. Consejo de Estado, con ponencia del Consejero JAIME ORLANDO SANTOFIMIO BOTERO, sobre el tema de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, adoptó otra posición diferente a la responsabilidad OBJETIVA, cuyo eje está enfocado en 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 in dubio pro reo, esconden deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o 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 e inciden en la identificación del título en el cual habría de sustentarse la declaratoria de responsabilidad del Estado, la Sala habrá de resolver los siguientes interrogantes:

¿La sentencia de primera instancia se debe confirmar y/o revocar?

Como problemas jurídicos asociados necesarios para resolver el anterior, se requiere dilucidar los siguientes:

¿Cuál es el régimen de responsabilidad por privación de la libertad que rige el caso concreto, objetivo o subjetivo?

¿En caso de aplicarse el régimen objetivo de responsabilidad, se causó un daño a los demandantes por la privación de la libertad del señor TOMÁS EMIRO ARRIETA IBAÑEZ?

¿La NACIÓN RAMA JUDICIAL está la legitimada en la causa por pasiva para responder por los perjuicios causados a los demandantes por la privación injusta de la libertad del señor TOMÁS EMIRO ARRIETA IBAÑEZ?

2.2 Tesis

La Sala de Decisión considera que, debe ser confirmada la decisión del A quo, porque: i) en el presente caso nos encontramos bajo un régimen de responsabilidad objetivo, ii) la privación de la libertad del señor TOMÁS EMIRO ARRIETA IBAÑEZ se presentó en vigencia de la Ley 906 de 2004, iii) éste se





Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

capturó en flagrancia imputándole conductas punibles frente a las cuales su derecho a la libertad debía primar según la Constitución Política y Tratados Internacionales, iv) la Juez de conocimiento ordenó la preclusión de la investigación con fundamento en el numeral 5 del artículo 332 ibídem, al comprobarse que no intervino en las mismas, de tal manera que no hay necesidad que el juez administrativo valore el acervo probatorio allegado a la investigación penal como lo solicita la RAMA JUDICIAL en su impugnación, v) se causó un daño antijurídico a los demandantes que no tenían el deber de soportar y que la Rama Judicial debe indemnizar porque si bien la FISCALÍA interviene en el trámite del proceso penal y es quien solicita la medida de aseguramiento y la posterior preclusión de la investigación, según lo ha establecido el Consejo de Estado, a la luz de la Ley 906 de 2004, la facultad de privar de la libertad se encuentra en cabeza del juez penal, ya sea el de control de garantías o el de conocimiento.

3. Marco normativo y jurisprudencial.

3.1 Presupuestos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés.

Así, según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración de un daño antijurídico causado a un ciudadano, y de su imputación a la administración, tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo; argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar su jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012¹ y de 23 de agosto de 2012².

En ese orden, el daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad, según lo explica la Corte Constitucional, en que él no debe ser soportado por el ciudadano, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “irrazonable,” sin depender “de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.”³

¹ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente: 21515. MP: Hernán Andrade Rincón.

² Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente: 23492. MP: Hernán Andrade Rincón.

³ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

El daño antijurídico, además debe ser cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁴, anormal⁵ y debe tratarse de una situación jurídicamente protegida⁶.

Sobre la imputación, en la actualidad se exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁷, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente del Consejo de Estado: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada–; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal–; riesgo excepcional).

Dicha atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁸, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede aplicar la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no aplicarse la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si se acogen los criterios del riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera:

*"(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas -a manera de recetario- un específico título de imputación"*⁹.

⁴ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

⁵ "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

⁶ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

⁷ "La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos". SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

⁸ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente: 23492.

⁹ "En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado". Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515 y 23 de agosto de 2012, expediente: 24392.





Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

3.2 Del derecho a la libertad individual

La libertad personal, como valor superior y pilar de nuestro ordenamiento, es un auténtico derecho fundamental que sólo admite limitación "en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley" (artículo 28 C.P.).

Este derecho ha sido regulado por normas internacionales, que de conformidad con el artículo 93 Superior, se incorporan a nuestro Orden Constitucional:

- *En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, ratificado mediante la Ley 74 de 1968, se expresa que "Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta..."

- *En la Convención Americana de Derechos Humanos*, ratificada por la Ley 16 de 1972, se dice que: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas".

Todo lo anterior lleva a concluir en palabras del H. Consejo de Estado que dentro del catálogo de derechos contenido en la Constitución Nacional, la garantía de la libertad ocupa un especial e importantísimo lugar, esto es, la posición de derecho fundamental cuya eficacia emerge como el hilo conductor de todo el ordenamiento democrático y vincula a todas las manifestaciones del poder público y, fundamentalmente, al juez de responsabilidad extracontractual del Estado a quien se le impone el velar por la reparación integral de los perjuicios¹⁰.

Es por esto, que la limitación o restricción al derecho de libertad lleva consigo la configuración de un daño antijurídico que, en principio, el ciudadano no está obligado a soportar, en tanto no haya una razón jurídica que imponga tal carga, como es la comisión de una conducta punible, caso en el cual el particular puede ser restringido o privado de tal derecho.¹¹

3.3 Del régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad

En torno a la privación injusta de la libertad varias han sido las líneas jurisprudenciales de la Sección Tercera de la Corporación de cierre:

La **primera etapa** fue restrictiva, puesto que se aplicaba la teoría subjetiva según la cual, la declaración de responsabilidad del Estado por privación

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 29 de enero de 2018, Radicación: 81001-23-33-000-2015-00033-01(57613), C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

¹¹ IBIDEM



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

324

injusta de la libertad, estaba condicionada a la acreditación de un error judicial ostensible, producto de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada de las distintas circunstancias del caso y sin que resultare relevante el estudio de la conducta del respectivo juez o magistrado, a efecto de establecer si la misma estuvo acompañada de culpa o de dolo¹².

En ese sentido, se decía que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido y su detención preventiva ordenada con el lleno de los requisitos legales, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención¹³.

En la **segunda etapa**, el Consejo de Estado introduce el régimen de responsabilidad objetiva para los casos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, eventos en los cuales se presume que se presenta una privación injusta de la libertad¹⁴, y resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa¹⁵ o en una falla en el servicio¹⁶.

