



Cartagena de Indias D. T. y C, catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

**I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO**

<b>Medio de control</b>	REPARACIÓN DIRECTA
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-011-2013-00214-01
<b>Demandante</b>	HERNAN DARÍO ORTÍZ Y OTROS
<b>Demandado</b>	NACIÓN – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.
<b>Tema</b>	<i>Privación injusta de la libertad / falta de legitimación en la causa de los demandados.</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas, contra la sentencia proferida el día 30 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Décimo Primero (11) Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

**II.- ANTECEDENTES**

**2.1. LA DEMANDA**

**2.1.1 Pretensiones.**

Los demandantes solicitan como pretensión principal, en síntesis, lo siguiente:

La declaratoria de responsabilidad administrativa y patrimonial de la Fiscalía General de la Nación, por el daño antijurídico causado a los demandantes con la privación injusta de la libertad del señor Hernán Darío Ortíz Castro, que como consecuencia se condene la accionada a reconocer y pagar como reparación integral del daño ocasionado los perjuicios de índole moral y material.

**2.1.2. Hechos**

Se resumen así:

En mayo de 2009, el señor Hernán Darío Ortíz Castro, fue capturado por el supuesto delito de homicidio agravado. Por tales hechos se le abrió investigación, imponiéndole medida de aseguramiento consistente en privación de la libertad.



A causa de los anteriores hechos el señor Ortíz Castro, fue retenido en centro carcelario por parte de la Fiscalía, debido a que supuestamente -y ahondando en un error de identificación- había sido autor de la muerte del señor Jhon Jairo Pérez Pérez.

Dentro del juicio oral llevado a cabo en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento el señor Hernán Darío Ortíz Castro, es absuelto, debido a que se estableció que la privación de su libertad fue producto de un error de parte de la Policía Judicial, al confundir el seudónimo el "Cole" con el del señor Richard Pantoja alias "el Coletto"

La injusta privación de la libertad demoró 36 meses.

### **2.1.3 Normas violadas.**

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

#### Constitucionales.

Arts. 1, 2, 5, 6, 11, 13, 22, 42 y 90

#### Legales.

Arts. 1613 al 1617 del C.C y art. 140 del CPACA.

## **2.2. LA CONTESTACIÓN**

### **2.2.1. Fiscalía General de la Nación.**

Se opone a cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda, aduciendo que si bien, la Fiscalía fue la que solicitó la privación injusta de la libertad, no es menos cierto que el Juez con Funciones de Control de Garantías fue quien decretó la medida de aseguramiento dictada contra el señor Ortíz Castro, razón que permite resaltar, precisar y concluir con certeza que el nuevo rol de la Fiscalía cambió el sistema acusatorio, es decir, que en últimas, si todo se ajusta a derecho, es el juez de garantía quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer, por lo que no son de recibo los argumentos del actor, debido a que no fue esa entidad la que profirió la orden de detención.

### **2.2.2. Rama Judicial.**

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



Expone que el caso que se analiza se tramitó bajo el procedimiento establecido en la ley 906 de 2004, proceso en que el Juzgado Único Penal Especializado de Cartagena, dicta sentencia absolutoria con fundamento en la solicitud de absolución presentada por la Fiscalía, por la imposibilidad probatoria para soportar la teoría del caso, suficientes para emitir fallo condenatorio y reconociendo el error cometido por la Policía Judicial.

Agrega que cuando la Fiscalía solicita la absolución del procesado, no surge la responsabilidad del Estado respecto de la Nación – Rama Judicial, porque la privación de la libertad, tuvo origen en la actuación atribuida al organismo investigador.

### **3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fs. 436-446)**

El Juzgado Décimo Primero (11º) Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia del 30 de mayo de 2017, concedió las pretensiones de la demanda, al considerar que, de las pruebas arrojadas al proceso, era indudable que el joven Hernán Darío Ortíz Castro, ha padecido un daño antijurídico en la medida en que fue privado de la libertad, de manera preventiva, con detención intramuros en la Cárcel San Sebastián de Ternera, mientras se definía su situación por sentencia de fondo, fallo que se emitió absolviéndolo el 30 de mayo de 2012, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento, manifestando que no se condena al acusado, por no haberse desvirtuado su condición de inocente, situación que incluso la Fiscalía a través de su delegado, coadyuvó.

Que la sentencia absolutoria en favor del señor Ortíz Castro es suficiente para calificar sin ambages la privación de la libertad como injusta, toda vez que se le impuso una carga desproporcionada que no tenía el deber de soportar.

### **4. RECURSO DE APELACIÓN**

#### **4.1. Rama Judicial (fls.452-459)**

Expone como argumento del recurso que cuando la Fiscalía incumple sus deberes probatorios, y el juez debe absolver al procesado o precluir la investigación en su favor, no surge la responsabilidad del Estado respecto de la Nación – Rama Judicial, porque la privación de la libertad, tuvo origen en el caudal probatorio allegado inicialmente por el ente investigador, el cual posteriormente no reunió los requerimientos necesarios para convertirse en plena prueba y que fuese el soporte de una decisión condenatoria.

#### **4.2. Fiscalía General de la Nación (fls.460-470)**

Alega al respecto que no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad en cabeza de la Fiscalía, debido



a que las actuaciones se surtieron de conformidad con la Constitución y las disposiciones legales sustanciales y que la orden de restricción de la libertad la decretó el juez de control de garantías.

## **5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante auto de fecha 29 de noviembre de 2017, se admitió el recurso de apelación presentado por los integrantes de la parte demandada dentro del presente asunto (fls. 497), y posteriormente, mediante providencia adiada 23 de enero de 2018, se corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión. (fl. 501)

## **6. ALEGACIONES**

Sólo la Rama Judicial presentó alegatos de conclusión. (fls. 504-506)

## **7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto alguno.

## **II.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que en desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – artículo 207 CPACA -. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

## **III.- CONSIDERACIONES**

### **Competencia**

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

### **MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN.**

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo



probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en los artículos 320 y 328 del C.G.P., que consagra:

**“Art. 320. Fines de la apelación.** El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

**Artículo 328. Competencia del superior.** El juez de segunda instancia deberá pronunciarse **solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.**

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado  **toda la sentencia**  o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.”