Y mantiene el régimen subjetivo para aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, en los cuales se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter "injusto" sino "injustificado" de la detención.

En un **tercer momento**, la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisó que la responsabilidad del Estado en los eventos contemplados en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, era de carácter objetivo, pues no derivaba de la antijuridicidad de la conducta del agente del Estado, sino de la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima, en tanto que ésta no tenía la obligación jurídica de soportarlo¹⁷, de suerte que tal conclusión se adoptaría independientemente de la legalidad o ilegalidad de la decisión judicial o de la actuación estatal, o de que la conducta del agente del Estado causante del daño hubiere sido dolosa o culposa¹⁸ toda vez que tales elementos solo son ostensibles en las actuaciones, no del Estado, sino de sus agentes.

Finalmente, en una **cuarta etapa**, la Sección Tercera del Consejo de Estado amplió los eventos en los cuales se puede declarar al Estado responsable por

¹² Sentencia del 30 de junio de 1994, exp. 9734.

¹³ Sección Tercera, sentencia del 25 de julio de 1.994 (expediente 8666).

¹⁴ Sección Tercera, sentencia del 17 de noviembre de 1995 (expediente 10.056).

¹⁵ Sección Tercera, sentencia del 15 de septiembre de 1994 (expediente 9391).

¹⁶ Sentencia del 12 de diciembre de 1996, exp. 10.229.

¹⁷ Sentencia de 4 de abril de 2002, exp. 13.606.

¹⁸ Sentencia del 27 de septiembre de 2000, exp. 11.601; sentencia del 25 de enero de 2001, exp. 11.413.





Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

privación injusta de la libertad, bajo un título objetivo de imputación, a todos aquellos en los cuales el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación), incluyendo el evento del in dubio pro reo¹⁹, pues no se logra desvirtuar la presunción de inocencia. Es decir, que aunque la privación de la libertad se **hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales**, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos –cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la respectiva medida de aseguramiento²⁰–. Se precisa además que no interesa si la privación fue intramural, domiciliaria, o consista en restricciones para salir del país o para cambiar de domicilio²¹.

El Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013²², reitera lo referido en cuanto a la ampliación de los eventos para declarar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad bajo un título de imputación objetivo²³ para todos los casos en los cuales el privado de su libertad resulte absuelto, y lo justifica aduciendo que no se puede limitar el alcance de la cláusula general de responsabilidad del Estado contenida en el artículo 90 Superior, con base en preceptos infraconstitucionales derogados, tal como el contenido en el artículo 414 el Decreto 2700 de 1991, resaltando además que el artículo 65 de la Ley 270 de 1991²⁴ *"no introduce limitación o condicionamiento alguno encaminado a impedir el juzgamiento o la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la actividad de la Administración de Justicia, distinto de la causación de un daño antijurídico"*²⁵.

En ese sentido, expone:

¹⁹ Ver sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente: 13.168. Sentencia de febrero 20 de 2008, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, expediente 15980. Sentencia de junio 5 de 2008, C.P.: Enrique Gil Botero, expediente 16819. Sentencia del 13 de agosto de 2008, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, exp.:17.954. Sentencia del 13 de mayo de 2009, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, exp.: 17.061

²⁰ Sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 15.463.

²¹ Sección Tercera, sentencia del 7 de julio de 2016. Exp. 40344. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²² Sección Tercera, subsección A, Sentencia del 17 de octubre de 2013. Exp. 23354. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

²³ Ibídem: "para la Sala resulta palmario que la procedencia de la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad de las personas con ocasión de la instrucción de un proceso penal, no requiere para su operatividad de la concurrencia necesaria de un error jurisdiccional o de un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia o de una determinada falla en el cumplimiento de las funciones a cargo del Estado."

²⁴ De acuerdo con el cual "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales".

²⁵ Cfr. Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2.007; Radicación No.: 20001-23-31-000-3423-01; Expediente No. 15.463, antes citada.



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

"Y es que la exigencia de yerros, de fallas, de actuaciones dolosas o gravemente culposas como presupuesto sine qua non exigible para que pueda configurarse la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, refleja cierta tendencia —equivocada, por supuesto, en criterio de la Sala— a confundir o entremezclar, indebidamente, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado —previstos en el inciso primero del artículo 90 constitucional— con los de la responsabilidad personal de sus agentes —consagrados en el inciso segundo ídem—, de suerte que con evidentes inconsistencia conceptual y transgresión constitucional, se exige para la declaratoria de la responsabilidad del primero, aquello que realmente sólo cabe constatar como requisito insoslayable de cara a la deducción de responsabilidad de los segundos."

En la misma providencia, reitera que *"la injusticia"* de la privación de la libertad en todos los casos en que el proceso penal no culmine con sentencia condenatoria no deriva de la antijuridicidad o de la ilicitud del proceder del aparato judicial o de sus funcionarios, sino del daño antijurídico que la víctima no tenía el deber de soportar" en tanto el Estado no pudo desvirtuar la presunción constitucional de inocencia del afectado, que siempre se mantuvo incólume.

Igualmente, recalca que la libertad, como principio, valor y derecho fundamental, solo admite limitación en virtud de una Ley, tal como lo manda el artículo 28 de nuestra Constitución, y su privación, excepcionalmente puede tener lugar como medida distinta a una pena impuesta en sentencia judicial ejecutoriada, ello con el fin de proteger el principio universal de la presunción de inocencia establecido en el artículo 29 de la Constitución²⁶, por lo cual, aunque la detención preventiva emerge como un instrumento válido para el desarrollo del cometido estatal de perseguir los delitos, no se puede predicar de ella que es una carga que todos los ciudadanos deben soportar, pues ello contradice los principios básicos consagrados en la Convención de Derechos Humanos y en la Constitución Política. De manera que, quien sea privado preventivamente de su libertad y luego absuelto, habrá sido víctima de un **daño especial**, puesto que *"mientras la causación de ese daño redundará en beneficio de la colectividad —interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias—, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad"*.

Finalmente, en la Sentencia de Unificación, se concluye que *"si se atribuyen y se respetan los alcances que en el sistema jurídico nacional corresponden tanto a la **presunción constitucional de inocencia** como al principio-valor-derecho fundamental a la **libertad**, -cuya privación cautelar está*

²⁶ Los anteriores planteamientos han sido expuestos por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado frente a casos similares al presente, tal como quedó consignado en las sentencias proferidas el 12 y 26 de mayo de 2011, expedientes 20.665 y 18.895, respectivamente, reiteradas, en forma reciente, en proveído de 21 de marzo de 2012, exp. 40.455.





Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

gobernada por el postulado de la excepcionalidad, según se ha expuesto, **resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia al proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego absolver de responsabilidad penal al sindicado en aplicación del principio in dubio pro reo, haya sido un proceder ajustado o contrario a Derecho**, en el cual resulte identificable, o no, una falla en el servicio, un error judicial o el obrar doloso o gravemente culposo del agente judicial, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, devendrá en intrascendente –en todo sentido– que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, **pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, se habrá irrogado un daño especial a un individuo**. (...) Y se habrá causado un **daño especial** a la persona preventivamente privada de su libertad y posteriormente absuelta, en la medida en que mientras la causación de ese daño redundará en beneficio de la colectividad –interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias–, **sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad, a aquella persona en quien, infortunadamente, se concretó el carácter excepcional de la detención preventiva y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el tantas veces aludido artículo 90 constitucional.**” (Algunas negrillas del propio texto).

Esta posición viene siendo reiterada por la diferentes Subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, insistiendo de manera general en la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad y señalando que se impone su declaración en todos los eventos en los cuales el implicado correspondiente que ha sido privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación en su favor, cuando en el proceso que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se determine que: i) el hecho no existió; ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica, siempre y cuando no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional en cuyo caso deberá aplicarse un régimen subjetivo de responsabilidad. De igual forma el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha resaltado que la posibilidad de declaratoria de responsabilidad estatal, no excluye a aquellos casos en que se dé aplicación al principio in dubio pro reo.²⁷

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de noviembre de 2017, C.P: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Rad: 68001-23-31-000-2008-00735-01(49009); Sentencia de 13 de diciembre de 2017, C.P: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, Rad: 25000-23-26-000-





Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

3.4 Análisis del dolo o culpa grave en la conducta de quien fue privado de la libertad²⁸

El H. Consejo de Estado, ha sostenido que si bien el art. 90 impone el deber de reparación del daño antijurídico en términos categóricos, este imperativo no opera en el ordenamiento alejado de disposiciones constitucionales que imponen deberes que igualmente resultan exigibles. De ahí la necesidad de que al margen de la privación de la libertad, se verifique la actuación de quien resultó detenido, esto es, si fue gravemente culposa o dolosa, caso en el cual los artículos 83 y 95 de la Carta Política impiden el reconocimiento de la indemnización.

Conforme a lo anterior, se tiene que, previo al reconocimiento de la indemnización por privación injusta de la libertad, debe el juez de lo contencioso administrativo verificar la actuación del demandante. Cabe advertir que en cumplimiento de este requisito, en modo alguno, se trata de una autorización para revisar nuevamente el proceso penal "en tercera instancia". En este sentido, se ha de aceptar como verdad inobjetable que le está vedado pronunciarse sobre el carácter delictivo o no de los hechos bajo estudio o el reproche de la conducta del procesado a la luz de la ley penal. Esto es el juicio que le corresponde adelantar al juez de la reparación directa, en orden a resolver sobre la obligación de indemnizar el daño derivado de la privación injusta de la libertad, trata del ilícito civil, construido al amparo de las normas y los principios y valores constitucionales para los que no hay derechos absolutos desprovistos de compromisos institucionales dirigidos a construir un estado social justo.

Siendo así, es necesario tener en cuenta que el concepto civil de la culpa es sustancialmente diferente al que es propio en el ámbito penal. Al respecto, vale la pena traer a colación que mientras en el Código Civil la culpa demanda de una confrontación objetiva con un estándar general, según la situación del agente en un sistema de relaciones jurídicas, el juicio de culpabilidad en sede penal comporta un reproche subjetivo a la conducta particular en orden a la realización de la infracción, la culpa grave, equivalente al dolo civil, tiene que ver con el desconocimiento inexcusable de un patrón socialmente aceptado de comportamiento sindicado a quien se le reprocha haber obrado de un modo contrario a la norma penal, estando en condiciones de haber obrado distinto. Ello implica que, en el juicio penal, el análisis de la culpa, en tanto elemento eminentemente subjetivo del delito, subordine el juicio de reproche a las circunstancias particulares de quien realiza la conducta. Así, mientras que en el ámbito de lo civil bastará acreditar que la actuación impugnada no satisface las exigencias objetivas del comportamiento, en el juicio penal se

2005-02508-01(43531); Sentencia de 29 de enero de 2018, C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Rad: 81001-23-33-000-2015-00033-01(57613).

²⁸ IBIDEM





Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

han de ponderar circunstancias meramente subjetivas como las pasiones (miedo, ira), el grado de educación, los antecedentes personales, etc. De tal manera que, en tanto en el ámbito de lo civil el reproche se deriva de un análisis comparativo, en el juicio penal de circunstancias particulares.

Al respecto, cabe señalar que la gradación o calificación de la culpa civil del actor como dolosa o gravemente culposa se realiza desde la perspectiva del artículo 63 del Código Civil. Es decir no se deriva de las características subjetivas del agente, sino de una posición relacional objetiva, esto es, a la luz de la confrontación de la conducta del actor con un estándar objetivo de corrección que utiliza el modelo de conducta, conocido desde antaño del buen pater familias, para cuya conformación debe tenerse presente las reglas propias de las funciones, profesiones u oficios desarrollados. Esto es, a manera de ejemplo es dable sostener que el buen profesional de la medicina diligencia correctamente las historias clínicas y que todo conductor conoce y acata las normas de tránsito.