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: “*tantum devolutum quantum appellatum*”<sup>1</sup>.

## PROBLEMA JURÍDICO.

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, corresponde a esta Sala establecer si le asiste responsabilidad a la Nación –

<sup>1</sup> El principio contenido en el aforismo latino *Tantum Devolutum Quantum Apellatum*, indica que, en la apelación, la competencia del superior solo alcanza a la resolución impugnada y a su tramitación.



Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, por la privación de la libertad de que fue objeto el señor Hernán Darío Ortíz y Otros.

### Tesis

La Sala de decisión revocará la decisión del a-quo y en su lugar se declarará probada de oficio la exceptiva de falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades demandadas, por no ser estas las generadoras de la causa eficiente que conllevó a los daños y perjuicios causados a los demandantes.

### LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – marco normativo e histórico-

El título de imputación de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, se encuentra contemplado en los artículos 65 y 68 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia.

*"ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.*

*"En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.*

*(...)*

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

Respecto de las normas transcritas, la Sección Tercera del H. Consejo de Estado<sup>2</sup> ha considerado en varias oportunidades que, a pesar de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad es absuelta por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991<sup>3</sup>, se configura un evento de detención injusta y, por lo tanto, procede la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política.

Así mismo, la jurisprudencia ha señalado que las hipótesis establecidas en el artículo 414 antes citado, al margen de su derogatoria, continúan siendo aplicadas a hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sin que ello implique una aplicación ultractiva del citado precepto legal, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, pues, en virtud

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente: 15.463, actor: Adielia Molina Torres y otros.

<sup>3</sup> El tenor literal del precepto en cuestión fue el siguiente: "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".



del principio *iura novit curia*, el juez puede acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar su decisión<sup>4</sup>.

Ahora bien, el máximo tribunal de lo contencioso en relación a la privación injusta de la libertad ha sostenido varias líneas jurisprudenciales, así:

*"Una primera, que podría calificarse de restrictiva, parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el error judicial, que se produce como consecuencia 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. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados<sup>5</sup>. Posteriormente, se dice que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolucón final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención<sup>6</sup>.*

*Una segunda línea entiende que, en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P. -absolucón cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa<sup>7</sup>. Se consideró que, en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter "injusto" sino "injustificado" de la detención<sup>8</sup>.*

*En el marco de esta segunda línea, el artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal contenía dos preceptos<sup>9</sup>: el primero, previsto en su parte inicial, señalaba que "quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios", disposición que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad del Estado por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual requiere su demostración bien por error o bien por ilegalidad de la detención; el segundo, en cambio, tipificaba los tres precitados supuestos -absolucón cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible -, los cuales, una vez acreditados, dan lugar a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, evento en el que no es menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad.*

*Una tercera tendencia jurisprudencial morigera el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben*

<sup>4</sup> En este sentido, la Sección Tercera, Subsección C en Sentencia de 19 de octubre 2011, Exp.: 19.151, precisó: "...no se avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. No quiere ello significar, entonces, que se estén modificando los efectos en el tiempo de una norma que se encuentra claramente abrogada. Sin embargo, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio *iura novit curia*, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma (...)"

<sup>5</sup> Sección Tercera, Sentencia de 1 de octubre de 1.992, exp. 7058.

<sup>6</sup> Sección Tercera, Sentencia de 25 de julio de 1.994, exp. 8666.

<sup>7</sup> Sección Tercera, Sentencia de 15 de septiembre de 1994, exp. 9391.

<sup>8</sup> Sección Tercera, Sentencia de 17 de noviembre de 1.995, exp. 10056

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Germán. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. Memorias del décimo encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Consejo de Estado, Riohacha, junio de 2003, pág. 107.



*soportar por igual, pues ello implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada; además, amplía, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del in dubio pro reo<sup>10</sup>."11*

En aquellos casos en los cuales resulta aplicable el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, por haberse configurado la libertad de una persona bajo los supuestos previstos en dicha norma, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha venido acogiendo el criterio objetivo, con fundamento en que la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le **precluye la investigación o es absuelta** porque nada tuvo que ver con el delito investigado, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia.

Igualmente, dicha Sala ha precisado que el daño también puede llegar a configurarse en aquellos eventos en los que la persona privada de la libertad es exonerada por razones distintas a las causales previstas por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal.<sup>12</sup>

Es conveniente resaltar que, desde la propia preceptiva constitucional, es claro que la libertad personal, como valor superior y pilar de nuestro ordenamiento, es un auténtico derecho fundamental y que aunque la detención preventiva emerge como un instrumento válido para el desarrollo del cometido estatal de perseguir los delitos, desde una perspectiva democrática no puede olvidarse que nuestro Estado Social de Derecho reconoce –sin discriminación alguna– la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 C.N.) y, por lo mismo, la Constitución, sin ambages, señala, dentro de los fines del Estado, el de garantizar la efectividad de los derechos, entre ellos el de la libertad, como ámbito de autodeterminación de los individuos (artículo 2 C.N.), en el marco de aplicación del principio universal de presunción de inocencia (artículo 29 eiusdem)<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 1997, exp. 11.754. No obstante, el ponente de la presente sentencia advierte que no comparte la extensión de la responsabilidad del Estado a los casos en que se haya aplicado el principio del in dubio pro reo.

<sup>11</sup> Consejo de Estado – Sentencia de 30 de enero de 2013 Exp.25324 C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>12</sup> Sentencia de 20 de febrero de 2008, expediente: 15.980.