4. EL CASO CONCRETO

4.1 Hechos relevantes probados

- 4.1.1 El señor TOMÁS EMIRO ARRIETA IBAÑEZ, hijo de SILVIA ELENEA IBAÑEZ ARGUMEDO y EMIRO ANGEL ARRIETA PADILLA, nació el 14 de diciembre de 1976 (Fl. 16).
- 4.1.2 Es hermano de BEATRIZ HELENA ARRIETA IBAÑEZ y MARELVIS DEL CARMEN ARRIETA IBAÑEZ (Fis. 18-19).
- 4.1.3 Está casado, conforme a los ritos de la Iglesia Católica, con la señora MARICEL HERNÁNDEZ MARRUGO, desde el 25 de diciembre de 2010 (Fl. 20).
- 4.1.4 De acuerdo con certificación expedida por el Director y el Jefe del Área de Jurídica del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Cartagena, el señor ARRIETA IBAÑEZ, ingresó a dicho centro de reclusión el día 12 de septiembre de 2011 a disposición del Juzgado Décimo Segundo Penal Municipal de Cartagena con Función de Control de Garantías, por los delitos de PERTURBACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO COLECTIVO U OFICIAL y VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO y fue puesto en libertad el 19 de abril de 2012 por disposición del Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Descongestión de Cartagena (Fl. 21).
- 4.1.5 Según las declaraciones rendidas ante notario en el año 2011, por los señores Julio Ruiz Martínez, Elkin Prada del Río y María Teresa Viana Guzmán, TOMÁS EMIRO ARRIETA IBAÑEZ, es conocido como una



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

persona, trabajadora, seria, honesta y que no le gustan los problemas, lo mismo que para la fecha llevaba más de tres años laborando como mensajero para la empresa CONOVI LTDA y nunca se le vio desempeñándose como mototaxista (Fls. 24, 27 y 28)

- 4.1.6 Conforme a la declaración rendida ante notario el día 28 de octubre de 2011, por John Jairo Oviedo Rivera, como empleador directo del señor ARRIETA IBAÑEZ, este último es reconocido como una persona trabajadora, seria y honrada, que para la fecha llevaba más de tres años laborando en CONOVI LTDA, y estando en desarrollo de actividades propias del oficio que desempeñaba en dicha empresa, fue capturado cerca de la Clínica Blas de Lezo y por situaciones confusas fue vinculado a un proceso penal por el presunto delito de PERTURBACIÓN EN EL SERVICIO DE TRANSPORTE PÚBLICO U OFICIAL (Fl.25). La referida declaración fue ampliada el día 9 de noviembre de 2011, en el sentido de señalar que TOMÁS EMIRO ARRIETA IBAÑEZ, luego de manifestar que no se dedicaba al mototaxismo, logró comunicarse con la empresa para la que trabajaba y por tanto le fue expedido certificado laboral que fue llevado personalmente por su empleador directo hasta las instalaciones en que se encontraba detenido para el día 10 de septiembre de 2011; en dicho lugar se le indicó que el Teniente a cargo no se encontraba pero que sería suficiente con que el demandante mostrara tal documento al Fiscal encargado de su investigación, para que quedara en libertad. Finalmente destacó el declarante que la moto en la que transitaba el señor ARRIETA IBAÑEZ, fue obtenida en virtud de un préstamo realizado por su empleador (Fl. 26).
- 4.1.7 Según el certificado judicial visible a folio 29 del expediente, a 4 de abril de 2011, TOMÁS EMIRO ARRIETA IBAÑEZ, no registra antecedentes.
- 4.1.8 Conforme al certificado suscrito por el Representante Legal de Compañía de Ingenieros Constructores Asociados LTDA-CONOVI LTDA de fecha 10 de septiembre de 2011, el señor ARRIETA IBAÑEZ, trabajaba desde el 2008 en dicha empresa, ocupando el cargo de mensajero, devengando un salario de \$600.000 (Fl.36).
- 4.1.9 A folio 37 del expediente, reposa comprobante de egreso de la empresa Consorcio CONOVI-SOLTING, con fecha 7 de enero de 2009 por concepto de préstamo para compra de moto a favor de TOMÁS ARRIETA, por el valor de \$4.460.000.00.
- 4.1.10 Figura en el plenario a folio 38, factura de venta de fecha 9 de enero de 2009, por concepto de motocicleta marca Honda, a nombre del señor TOMÁS EMIRO ARRIETA IBAÑEZ.
- 4.1.11 De conformidad con notas periodísticas de fecha 10 y 11 de septiembre



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

de 2011 del diario el Universal, desde las horas de la mañana y hasta el mediodía del 1 de septiembre de 2011, multitudes de mototaxistas bloquearon las conexiones viales más importantes de la ciudad de Cartagena, colapsando la movilidad de toda la parte urbana del Distrito, todo esto debido a medidas que adoptaría la Administración respecto al tránsito de motocicletas; como consecuencia de dichas manifestaciones la POLICÍA METROPOLITANA DE CARTAGENA, efectuó la captura de presuntos responsables de los disturbios (Fls. 30-33).

4.1.12 El señor ARRIETA IBÁÑEZ, suscribió contrato de prestación de servicios profesionales con el abogado Emerson Jair Córdoba Elgueto, para su defensa en el proceso penal identificado con NUC 130016001129201104541 que adelantó la Fiscalía Seccional No. 37 de la Ciudad de Cartagena. Dicho contrato se pactó por el valor de \$3.000.000 (Fls. 39-40).

4.1.13 Del testimonio rendido por el señor Elkin Prada del Río, en el marco de la audiencia de pruebas celebrada el 5 de agosto de 2015 (CD visible a folio 225), se extrae que conoce al demandante y el dolor sufrido por sus familiares como consecuencia de la privación de su libertad.

4.1.14 De la declaración de la señora María Teresa Viana Guzmán, recepcionada en la audiencia de pruebas de fecha 5 de agosto de 2015 (CD visible a folio 225), refirió los problemas de salud y económicos que se vivieron con ocasión de la privación de la libertad del señor TOMÁS ARRIETA.

4.1.15 Del testimonio del señor Julio Ruiz Martínez, en la audiencia de pruebas de fecha 5 de agosto de 2015 (CD visible a folio 225), se extrae que conoció al demandante cuando éste prestaba el servicio militar en su condición de subalterno, para el año 2001 y que tiempo después se relacionó con él, debido a su yerno John Jairo Oviedo; relató que no se dedicaba al mototaxismo y que durante la privación de su libertad, se le notaba frustrado, como quiera que tenía a su esposa en estado de embarazo y ante su imposibilidad de trabajar, dependía de otros, debiendo realizar labores domésticas para ganarse la confianza de sus suegros.

Indicó que TOMÁS EMIRO, duró 3 días en la cárcel de Ternera y unos 8 meses en su casa y que durante esos primeros días no le visitó pero como su amigo le socorrió económicamente y en varias oportunidades le compró comida, llevándosela personalmente, siendo atendido directamente por el demandante.

4.1.16 Del cuaderno contentivo de copia del expediente del proceso penal seguido en contra del señor TOMÁS EMIRO ARRIETA IBÁÑEZ y otros,



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

identificado con el Código Único de Investigación 130016001129201104541, se extrae lo siguiente:

-En el marco de audiencia preliminar celebrada por el JUZGADO DÉCIMO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE GARANTÍAS, entre las 4:18 p.m. del 11 de septiembre de 2011 y las 12:40 a.m. del 13 de septiembre de 2011, a solicitud del FISCAL 36 SECCIONAL DELGADO PARA LOS JUECES PENALES DEL CIRCUITO, se legalizó su captura, se le formuló imputación por los delitos de VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO, PERTURBACIÓN DE TRANSPORTE PÚBLICO COLECTIVO U OFICIAL y ASONADA; así mismo, se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en el lugar de residencia (Fls. 45-48 del Cdno Principal; 77-80 del Cdno de Pruebas No. 2; 234-237 del Cdno de Pruebas No. 3; CD visible a Fl. 41 del Cdno de Pruebas No. 3).

-En relación con la captura del señor TOMÁS ARRIETA IBÁÑEZ, el Fiscal a cargo, indicó que los hechos en que se fundamentó aparecen consignados en el "Informe de la Policía de Vigilancia en Caso de Captura en Flagrancia" de fecha 10 de septiembre de 2011, suscrito por el agente Bermúdez Mejía Orlando Rafael, en el cual se manifiesta que siendo aproximadamente las 11:05 a.m., la Central de Comunicaciones de la Policía Nacional, informó que en el barrio San Pedro, a la altura de la estación de servicios Bomba del Amparo, se estaba llevando a cabo un bloqueo a la vía pública por parte de mototaxistas, consistente en detener el tráfico de vehículos que circulaban por el sector, haciendo uso de palos, llantas, entre otros y que los perpetradores al notar la presencia de la Policía intentaron agredir a sus funcionarios y atentaron en contra de los locales comerciales del sector y del complejo de construcción de Transcaribe.

Manifestó el Fiscal, que conforme al referido informe, en dicho lugar fue capturado el actor, a quien luego de identificársele plenamente, se le leyeron y materializaron los derechos que le asistían como capturado y posteriormente, por motivos de seguridad fue trasladado hasta la Estación de Policía de los Caracoles, para luego ser puesto a disposición de la FISCALÍA, velándose siempre por su integridad y buen trato. De igual forma, se dejó a disposición del despacho del Fiscal, en el parque de automotores de la SIJIN MECAR, la motocicleta que era utilizada para la obstrucción de la vía, identificada como ECO DELUXE con placa NRG-82B, contándose con el acta de su incautación de fecha 10 de septiembre de 2011.

Finalmente, señaló que se contaba también con la versión y la





Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

entrevista del policía captor de fecha 10 de septiembre de 2011, en las que se refirió en el mismo sentido de los hechos ya relatados, resaltando que la demora en ponerle a disposición del ente investigador, se debió a las circunstancias de orden público.

-El Juez de Control de Garantías, declaró la legalidad de la captura, señalando que el acta, el informe de policía y la entrevista con que contaba la Fiscalía, daban cuenta de que al actor se le respetaron sus derechos y garantías como capturado, que además se les puso a disposición de la autoridad judicial sin que hubieren transcurrido las 36 horas y que incluso en caso de que se hubiere sobrepasado dicho término sería razonable, en consideración a las circunstancias de orden público y a que se trataba de una diligencia con 15 capturados a quienes se les escuchó declaración, al haber renunciado a su derecho a permanecer en silencio. Así mismo, consideró que del informe policial se podía inferir que el demandante fue encontrado en situación de flagrancia en los términos del artículo 301 del CPP, como quiera que fue sorprendido y aprehendido en el momento en que se encontraba cometiendo los delitos.

-El FISCAL 36 SECCIONAL, **formuló imputación** en contra del demandante con fundamento en los hechos narrados en el "Informe de Policía de Vigilancia en Caso de Captura en Flagrancia" de fecha 10 de septiembre de 2011, suscrito por el policial Bermúdez Mejía Orlando Rafael, lo mismo que el acta de incautación de la motocicleta en que se transportaba y la entrevista rendida por el captor. Alegó que la conducta desplegada, lo hizo incurrir en lo tipificado en los artículos 429, 353 y 469, correspondientes a los **delitos de VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO, PERTURBACIÓN DE TRANSPORTE PÚBLICO COLECTIVO U OFICIAL y ASONADA**, como quiera que hizo parte de un movimiento que no contaba con la autorización de la alcaldía y que pretendía de forma violenta exigir la no aplicación de una regulación en torno al mototaxismo, obstaculizando el transporte por distintas vías de la ciudad, siendo evidente un único designio criminal con repartición del trabajo.

-En el desarrollo de la audiencia, el agente del ente investigador solicitó la imposición de medida de aseguramiento, con fundamento en el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal, literal a, numeral 1 y el artículo 338 de la misma codificación, entendiendo que se cumplía con el requisito de probabilidad de la autoría, conforme a lo relatado en el informe de captura y la entrevista, lo mismo que era claro que el tipo de conductas desplegadas atentaron contra la seguridad pública y



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

pusieron en peligro a la comunidad, a los agentes de policía y los bienes del Distrito. También consideró el Fiscal, que se cumplía con lo consagrado en el numeral 2 del artículo 310 del CPP, reglado por el artículo 24 de la ley 1453 de 2011, por cuanto se formuló imputación por tres conductas delictivas en concurso material heterogéneo y se trató de ilícitos de gran connotación al ser un hecho notorio que la ciudad fue paralizada por la manifestación de los mototaxistas, evidenciándose la peligrosidad del demandante, sin que pueda perderse de vista el empleo de medios motorizados para la comisión de los delitos.