<sup>13</sup> El Tribunal Constitucional Español en la Sentencia STC 341 de 1993 (BOE 295 de 10 de diciembre) que resolvió unos recursos de inconstitucionalidad contra la ley orgánica sobre protección de la seguridad ciudadana, en sus fundamentos 4, 5 y 6 hizo uno de los más interesantes estudios sobre la libertad personal como derecho fundamental y su relación con la detención preventiva: "debe exigirse una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan –aun previstas en la Ley– privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación". Igualmente, el mismo Tribunal, en sentencia de 29 de diciembre de 1997 (RTC 156, F.D. 4), indicó: "...por tratarse de una institución cuyo contenido material coincide con el de penas privativas de la libertad, pero que recae sobre ciudadanos que gozan de la presunción de inocencia, su configuración y aplicación como medida cautelar ha de partir de la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, ha de perseguir un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que parten del imputado, y en su adopción y mantenimiento ha de ser



Según el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. En ese orden de ideas, es menester señalar que en aquellos eventos en los que una persona es privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego es puesta en libertad en consideración a que se dan los supuestos legales que determinan su desvinculación de una investigación penal, bien porque el hecho imputado no existió o porque el sindicado no lo cometió o porque el hecho no es punible y si, además, prueba la existencia de un daño causado por esa privación de la libertad, no hay duda que tal daño se torna antijurídico y debe serle reparado por el Estado.

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

En ese contexto, se concluye que, cuando se produce la exoneración del sindicado, mediante sentencia absolutoria o su equivalente, por alguna de las causales previstas en el citado artículo 414 del C. de P. C. -sin que opere como eximente de responsabilidad la culpa de la víctima-, las cuales se aplican a pesar de la derogatoria de la norma, el Estado está llamado a indemnizar los perjuicios que hubiere causado por razón de la imposición de una medida de detención preventiva que lo hubiere privado del ejercicio del derecho fundamental a la libertad, pues, de hallarse inmerso en alguna de tales causales, ningún ciudadano está obligado a soportar dicha carga.

Siguiendo esa misma línea argumentativa se tiene de pronunciamientos más recientes del Consejo de Estado en su Sección Tercera, donde sostiene que la libertad es uno de los valores supremos consagrados en un Estado Social de Derecho, los cuales junto con la vida y la dignidad humana, constituyen la carta de presentación de un modelo de protección de derechos inherentes al hombre, como los consagrados en la Constitución Política de 1991.<sup>14</sup>

Desde la propia preceptiva constitucional, es claro que la libertad personal es un auténtico derecho fundamental (Artículo 28 C.P.), 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*".

---

concebida como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de dichos fines" (STC 128/1995, fundamento jurídico 3, reiterada en la STC 62/1996).

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., veinte (20) octubre de dos mil catorce (2014) Radicación número: 05001-23-31-000-2004-04210-01 (40.060)



Por vía jurisprudencial, el Consejo de Estado le ha reconocido superioridad al bien jurídico de la libertad, en los siguientes términos<sup>15</sup>:

*"Esta Corporación ha sostenido que a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo, ahora la Sala considera oportuno recoger expresiones en virtud de las cuales algunos sectores de la comunidad jurídica han llegado a sostener, sin matiz alguno, que el verse privado de la libertad ocasionalmente es una carga pública que los ciudadanos deben soportar con estoicismo".*

*"Definitivamente no puede ser así. Lo cierto es que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática. Por consiguiente, mal puede afirmarse que experimentar la pérdida de un ingrediente fundamental para la realización de todo proyecto de vida, pueda considerarse como una carga pública normal, inherente al hecho de vivir dentro de una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario. Si se quiere ser coherente con el postulado de acuerdo con el cual, en un Estado Social y Democrático de Derecho la persona —junto con todo lo que a ella es inherente— ocupa un lugar central, es la razón de la existencia de aquél y a su servicio se hallan todas las instituciones que se integran en el aparato estatal, carece de asidero jurídico sostener que los individuos deban soportar toda suerte de sacrificios, sin compensación alguna, por la única razón de que resultan necesarios para posibilitar el adecuado ejercicio de sus funciones por las autoridades públicas.*

*"La afirmación contraria sólo es posible en el seno de una organización estatal en la que la persona —con todos sus atributos y calidades— deviene instrumento, sacrificable, reductible y prescindible, siempre que ello se estime necesario en aras de lograr lo que conviene al Estado, es decir, en un modelo de convivencia en el que la prevalencia de un —desde esta perspectiva, mal entendido— interés general, puede justificar el desproporcionado sacrificio del interés particular —incluida la esfera de derechos fundamentales del individuo— sin ningún tipo de compensación.*  
(...)

*"Entre las consideraciones acerca de la naturaleza del daño antijurídico se ha sostenido que, en cada caso, ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario. En ese orden de ideas, no pocas veces se ha concluido que constituye daño antijurídico aquel que se experimenta en el ámbito puramente material, por vía de ejemplo, cuando se devalúa un bien inmueble por la proximidad de un puente vehicular que ha sido construido y puesto en funcionamiento para el bienestar de toda la colectividad.*

*"No se entiende entonces con apoyo en qué tipo de argumento no habría de ser catalogado como igualmente antijurídico el daño que sufre quien se ve privado de la libertad —como en el presente caso— durante cerca de dos años y acaba siendo absuelto mediante sentencia judicial. Ciertamente resulta difícil aceptar que, con el fin de satisfacer las necesidades del sistema penal, deba una persona inocente soportar dos años en prisión y que sea posible aducirle, válidamente, que lo ocurrido es una cuestión "normal", inherente al hecho de ser un buen ciudadano y que su padecimiento no va más allá de lo que es habitualmente exigible a todo individuo, como carga pública derivada del hecho de vivir en sociedad. Admitirlo supondría asumir, con visos de normalidad, la abominación que ello conlleva y dar por*

<sup>15</sup> Sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil ocho (2008). Consejero de Estado. Enrique Gil Botero, Actor: Jorge Gabriel Morales y otros. Accionada: Nación – Consejo Superior de la Judicatura.



*convalidado el yerro en el que ha incurrido el sistema de Administración de Justicia del Estado”<sup>16</sup>.*

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y la consagración de la noción de daño antijurídico que se plasmó en el artículo 90, se aceptó en forma gradual la responsabilidad por falla judicial, al advertir la presencia de una cláusula general de responsabilidad patrimonial frente a todas sus acciones y omisiones causantes de daño a un particular cuando éste devenía en antijurídico, es decir, cuando los asociados no están obligados a soportarlo. El incumplimiento de estas obligaciones estatales, ya sea, por omisión, acción o extralimitación en el ejercicio de las funciones de los servidores públicos, constituyen las ya conocidas **fallas o faltas del servicio**, que generan responsabilidad estatal.

Dentro del marco del artículo 90 de la Constitución Nacional, se crearon diversos regímenes de imputación, entre los cuales se puede incluir el de **privación injusta de la libertad**.

En este punto, debe mencionarse que de conformidad con la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando la absolución del sindicado deviene porque no cometió el delito, el hecho no existió o su conducta fue atípica, aquellos son eventos determinantes de privación injusta de la libertad bajo el régimen de responsabilidad objetivo de daño especial<sup>(5)</sup>, siempre que no se acredite la ocurrencia de una falla del servicio.

No obstante lo anterior, como lo ha establecido de manera pacífica y sostenida la jurisprudencia, cuando la responsabilidad del Estado se analiza bajo un régimen objetivo, ello, de entrada, no supone la prosperidad de las pretensiones ni la obligación inmediata de reparar patrimonialmente al extremo activo de la litis, habida cuenta de que es posible que en estos eventos se configuren situaciones como la fuerza mayor, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, con la capacidad de romper el nexo de causalidad existente entre el daño irrogado y las actuaciones de las entidades públicas demandadas.

Bajo la idea que se sigue, vale anotar que la Ley 270 de 1996, en el artículo 70, establece que el Estado se exonerará de responsabilidad cuando el daño sea atribuible a la culpa exclusiva de la víctima, en los siguientes términos:

*"El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado."*

<sup>16</sup> Consejo de Estado, sentencia del cuatro de diciembre de 2006, expediente:13.168, actor: Audy Hernando Forigua y otros, consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.



Al respecto, la jurisprudencia ha reiterado que cuando la conducta del procesado justificó la actuación judicial, particularmente en lo que atañe a la restricción de su libertad, es posible concluir que el daño irrogado proviene de la propia víctima, aun cuando no hubiere sido condenada, siempre que su actuar, ya sea activo u omisivo, hubiese sido la causa eficiente y determinante en la producción del resultado lesivo.

Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta<sup>17</sup>.

De igual forma, se ha dicho:

*"... para que la culpa de la víctima releve de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir con los siguientes requisitos:*

*Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si el hecho del afectado es la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total. Por el contrario, si ese hecho no tuvo incidencia en la producción del daño, debe declararse la responsabilidad estatal. Ahora bien, si la actuación de la víctima concurre con otra causa para la producción del daño, se producirá una liberación parcial, por aplicación del principio de concausalidad y de reducción en la apreciación del daño, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2357 del Código Civil<sup>18</sup>."*

Vale la pena recordar que el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia- dispone que **"el daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley"**, eventos éstos que, de llegar a configurarse, enervarían la responsabilidad del Estado; al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha señalado:

*"Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño. Así, la Sala en pronunciamientos anteriores ha señalado:*

*"(...) Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, **debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual***

<sup>17</sup> Ver sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU -072 de julio 5 de 2018

<sup>18</sup> Sentencia 2010-00267/47057 de febrero 1 de 2018. CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A. Rad.: 25000-23-26-000-2010-00267-01(47057)



*puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor ..., quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño (...)"<sup>19</sup>*

Es oportuno señalar que el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, con ponencia del C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, en sentencia de 18 de mayo de 2017, luego de analizar las circunstancias de hecho que conllevó a que se iniciara una investigación penal al señor Alexander Escalante, con medida de aseguramiento, de detención privativa de la libertad, al resolver sobre el daño antijurídico y la indemnización reclamada por el mismo, concluyó:

*"(...) Así las cosas, para la Sala, la limitación a la libertad demandada por el actor, la cual, como se explicó, constituye un daño antijurídico, no resulta imputable a la entidad accionada, toda vez que está demostrado que el demandante tuvo actuación exclusiva y determinante entre el hecho endilgado y, el menoscabo padecido. Por lo anterior, el daño únicamente puede ser atribuido a una causa extraña, sin que exista la posibilidad de endilgarlo a la parte pasiva del presente asunto. Por ese motivo, se procederá a revocar la sentencia apelada que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, pero se aclara que los motivos para exonerar de responsabilidad al Estado son los expresamente plasmados en esta providencia.*

*(...)"*

En concordancia con lo anterior, para identificar los mencionados conceptos de culpa grave y dolo, la jurisprudencia antes mencionada ha acudido a los criterios contemplados en el artículo 63 del Código Civil, de los cuales se extrae que el primero corresponde a un comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, mientras que el segundo se equipara con la conducta realizada con la intención de generar daño a una persona o a su patrimonio.

Bajo ese panorama, en asuntos como el que aquí se debate, la culpa exclusiva de la víctima se configura cuando se acredita que el afectado actuó con temeridad dentro del proceso penal o que incurrió en comportamientos irregulares que ameritaban el adelantamiento de la respectiva actuación y, de manera consecuente, justificaban la imposición de una medida que le privara de su libertad.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de julio de 2002 (expediente 13.744).



En lo que atañe a la legitimación por pasiva a la Fiscalía General de la Nación en el régimen de imputación de privación injusta de la libertad en vigencia de la Ley 906 de 2004 tenemos que el Consejo de Estado en sentencia del 4 de abril de 2018, con radicación No. 54001-23-31-000-2010-00446-01 (42222) con ponencia del Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, precisó:

*"Para determinar la legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación, a la luz de la Ley 906 de 2004 deben preverse las competencias funcionales y legalmente establecidas durante proceso penal, a saber, en la fase de investigación e indagación a cargo de la Fiscalía General de la Nación. Así, por ejemplo, la Fiscalía General de la Nación está obligada a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito e, incluso, excepcionalmente conserva facultades para limitar derechos fundamentales mediante la orden de allanamiento y registro, interceptación de comunicaciones y capturas, aunque sus labores están esencialmente concernidas al desarrollo de la actividad investigativa del Estado. Ahora bien, debe preverse que en principio cuando la medida de aseguramiento o restricción de la libertad tenga lugar como resultado de las labores de la policía judicial, la responsabilidad recaerá sobre el ente que coordina y orienta su actuación, esto es, la Fiscalía General de la Nación. Por su parte, la actividad Judicial refiere la intervención del Juez de Control de Garantías durante la etapa investigativa y el juez de conocimiento para la etapa de juzgamiento. Sin embargo, la Sala considera que en los eventos de privación injusta de la libertad, de conformidad con el marco normativo establecido por la Ley 906 de 2004, tanto la Fiscalía General de la Nación como la Rama Judicial – Dirección de Administración Judicial se encuentran legitimados en la causa para comparecer como actores del extremo pasivo de la relación procesal. Ahora, pese a esta regla general de legitimación, debe preverse que la responsabilidad de las entidades demandadas en la concreción de los daños que tengan lugar por privación injusta de la libertad, habrá de definirse en el correspondiente juicio de imputación, donde se establecerá si el daño se presentó o no como consecuencia del actuar u omisión negligente del Juez o el Fiscal del caso, o como consecuencia de la actuación legítima y conjunta de ambas autoridades."*

Todo lo anterior indica que para que exista responsabilidad por parte de la Nación por la privación injusta de la libertad no solamente se debe ver el elemento objetivo, sino, además el subjetivo, esto es que el sujeto no haya generado el hecho de su detención, porque si es así debe soportar la carga investigativa en el proceso penal.

### Caso concreto.

La Sala ha considerado necesario presentar estas reflexiones respecto del régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto y las normas aplicables, las cuales serán tenidas en cuenta para valorar el acervo probatorio que se ha incorporado al proceso, con el fin de establecer si está demostrada en este caso la responsabilidad de las entidades demandadas, por la privación injusta de la libertad del señor Ortiz.

Del estudio minucioso del material probatorio obrante en el proceso se extrae las más relevantes en las que se encuentra, audiencia preliminar de fecha 10 de junio de 2009 el Juzgado Décimo Penal Municipal de Cartagena, acto jurídico en donde se cumplieron los estadios procesales de legalización de



captura imposición de cargos y solicitud de medida de aseguramiento, donde aparece como indiciado el hoy actor, y en su desarrollo se expresó entre otras cosas lo siguiente:

*"la policía judicial Sijin de la Policía Nacional hicieron una serie de indagaciones de los hechos acontecidos donde verifican qué, que (sic) se causó pues el homicidio del señor John Jairo Pérez Pérez en el barrio Flor de Campo localización Flor del Campo."*

En la audiencia de control de garantía realizada por el Juzgado Décimo Penal Municipal con Funciones de Garantía, se decretó la medida de aseguramiento intramuros la cual fue apelada.

Audiencia preliminar realizada el día 05 de noviembre de 2009, por el Juzgado Décimo Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantía negó la solicitud de revocatoria de medida de aseguramiento al defensor del señor Ortiz Castro, el cual apeló, y –a la postre- fue declarado desierto por inasistencia del apoderado y no soportó su medio de defensa (fl. 261 y 271), lo que pone en evidencia una posición procesal descuidada que también influyó en el resultado nocivo.

Citación y cancelación de la audiencia pública por la no comparecencia de la Fiscalía Seccional nº 34 de Cartagena. (278-281)

Audiencia pública realizada el día 29 de noviembre de 2010, donde se niega la libertad provisional a los indiciados entre los que se encuentra el hoy actor. (fls. 349-350)

Audiencia preliminar realizada el día 19 de enero de 2012, el defensor del señor Ortiz Castro solicitó la revocatoria de la medida de aseguramiento, argumentando que los testigos presenciales en audiencia habían manifestado que el señor Ortiz no fue participe en los hechos; la Fiscalía la coadyuvó por las mismas razones expuestas por el abogado defensor y la cual fue aceptada por el Juzgado Décimo Primero Penal Municipal con Funciones de Garantía, por considerarla viable revocó la medida y ordenó la libertad inmediata. (fls. 237), siendo que toda su acción anterior a la esa fecha estuvo marcada por un error inducido por la labor desplegada por la Policía Judicial – Sijin.

Está probado que en sentencia adiada 30 de mayo de 2012, por la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, en su numeral tercero resolvió absolver de los cargos formulados por homicidio agravado al señor Hernán Darío Ortiz Castro, argumentando entre otras cosas lo siguiente: (fls.38-55)

*"Realizada la correspondiente reconstrucción fáctica (juicio de hecho) y jurídica (juicio de derecho), en cuanto a la comisión de la conducta punible y la participación y*



*responsabilidad penal de los acusados, se concluye más allá de toda duda y con base en los precisos criterios de valoración señalados en la ley 906 de 2004, determinando que los acusados Manuel Cañate Espinosa, Luis Alfredo Espinosa Murillo, Jeir Ozuna Rodríguez y Richard Herrera Pantoja son responsables de la muerte del señor Jhon Jairo Pérez Pérez.*

*De otra parte Hernán Darío Ortiz Castro, habiendo sido vinculado a la investigación por un error al identificar su seudónimo con el del señor Richard Pantoja "el Coleta" como quiera que quedo establecido en la investigación que al hacer la identificación se confundió el seudónimo "el cole", por parte de Policía Judicial, estableciéndose que la testigo desconocía los nombres de los agresores, a quienes identificaba plenamente por sus alias, por lo tanto atendiendo a los principios del estado Social de Derecho, no existiendo responsabilidad de este, el despacho absuelve a Hernán Darío Ortiz Castro.*

En esa misma audiencia la Fiscalía solicita que el sentido del fallo sea condenatorio para los señores Manuel Cañate Espinosa, Luis Alfredo Espinosa Murillo, Jeir de Jesús Ozuna Rodríguez y Richard Herrera Pantoja y por otra parte solicita que sea absuelto el señor Hernán Darío Ortíz Castro, por no tratarse del alias "...el cole...", aduciendo que hubo un error en la plena identificación de este.

De la misma forma el abogado defensor en sus alegatos manifiesta que desde el inicio se manifestó por parte de este ser ajeno a los hechos.

Ahora bien, a este punto es menester precisar que, cuando la ley califica de injusta la privación de la libertad porque el hecho que se investigó no existió, porque el hecho investigado no constituía hecho punible, o porque el sindicado no lo cometió, lo que hace es darle prevalencia al principio de presunción de inocencia; puesto que de no probarse que se cometió la conducta punible, la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ya citados, ordenan que se presuma que no se ha cometido.

Se observa en el presente caso que la Fiscalía General de la Nación solicitó la medida de seguridad consistente en la limitación a la libertad en centro carcelario, la cual fue acogida por el Juzgado de Control de Garantías, siendo privado de la libertad el presunto delincuente. Así mismo, la Fiscalía solicitó la absolución, toda vez que por error de identificación se vincula la investigación a otra persona la cual se procesó por confundirse con el seudónimo de "el cole", que le pertenecía el señor Richard Herrera Pantoja, el cual fue condenado por el delito de homicidio, identificación hecha por la Policía Nacional.

Se tiene que, aunque en la providencia que decreta la detención preventiva se considere que existen suficientes pruebas o indicios graves



para imponerla, esta circunstancia, por sí sola, no es suficiente para eximir al Estado de responsabilidad<sup>20</sup>.

Para Sala aplicando los parámetros estipulados por la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado en hacer un análisis de la medida de aseguramiento dictada por el Juez en el caso, se demuestra que fue injusta y desproporcionada la impuesta al hoy actor, conforme lo decidió el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, en la providencia fechada el adiada 30 de mayo de 2012, donde se destaca de la ratio que no existiendo responsabilidad de este, que fue vinculado por error en la identificación del seudónimo "el cole" perteneciente al señor Richard, lo que indica que el actor no estaba en la obligación de soportar dicha carga.

Lo anterior reafirma lo dicho por el Consejo de Estado y por la Corte Suprema de Justicia<sup>21</sup> respecto que la medida de aseguramiento fue injusta debido a que no se cumplió los elementos que se deben tener para que el juez competente pueda emitir una orden de captura y privar de la libertad al presunto infractor de un punible, esto es que al momento de la solicitud este plenamente identificado el partícipe del hecho.

Sin embargo, dada que está probado que hubo un error en la identificación del autor, por parte de Policía Nacional, considera esta Sala hacer un estudio de la legitimación en la causa de los aquí en Litis.

La máxima Corporación de cierre de esta jurisdicción, en la Sección Tercera, en materia de legitimación en la causa precisó que su ausencia, no constituye causal de excepción, sino que se constituye en un presupuesto procesal de la acción pero que en manera alguna impide se dicte sentencia de mérito. El argumento de autoridad es el siguiente:

*"Constituye postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y*

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 68001231500020000560001 (20796), jul. 9/14, C. P. Enrique Gil Botero).

<sup>21</sup> PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR, Magistrada ponente. SP3623-2017. Radicación nº 48175. (Aprobado Acta nº 83). Bogotá D.C., quince (15) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

*"Los errores en que incurrieron los juzgadores*

*Por tanto, es evidente que el Juez de primer grado, al concluir que UBERLY CANTOÑI CANTOÑI es el mismo sujeto que fue sorprendido por las autoridades, basado exclusivamente en los datos de la raza, el género y la estatura, violó flagrantemente el principio lógico de razón suficiente."*



necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado<sup>22</sup>.

Clarificado, entonces, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado, resulta menester señalar, adicionalmente, que se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa<sup>23</sup>. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas<sup>24</sup>. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado la Sala,

«[L]a excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.

La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —**modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante**— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.

La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado» (negritas en el texto original, subrayas fuera de él)<sup>25</sup>.

Así pues, toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante —legitimado en la causa de hecho por activa— y demandado —legitimado en la causa de hecho por pasiva— y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.

De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Consejera Ponente. María Elena Giraldo Gómez, expediente No. 13356.

<sup>23</sup> Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia de 15 de junio de 2000; Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez; expediente No. 10.171; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03266-01(14178).

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.



*pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores<sup>26</sup>.*

*En suma, en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra<sup>27</sup>. De manera ilustrativa, así lo ha explicado la Sala:*

*«La legitimación *ad causam* material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Ejemplo:*

*- A, Administración, lesiona a B. A y B, están legitimados materialmente; pero si*

*- A demanda a C, sólo estará legitimado materialmente A; además si D demanda a B, sólo estará legitimado materialmente B, lesionado. Si D demanda a C, ninguno está legitimado materialmente.*

*Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda»<sup>28</sup>*

*En consonancia con lo anterior, se ha indicado que la falta de legitimación en la causa no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre el petitum de la demanda, comoquiera que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción, en la medida en que se trata de*

*“... una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal, que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente*

<sup>26</sup> A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que “... si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452). En similar sentido y complementando lo dicho en el texto, se ha afirmado lo siguiente: “La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo - no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15352).

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del quince (15) de junio de dos mil (2000); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 10171.



*para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrada la imputación del daño a la parte demandada"<sup>29</sup>.*

En el presente caso, la Sala encuentra que los demandantes pretenden que se declare la responsabilidad de la Nación – Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación y se le condene por los perjuicios morales y materiales que fueron ocasionados por la privación injustificada del actor.

El Honorable Consejo de Estado ha definido el daño antijurídico como:

*"El concepto de daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. (Se resalta)*

Tenemos que el daño se configura cuando por la omisión y acciones del Estado producen un daño que el agente no está obligado a soportar, debido a esto la Nación estaría obligada a responder por los daños causados.

La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado el daño antijurídico; El daño antijurídico está acreditado, ya que se pudo establecerse que la Policía Judicial, por medio de sus agentes, identificaron y dieron captura al hoy actor –a pesar de estar debidamente amparado en orden judicial, expedida por autoridad competente-, esta ocasionó unos daños, debido a que este por error de identificación fue procesado sin tener participación en el hecho punible.

Lo anterior, se deriva del análisis de la demanda, la contestación, y de las pruebas arribadas en el proceso, Igualmente se extrae del cuerpo de la demanda y de la contestación de ella por parte de las partes demandadas que aceptan dicho hecho, y no se oponen a tales afirmaciones.

Los daños causados a los demandantes, sin duda alguna, son una carga no soportable ni en cabeza de las víctimas, ni en la de sus familiares debido implica la afectación al del con sagrados en los art. 13, 15, 28, y de lo que se relaciona directa e indirectamente con estos derechos, lo que representa intrínsecamente la antijuridicidad que se desprende del daño ocasionado por la privación de su libertad de manera injusta.

Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, para que el Estado responda patrimonialmente, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1º de marzo de 2006, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, expediente No. 13764.



Por lo anterior se concluye que se configuró un daño antijurídico a los hoy demandantes, que esta no queda obligado a soportar, y que la entidad puede estar obligada a responder por dichos daños.

### **IMPUTABILIDAD.**

Una vez demostrado el daño que es la primera fase para que el estado entre a responder por los acciones u omisiones, entra la Sala a analizar si dicha responsabilidad es atribuible a los demandados o si este se configura con las causales de exoneración de responsabilidad.

Probado el daño antijurídico, consistente en los daños ocasionados a los demandantes por la privación de la libertad del señor Ortíz Castro, la Sala examina la imputación del mismo a las entidades demandadas.

Para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, los medios probatorios permiten tener como acreditados los hechos que, constituyéndose en amenazas inminente, irreversibles e irremediables desencadenaron el daño antijurídico que se imputa.

El Honorable Consejo de Estado ha definido la imputación como:

*"La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)<sup>30</sup>."*

La imputabilidad jurídica es la atribución que recae en el estado por los daños causados por sus acciones y/u omisiones de sus deberes legales.

Se tiene que la Fiscalía en audiencia reservada, solicitó al Juzgado Penal de Control de Garantías, orden de captura del señor Hernán Darío Ortiz Castro, debido a que la Policía Judicial, hizo una serie de indagaciones de los hechos acontecidos donde verifican que una de las personas que participaron en el homicidio del señor Pérez Pérez, es el señor Ortíz Castro quien fue identificado plenamente por la Policía Judicial, la cual entrega el informe de identificación a la Fiscalía, con la cual está procedió a solicitar la captura y su medida de aseguramiento intramural, la cual, si bien fue decretada por la jurisdicción penal (en la audiencia reservada y en la de legalización de captura y medida de aseguramiento) fue totalmente fundamentada de buena fe en las labores realizadas por la Policía Judicial, por lo que dicha privación de la libertad fue absolutamente inducida.

Por lo anterior queda demostrado que a pesar que dicha solicitud fue realizada por el Fiscalía General de la Nación y ordenada por la Rama Judicial,

<sup>30</sup> ibíd.



se fincó en actividades de inteligencia, realizadas por la Policía Judicial quien fue la encargada de identificar a los presuntos autores del hecho punible y su captura, esta última es la que tiene responsabilidad en la privación injusta de la libertad del actor, debido a que como se expresó anteriormente fue la encargada de la identificación plena de los presuntos autores de la conducta tipificada en el Código Penal.

Del análisis exhaustivo del proceso, se pudo determinar que a la Policía Judicial cabe endilgarle la responsabilidad por falla en el servicio que generó el daño aquí reclamado como producto de la identificación errada de los supuestos autores del Homicidio del señor Pérez.

Igualmente, la perspectiva del daño antijurídico demostrado la responsabilidad no es atribuible a las entidades públicas demandadas ya que se pudo constatar, probatoria y materialmente (conforme al acervo probatorio), que su acción, estaba amparado por la ley y una orden judicial legalmente expedida, y que fue por un error de identificación hecho por la Policía Judicial, lo que generó la detención injusta al actor, por lo que hoy se demanda.

Ahora bien, es relevante la Sala, manifestar que dicha captura fue legal, pero los daños ocasionados por la detección surgen desde el momento que se comprobó que este no había sido partícipe del hecho punible que fue por un error de identificación que cometió puntualmente la Policía, lo cual indujo a la judicialización del actor, que luego del análisis probatorio en el proceso penal se demostró.

Por lo anterior no podemos hablar de un eximente de responsabilidad, debido que dicha captura se hizo conforme a los requerimientos legales, debido a que a pesar de que se estaba amparado por la ley ocasionaron unos daños – morales, materiales – por la privación injusta de la libertad.

Lo cierto es que el daño le es imputable a la entidad responsable de la labor de identificación de las personas autoras o partícipes del hecho punible de homicidio del señor Jhon Pérez Pérez, dado que por ser esta la que hizo la identificación que posteriormente se tomó como base por la Fiscalía para solicitar las órdenes de capturas ante el Juez competente.

Todo esto, sin duda para la Sala, lleva a concretar en el caso puntual la falla en el servicio fue por acciones u omisiones la Policía Nacional, por intermedio de sus agentes, en representación de ellas, por lo que se exonerara de responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial, debido a que estas solo actuaron en cumplimiento de su deber legal y constitucional.

En ese orden de ideas, se colige que el medio de control fue dirigido contra entidades que carecen de responsabilidad de los daños y perjuicios que



aducen los demandantes se les ocasionaron por la privación injusta de la libertad del señor Hernán Darío Ortiz Castro, el cual conlleva a declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de las que hoy hacen parte como demandadas.

Si bien el límite material de la competencia de la segunda instancia lo constituyen los cargos planteados en contra de la decisión recurrida, dicha regla no es absoluta, pues, si el juez, al momento de dictar sentencia, encuentra probada una excepción que, inclusive, no hubiese sido propuesta por el impugnante, debe declararla de oficio, así lo consagra el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo:

*"En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.*

*"(...).*

*"El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus" (se destaca).*

En consonancia con lo anterior, la Sala Plena del Consejo de Estado, en las providencias del 9 de febrero de 2012<sup>31</sup>, unificó la jurisprudencia en torno a la competencia del juez *ad quem* con ocasión del recurso de apelación, oportunidad en la cual la Sala acogió la tesis conforme a la cual la competencia del juez *ad quem* está limitada, en principio, a los aspectos que señale el recurrente.

Se precisó que de la premisa *"la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante"* no se sigue, tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia<sup>32</sup>, una autorización al juez de segundo grado para hacer el escrutinio y *ad nutum* determinar libremente *"qué es lo desfavorable al recurrente"*, pues a renglón seguido, la norma establece una segunda prohibición complementaria, según la cual *"no podrá el ad quem enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso"*.

Sin embargo, la regla general relacionada con los límites de la competencia del juez *ad quem*, admite excepciones derivadas de mandatos constitucionales y legales. Y así lo manifestó el máximo órgano de lo contencioso administrativo, que las excepciones como **la caducidad**, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, los cuales, entre otros, deber ser declarados por el juez de segunda instancia, de manera oficiosa, aunque no hubieran sido propuestos como fundamentos de

<sup>31</sup> Expediente: 500012331000199706093 01 (21.060), Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Expediente: 05001-23-26-000-1994-02321-01(20104), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>32</sup> Sentencia de 4 de agosto de 2010, exp. 0500131030012002, M.P. Ruth Marina Díaz.



inconformidad con la providencia censurada, porque tales aspectos constituyen presupuestos para dictar sentencia de mérito.

De cara a este argumento, vale la pena hacer referencia a lo expuesto por la Sala Plena de la Sección Tercera con ocasión de la unificación jurisprudencial que se deja reseñada. Expuso la Sala:

*"En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples decisiones ha determinado la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción ejercida, así como también ha encontrado acreditada la existencia de la falta de legitimación en la causa –por activa o por pasiva– e incluso la ineptitud sustantiva de la demanda, casos en los cuales ha denegado las pretensiones de la demanda o se ha inhibido de fallar, según el caso, con independencia de si tales presupuestos o aspectos hubieren sido, o no, advertidos por el juez de primera instancia o por alguno de los sujetos procesales, incluido, claro está, aquel que hubiere impugnado la providencia del juez a quo" (se destaca).*

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y declarada *ex officio* la falta de legitimación en la causa por pasiva de las demandadas, teniendo en cuenta que de los hechos narrados y las pruebas obrantes en el proceso se desprende que su participación de dichas entidades en la privación de la libertad está limitada a un deber legal y a la identificación que hiciera la Policía Judicial, la cual fue la que generó el daño, y al no estar esta última demandada y/o no ser parte del proceso no hay lugar a condenar.

#### **Condena en costas en segunda instancia.**

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte " *Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará a las partes demandantes al pago de costas que efectivamente se hayan causado por haberse revocado en su totalidad la sentencia, ordenando al Juzgado su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho aplicando el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

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: REVÓCASE** la sentencia apelada; en su lugar, declarase probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de las demandadas, en consecuencia, **NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda, por lo anteriormente considerado.

**SEGUNDO:** Condénese en costas a las partes demandantes, liquídense en primera instancia, de conformidad con el art. 366 del C.G.P.

**TERCERO:** Notifíquese esta sentencia, en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

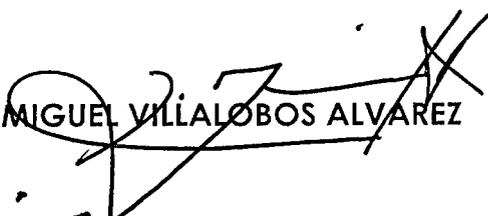
**CUARTO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

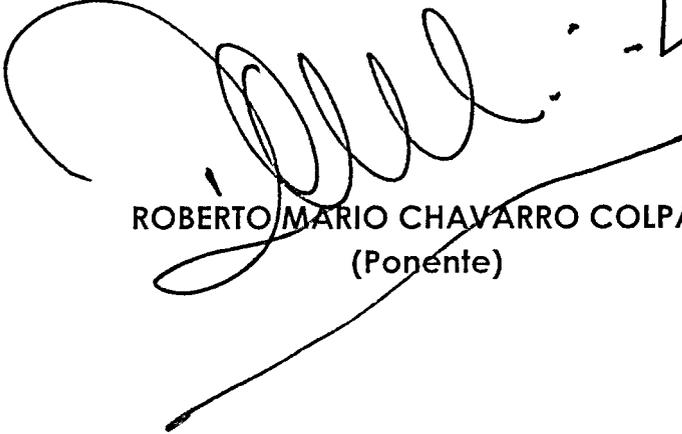
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**

  
JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

  
LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

  
ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.  
(Ponente)