Bajo todo este entendido, el Fiscal del caso, concluyó que se hacía necesaria la imposición de medida de aseguramiento intramural, pues la libertad del señor ARRIETA IBÁÑEZ, ponía en peligro la seguridad de la comunidad, resultando proporcional que se restringiera su derecho fundamental, habida cuenta de que efectuado el test de ponderación debía primar el interés general y que dicha medida resultaba necesaria y urgente en atención a que a la comunidad le asiste la prerrogativa de que se haga justicia.

-Respecto de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, el JUEZ DÉCIMO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS, sostuvo que del informe policial y la entrevista rendida por el agente captor, aportados por la Fiscalía, se infería la posible autoría del demandante en las conductas que le fueron imputadas, como también se encontraba acreditada la tipicidad objetiva de los delitos endilgados. Así mismo, señaló que se trataba de tres tipos penales, de los cuales dos consagraban penas mínimas de privación de la libertad superiores a 4 años y que son investigables de oficio.

También indicó, que se encontraba acreditada la condición de que la libertad del imputado representaba un peligro para la comunidad, como quiera que se trataba de conductas graves conforme a la realidad social del país, lo que fue considerado por el legislador para agravar las penas en estos casos.

Señaló por otro lado, que como debe atenderse a los criterios de necesidad, proporcionalidad, adecuación y razonabilidad y teniendo presente que sólo se cumplió con el requisito de que la libertad del imputado podía un peligro para la comunidad y que éste era una persona con arraigo social, sin antecedentes penales y que se dedicaba a una actividad lícita, sin que existieran razones que permitieran inferir la posibilidad de que se sustrajera de comparecer para su juzgamiento, decidió imponer **medida de**



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

aseguramiento privativa de la libertad en lugar de residencia.

- De conformidad con la constancia de recibido visible a folios 244 y 247 del Cdno de Pruebas No. 3, la Fiscal Seccional 37, presentó escrito de preclusión de la investigación seguida en contra del señor ARRIETA IBÁÑEZ, el 26 de enero de 2012 (Fls. 242-247 del Cdno de Pruebas No.3).

-En el marco de audiencia celebrada el 19 de abril de 2012, el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO EN DESCONGESTIÓN CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO, de acuerdo a solicitud presentada por la FISCAL SECCIONAL 37 de conformidad con los artículos 331 y 332 del CPP, declaró la preclusión de la investigación, extinguió la acción penal en contra del demandante, ordenó la libertad inmediata del mismo y dispuso por secretaría la realización de dicha orden de libertad.

En el desarrollo de la audiencia, la Fiscal, adujo como fundamento para su solicitud, la causal 5 del artículo 332 del CPP, esto es ausencia de intervención del imputado en los hechos investigados, y para sustentarla, indicó que no se contaban con elementos materiales probatorios suficientes para llevar al juez el conocimiento más allá de toda duda razonable de la ocurrencia de los delitos y de la responsabilidad del hoy demandante, sino que por el contrario se concluía que éste si bien se encontraba en el lugar de los hechos no era autor de las conductas delictivas imputadas, de acuerdo con el interrogatorio practicado al mismo investigado, el certificado laboral expedido por CONOVIT, las declaraciones rendidas por John Jairo Oviedo Rivera, Julio Ruiz Martínez, María Teresa Viviana Guzmán, entre otros (Fl. 261 del Cdno de Pruebas No. 3; CD visible a Fl. 41 del Cdno de Pruebas No. 3 y Fl. 28 del Cdno Principal)

-Mediante Orden de Libertad N° 003 de fecha 19 de abril de 2012, el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE DESCONGESTIÓN, informó al Director del Centro Penitenciario y Carcelario de Cartagena, que mediante audiencia celebrada el 19 de abril de 2012, se declaró la preclusión de la investigación penal seguida contra el señor TOMÁS EMIRO ARRIETA IBÁÑEZ, por los delitos de "PERTURBACIÓN DE SERVICIO DE TRANSPORTE COLECTIVO U OFICIAL, DAÑO EN BIEN AJENO (sic) Y VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO" y que en consecuencia se dispuso extinguir la acción penal, ordenando el restablecimiento del derecho a la libertad inmediata. Por tanto y como quiera que el demandante se encontraba a disposición del juzgado, bajo la vigilancia del INPEC, cumpliendo medida de



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

aseguramiento de detención domiciliaria localizada en el barrio nuevo bosque séptima etapa Mz 66 lote 16, solicitó ordenar a quien corresponda, dejarle en libertad inmediata, siempre y cuando no existirá orden contraria de autoridad competente que impidiera el disfrute de dicho derecho (Fl. 260 del Cdno de Pruebas No. 3).

4.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto con ocasión de la alzada

Confrontados los hechos probados con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados. Al respecto, se observa que de conformidad con los argumentos de la alzada, no le asiste razón a la NACIÓN –RAMA JUDICIAL, en considerar que el A-quo debió proceder a estudiar el acervo probatorio que llevó a la Fiscalía General de la Nación a imputar los cargos por las conductas punibles por las cuales fue privado de la libertad el señor TOMÁS EMIRO ARRIETA IBAÑEZ para en esa medida desvirtuar la privación injusta de su libertad, porque estamos frente a un régimen objetivo de responsabilidad frente al cual el actor sólo está obligado a probar el daño y la imputabilidad a la autoridad del Estado.

En ese orden, se encuentra probado y no se controvierte, el daño antijurídico sufrido por el señor TOMÁS EMIRO ARRIETA IBAÑEZ, consistente en la privación injusta de su libertad. Esto como quiera que, fue capturado el 10 de septiembre de 2011, en el marco de las protestas adelantadas por gran cantidad de mototaxistas por su inconformidad con disposiciones que tomaría la Alcaldía de Cartagena sobre el tránsito de motocicletas con parrillero; lo mismo que en audiencia preliminar celebrada entre el 11 y el 13 de septiembre de 2011, porque durante la misma, se le imputaron los delitos de VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO, PERTURBACIÓN DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO U OFICIAL y ASONADA y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, permaneciendo privado de su libertad hasta el 19 de abril de 2012, fecha en la que se declaró la preclusión de la investigación adelantada en su contra, a solicitud de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, debido a la ausencia de intervención del imputado en los hechos investigados y por tanto se ordenó su libertad inmediata.

Así pues, el daño antijurídico se traduce en que el Estado nunca desvirtuó la presunción de inocencia que en todo momento acompañó a TOMÁS EMIRO ARRIETA IBAÑEZ, precisamente al no demostrar su participación en ninguna modalidad de participación en las conductas punibles endilgadas al hoy demandante; daño que no se encontraba en la obligación de soportar, puesto que, como ya quedó expuesto, si bien la detención preventiva es un instrumento válido para el desarrollo del cometido estatal de perseguir los delitos, no es una carga que los ciudadanos deban soportar por el solo hecho de vivir en sociedad.



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

Ahora bien, como se dijo con antelación, los problemas jurídicos a resolver en sede de segunda instancia se encuentran ubicados en la esfera de la imputación y en esa medida ante el cuestionamiento de cuál es el régimen de responsabilidad aplicable en el sub judice, es claro para la Sala de Decisión, conforme al marco normativo y jurisprudencial previamente expuesto, que la responsabilidad estatal en el presente caso debe ser estudiada desde un régimen objetivo, siendo indiferente la legalidad o ilegalidad de la actuación desplegada por las autoridades competentes en torno a la privación de la libertad del señor ARRIETA IBAÑEZ y a que posteriormente se precluyera la investigación en su contra.

Debe destacarse, además, que, en el presente caso, la preclusión de la investigación adelantada en contra del señor ARRIETA IBAÑEZ obedeció a la aplicación del numeral 5 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 referido a la ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado y no a la aplicación del principio del in dubio pro reo, como parece que quiere hacerlo ver la recurrente, al pretender la aplicación de la sentencia de 10 de agosto de 2015, con ponencia del Dr. Santofimio Gamboa. En todo caso, tal y como quedó expuesto en el marco normativo y jurisprudencial de esta sentencia, el Máximo Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, ha reiterado, incluso en providencias recientes, que aquellos eventos en que ha operado el referido principio, no están excluidos de la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, pues es ilegítimo para un Estado Social de Derecho como el nuestro, exigir a los asociados la asunción de la carga de soportar una investigación penal y la privación de la libertad, bajo el argumento de conservación del interés y seguridad general de la comunidad, en la investigación y sanción de los delitos.

Todo lo precedente se sustenta en el carácter fundamental del derecho a la libertad, que obliga al Estado a su cuidadosa protección y defensa, y por tanto, cualquier restricción, por corta que sea, siempre que no encuentre justificación, configura un daño antijurídico que debe ser resarcido, análisis que debe realizar en cada caso concreto el juzgador, pues no se trata de condenar al Estado por todos los procesos penales terminados con preclusión o absolución.

En ese sentido, si bien las entidades demandadas: Policía Nacional, Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación- actuaron en cumplimiento de las funciones que les asigna la Constitución y la Ley; Policía: Captura, Fiscalía: investigación –solicitud de preclusión y Rama Judicial : restricción de la Libertad, también lo es que, el Consejo de Estado ha considerado que la presunción de inocencia, principio universal contenido en la Constitución Política de Colombia, en los Tratados Internacionales y en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, milita a favor de los imputados desde el inicio de las pesquisas penales. A juicio de la alta Corporación, es un *contrasentido* pensar que la presunción de inocencia sólo tiene vigencia una vez que el



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

Estado ha despejado las "dudas" o se ha enredado en ellas, pues el artículo 29 constitucional enseña que "toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable".

Esclarecido todo lo anterior, se procede a abordar el otro problema jurídico planteado, referente a si en el presente asunto se configuran los presupuestos para imputarle a la demandada NACIÓN-RAMA JUDICIAL, la responsabilidad por la privación injusta de la libertad de la que fue víctima el señor TOMÁS EMIRO ARRIETA IBÁÑEZ, o si por el contrario se constituye a su favor la falta de legitimación en la causa por pasiva.

En ese orden, la Sala atenderá a lo que ha venido sosteniendo la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, en aquellos asuntos de privación de la libertad que se desarrollaron en vigencia del sistema penal acusatorio²⁹. Ha entendido la Alta Corporación que la Ley 906 de 2004 implicó un replanteamiento de las facultades de la Fiscalía General de la Nación, al punto de relevarla de las que la habilitaban para "asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento", competencias que fueron asignadas a los Jueces de Control de Garantías, de ahí que la actuación del ente acusador se limite a la presentación de la solicitud en virtud de la cual la autoridad judicial debe resolver sobre estos asuntos. Así mismo, ha estimado el Consejo de Estado que el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal establece que los jueces penales, con funciones de control de garantías, se encuentran facultados para resolver, a petición del ente acusador o de la víctima, sobre la procedencia de las medidas de aseguramiento.

Conforme lo anterior, si bien la imposición de medidas como las que se cuestionan – captura, imputación de cargos, y detención preventiva– requieren de una petición previa del ente acusador o de la víctima, no es menos cierto que tal presupuesto no puede considerarse como la causa exclusiva y determinante de la privación de la libertad, porque carecen de la suficiencia para afectar este derecho, pues para esto se requiere de un mandato judicial proferido por el Juez de Control de Garantías, autoridad a la que le corresponde: i) valorar la evidencia física o los elementos materiales probatorios aportados por el solicitante, y ii) verificar si se cumplen o no los presupuestos de procedencia establecidos en los artículos 297 y 308 de la Ley 906 de 2004.

²⁹ Al respecto se pueden consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 24 de junio de 2015, expediente 38.524, M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón, reiterada en sentencias de 16 de abril de 2016, expediente 40.217. M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera; de 14 de julio de 2016, exp. 42.555; y de 14 de septiembre de 2016, expedientes 40.543 y 43.345. De igual forma, se tienen sentencias más recientes como la de 10 de noviembre de 2017 y 23 de noviembre de 2017, con ponencia de la Dr. Martha Nubia Velásquez con radicados: 68001-23-31-000-2011-00239-01 (51212) y 23000-23-33-000-2013-00395-01 (54308), respectivamente.





Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

Así las cosas, a la luz de las disposiciones consagradas en la normativa procesal penal vigente, la facultad jurisdiccional se encuentra radicada exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, los únicos que pueden tomar la decisión de privar a una persona de su libertad son los jueces, ya sean de conocimiento o en función de control de garantías, tal y como en efecto sucedió y en esa medida acertó el juez en declarar la falta de legitimación en la causa de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN dentro del presente proceso.

En consonancia, no resulta de recibo el argumento expuesto por la RAMA JUDICIAL de que fue la Fiscalía quien solicitó la imposición de medida de aseguramiento sin que existieran verdaderos elementos materiales de prueba que comprometieran la responsabilidad del señor TOMÁS EMIRO ARRIETA IBÁÑEZ y que la medida de aseguramiento se dictó con fundamento en la información legalmente recaudada por el ente investigador. Por tanto, se tiene que la llamada a responder por los perjuicios irrogados a los demandantes es la RAMA JUDICIAL, debiéndose resaltar que según la jurisprudencia unificada del H. Consejo de Estado resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia al ordenar la detención preventiva (intramural o domiciliaria) y luego absolver de responsabilidad penal al sindicado, haya estado ajustado o no a derecho.

Y es que no puede obviarse que en el caso bajo estudio el proceso penal iniciado en contra del actor se adelantó en vigencia de la Ley 906 de 2004, por lo que precisamente en la audiencia preliminar celebrada entre el 11 y 13 de septiembre de 2011, la legalización de la captura y la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, la realizó el Juez Décimo Segundo Penal Municipal de Cartagena con funciones de control de garantías, previa solicitud del Fiscal correspondiente; es decir, que la decisión relacionada con la privación de la libertad, es privativa del funcionario judicial, lo cual nos lleva a insistir en que la responsabilidad sobre la restricción de la libertad finalmente estuvo en cabeza de la NACIÓN- RAMA JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.

Por último, debe señalarse que no se advierte que la conducta del actor sea constitutiva de dolo civil o culpa grave, por cuanto no se puede concluir que su comportamiento fue contrario a los deberes constitucionales y legales que todo ciudadano debe cumplir por el solo hecho de vivir en sociedad o que su actuar haya dado pie para que fuera privado de su libertad, como quiera que el sólo hecho de estar presente en el lugar en el que fue capturado no implica una conducta maliciosa o con falta de diligencia o cuidado de su parte.

Conforme con los argumentos anteriores y teniendo por marco la impugnación, se confirmará la decisión de primera instancia. Se advierte que se dará aplicación a los principios de economía, primacía del derecho sustancial sobre el formal y acceso a la administración de justicia, ordenando



Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

modificar el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en consideración a que se ordenó condenar a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar los perjuicios morales a los demandantes, cuando en la misma providencia en la parte motiva y resolutive se declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de dicha entidad y en esta sentencia de segunda instancia tal decisión se confirmó.

5. Condena en costas en segunda instancia.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, **o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.**

En ese sentido, habiéndosele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación a la parte demandada RAMA JUDICIAL, se encuentra procedente la condena en costas en su modalidad de gastos del proceso a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P. por el juez de primera instancia.

Ahora bien, atendiendo a que en la sentencia que ordena la condena en costas, el juez debe pronunciarse sobre las agencias en derecho las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de la condena en costas, se observará lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, el cual para el caso de la jurisdicción contencioso administrativa señala que, en segunda instancia las agencias en derecho se reconocerán hasta por el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante. En consecuencia, las Agencias en Derecho a cargo de la parte demandante se tasan en el 0,2% de las pretensiones de concedidas en la primera instancia³⁰, valor que corresponde a \$401.660,67=.

6. Otros asuntos.

Obra a folio 316 del expediente, solicitud de la Dra. Tania Milena Molinello Nieves, encaminada a que se le acepte renuncia al poder especial que le fue conferido por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, sin embargo, revisado el

³⁰ Para tal efecto, se tendrá en cuenta las condenas efectuadas en la sentencia de primera instancia las cuales ascienden a la suma de \$200.830.336 (folio 269 del expediente).





Radicado: 13001-33-33-007-2014-00134-01

expediente, no se encuentra que a la referida abogada se le haya reconocido personería para actuar en nombre de la entidad en cuestión.

En consecuencia y por sustracción de materia, se releva la Sala de emitir pronunciamiento en torno a lo deprecado por la togada.

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 de fecha catorce (14) de marzo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, **MODIFICANDO EL NUMERAL SEGUNDO** para excluir a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, frente a la cual se declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva dentro de la presente causa, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia,.

SEGUNDO: Condenar a la NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL al pago de costas procesales y agencias en derecho de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Juez de primera instancia conforme lo indican las citadas disposiciones y que incluirán el valor de las agencias en derecho fijadas en la parte motiva de la presente providencia.

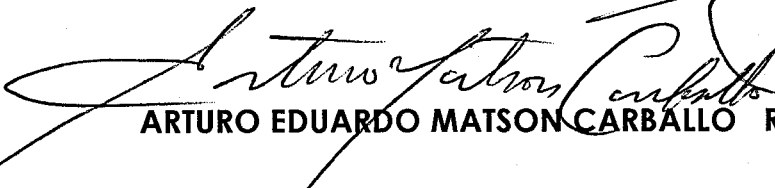
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

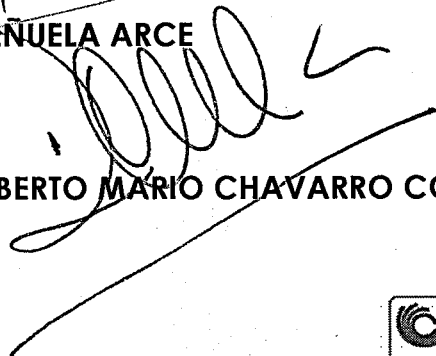
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS