

Cartagena de Indias D. T. y C, dieciocho (18) de agosto de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-33-008-2015-00495-01
Demandante	SERGIO LUIS LUNA VIVANCO Y OTROS
Demandado	NACIÓN – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.
Tema	<i>Privación injusta de la libertad</i>
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el día 25 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Octavo (08) Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA

2.1.1 Pretensiones.

La demandante solicita como pretensión principal, en síntesis, lo siguiente:

La declaratoria de responsabilidad administrativa y patrimonial de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, por los perjuicios causados a los demandantes a causa de la detención y privación injusta de la libertad del señor Sergio Luna Vivanco dentro del proceso penal adelantado en su contra. Como consecuencia de lo anterior, condenar a las demandadas a pagar lo siguiente:

Perjuicio moral: Como perjuicios causados señor Sergio Luna Vivanco, su compañera permanente Liliana Sánchez Vertel y sus hijastras Liliana Montalvo Sánchez, Yuranis Montalvo Sánchez y Sandra Sánchez Vertel, el pago de 100 SMLMV para cada uno. Así mismo, la suma de 50 SMLMV para cada uno de los siguientes: Liliana Luna Vivanco, Yubis Luna Vivanco y Gennis Luna Vivanco en su condición de hermanos.

Lucro cesante: la suma de \$15.000.000 equivalentes a los 23 meses y 11 días que dejó de recibir un ingreso económico como comerciante.

Código: FCA - 008

Versión: 03

Fecha: 03-03-2020



Perjuicio de vida en relación: 100 SMLMV para cada uno de los siguientes: Sergio Luna Vivanco, Liliana Sánchez Vertel, Liliana Montalvo Sánchez, Yuranis Montalvo Sánchez y Sandra Sánchez Vertel.

2.1.2. Hechos

Se resumen así:

El señor Sergio Luna Vivanco salió de su casa el día 10 de septiembre de 2010 a realizar unas diligencias para regresar al país de Venezuela, donde laboraba. A la altura del terminal de transportes se encuentra con disturbios de un grupo de mototaxistas siendo perseguidos por la Policía Nacional, en esos momentos llegan los antimotines y hacen bajar al demandante de la moto, lo maltratan, le destruyen la moto y lo hacen subir al carro.

Fue trasladado con otras personas al CAI de Fredonia y luego a estación de Caracoles y posteriormente puesto a disposición de la Fiscalía General de la Nación, fue dirigido a los calabozos que se encontraban, según relata, en muy mal estado.

Posteriormente fueron dirigidos a la Fiscalía General de la Nación y fueron puestos a disposición del Juzgado Décimo Segundo Penal Municipal, en donde fue legalizada su captura y ordenaron la detención preventiva, siendo trasladados a la Cárcel de Ternera, donde estuvieron varios días y fueron conducidos a sus casas por agentes del INPEC, estando privado de la libertad hasta el día 21 de agosto de 2013, es decir, 23 meses y doce días.

Se aclara que a su parecer debió quedar en libertad desde un principio, al no existir evidencia ni material probatorio que indicara que estuviese realizando alguna actividad ilícita y que la Fiscalía reconoció su error de haber puesto en privación de la libertad al demandante, puesto que fue capturado simplemente por encontrarse en el lugar de los hechos.

Estando privado de la libertad en su vivienda, el demandante no podía compartir con su familia ni pudo laborar para su manutención y la de su familia. Afirma que a pesar de que ha pasado el tiempo desde que se encuentra en libertad, siente que perdió parte de su vida y que, a pesar de haber demostrado su inocencia, para la sociedad sigue siendo culpable. Siente temor cuando ve agentes de Policía. Así mismo, vio afectada su relación con su compañera permanente y la subsistencia de su familia al no poder proveerles.

2.1.3 Normas violadas.

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

Código: FCA - 008

Versión: 03

Fecha: 03-03-2020



Constitucionales.

Arts. 1, 2, 4, 5, 6, 12, 13, 15, 21, 24, 28, 29, 42 y 90.

Legales.

Arts. 414 del decreto 2700 de 1991 y la ley 909 de 2004

2.2. LA CONTESTACIÓN

2.2.1. Fiscalía General de la Nación.

Alega que la cuantificación de los daños no corresponde a la realidad y supera el monto establecido por el Consejo de Estado, por lo que se pide que, de ser probada la responsabilidad estatal, se tase a justa proporción los perjuicios y se tenga en cuenta la concurrencia de culpas.

De la misma forma, se opone a las pretensiones de la demanda, argumentando que no se logran configurar los supuestos que permitan estructurar responsabilidad alguna en cabeza de la demandada, puesto que las actuaciones de la Fiscalía se realizaron de conformidad con la Constitución Política y las normas sustanciales y procedimentales vigentes, impidiendo que se pueda predicar una falla en el funcionamiento de la administración de justicia ni una privación injusta del demandante, debido a que se obró de conformidad a lo establecido en el artículo 250 de la Constitución Política.

Así mismo, se afirma que la captura del demandante fue legalizada por el Juez Promiscuo Penal de Villanueva en audiencia de control de garantías, puesto es de su competencia decidir imponer o no la medida de aseguramiento, una vez escuchados los argumentos del fiscal, el Ministerio Pública y la defensa.

Propone las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que la medida privativa de la libertad no fue impartida por la Fiscalía, sino que son los jueces de control de garantías los encargados de adoptar las medidas de aseguramiento. Por último, alegan las excepciones de inexistencia del daño antijurídico e ineptitud formal de la demanda por inexistencia de nexo causal.

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, ya que toda actuación estuvo soportada en las normas legales y vigentes.

Propone las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, argumentando que es la Fiscalía quien debe pedir la preclusión, por lo cual no puede solicitarse imposición de una medida de aseguramiento sin que medien elementos materiales de prueba que comprometan al imputado. Así mismo, proponen falta de relación causal entre los hechos de la demanda y persona del demandado y hecho de un tercero, afirmando que la conducta desplegada por los agentes de policía que capturaron al demandante fue determinante en la generación del daño.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fs. 187-196)

El Juzgado Octavo (08) Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia de fecha 25 de mayo de 2017, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que, se presenta un caso de deficiencia de recaudo probatorio, por lo que no se puede atribuir la responsabilidad a las entidades demandadas, debido a que no se aportó prueba que acredite que la medida fue injusta, sino que por el contrario, la captura en flagrancia del demandante acaecida, hace concluir que existió un fundamento válido para tal restricción.

4. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apela la sentencia de primera instancia, argumentando que no existe prueba de que el demandante haya participado en la conducta ilícita, puesto que solo existe un informe policivo en el cual se consigna que este se encontraba en el lugar de los hechos sin describir las actividades que se encontraba realizando o un señalamiento específico, lo cual no es indicio de responsabilidad porque se encontraban más de dos mil personas atascadas por el paro. Lo anterior, se reitera con el hecho de que la Fiscalía solicita la preclusión, al no poder desvirtuar la presunción de inocencia, debido a que no hubo prueba en su contra. Por último, explica que la captura no puede considerarse como realizada en flagrancia, puesto que no cumple con los requisitos para ello, pues el legislador exige que sea sorprendido cometiendo una conducta punible.

Por lo anterior, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se condene por los daños ocasionados.

5. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 30 de noviembre de 2017, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante dentro del presente asunto

(fls. 246), posteriormente mediante providencia adiada 16 de febrero de 2018, se corrió traslado para que las partes aleguen de conclusión. (fl. 250)

6. ALEGACIONES

Los alegatos de conclusión de las partes reposan a folios 253-275.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el 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*”¹.”

PROBLEMA JURÍDICO.

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte accionante, corresponde a esta Sala establecer si le asiste responsabilidad a la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, por la privación de la libertad de que fue objeto el señor Sergio Luis Luna Vivanco.

¹ 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.

TESIS DE LA SALA

La Sala de decisión confirmará la decisión del a-quo por encontrarse ajustada a los parámetros jurisprudenciales que enmarcan la materia.

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 Estado² 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 1991³, 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 del principio *iura novit curia*, el juez puede acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar su decisión⁴.

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

³ 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 sindicato 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”.

⁴ 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

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 coasociados⁵. 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 absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención⁶.

Una segunda línea entiende que, en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P. -absolución 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 culpa⁷. 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 detención⁸.

En el marco de esta segunda línea, el artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal contenía dos preceptos⁹: 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 -absolución 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 morigeró el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben 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

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 (...).”

⁵ Sección Tercera, Sentencia de 1 de octubre de 1.992, exp. 7058.

⁶ Sección Tercera, Sentencia de 25 de julio de 1.994, exp. 8666.

⁷ Sección Tercera, Sentencia de 15 de septiembre de 1994, exp. 9391.

⁸ Sección Tercera, Sentencia de 17 de noviembre de 1.995, exp. 10056

⁹ 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.

la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicato sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del in dubio pro reo^{10,11}

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.¹²

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)¹³.

¹⁰ 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.

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

¹² Sentencia de 20 de febrero de 2008, expediente: 15.980.

¹³ 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 1991.¹⁴

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).

¹⁴ 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)

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”.

Por vía jurisprudencial, el Consejo de Estado le ha reconocido superioridad al bien jurídico de la libertad, en los siguientes términos¹⁵:

“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.

¹⁵ 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.

“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 convalidado el yerro en el que ha incurrido el sistema de Administración de Justicia del Estado”¹⁶.

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⁽⁵⁾, 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

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

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.”

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 sujeta¹⁷.

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 Civil¹⁸.”

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

¹⁷ Ver sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU -072 de julio 5 de 2018

¹⁸ 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)

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 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 (...)*”¹⁹

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

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

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.

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, si no a demás 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 la entidad demandada, por la privación injusta de la libertad del señor Luna Vivanco.

En el expediente reposa el siguiente material probatorio relevante para el caso concreto:

- Certificación de fecha 29 de abril de 2015 expedida por el INPEC, en la que consta que el señor Luna Vivanco estuvo privado de la libertad desde el día 12/09/2011 hasta el día 27/08/2013, en la modalidad de detención domiciliaria. (Fl. 28)
- CD que contiene audiencia de preclusión llevada a cabo el día 21 de agosto de 2013 en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, en la cual se resuelve solicitud de preclusión propuesta por la Fiscalía, argumentando que no posee elementos probatorios que permitan demostrar la participación, por lo que solicita que se revoque la medida, fundamentándose en la causal 6 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal. (Fl. 23)
- CD que contiene audiencia de legalización de la captura, formulación de la imputación e imposición de medida de aseguramiento llevadas a cabo el 12 de septiembre de 2011, en el Juzgado Promiscuo Penal Municipal de Villanueva. En las anteriores, se dicta medida de aseguramiento privativa de la libertad domiciliaria. (Fl. 26)
- Acta de preclusión de la investigación de fecha 21 de agosto de 2013 (Fl. 23- 24)
- Acta de audiencia de legalización de captura, formulación de la imputación e imposición de medida de aseguramiento del Juzgado Promiscuo Municipal de Villanueva. (Fl. 25-27)

- Conciliación extrajudicial en la Procuraduría 65 Judicial del 26 de mayo de 2015 (Fl. 24 - 32)
- Testimonios de los señores Christian Camilo Castillo Ochoa y Wilfrido Salguero Maza rendidos en audiencia de pruebas el día 27 de marzo de 2017. (Fl. 157)

Considera la Sala que, para desatar la controversia suscitada en el presente caso, es menester estudiar (tener en cuenta) la flagrancia, los requisitos para imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad, el papel del juez y la Fiscalía en el análisis del acervo probatorio recolectado al momento de llevarse a cabo las audiencias concentradas y realizar precisiones en cuanto a la responsabilidad estatal.

Ahora bien, es necesario analizar las circunstancias específicas en cuanto a la medida de aseguramiento, toda vez que será esta determinante para desatar el presente caso, en el sentido de vislumbrar si existe o no responsabilidad extracontractual del Estado, específicamente de las demandadas Fiscalía y Rama Judicial.

En ese sentido, se tiene que el día 12 de septiembre de 2011 fue dictada medida de aseguramiento privativa de la libertad a solicitud de la Fiscalía, consistente en prisión preventiva domiciliaria. En su solicitud, la Fiscalía argumentó que contaba con elementos materiales probatorios los cuales, a pesar de no poderse esgrimir a uno de los capturados en específico, se pueden hacer extensivos a todos ellos puesto que, a su parecer, la conducta fue cometida por la totalidad de los capturados sin importar que no se determine con exactitud quién realizaba los actos o si estos no se encontraban en el lugar donde se realizaron. Entre los elementos relacionados, se encuentran los informes de captura y las entrevistas realizadas a algunos de los patrulleros que dieron con la captura de los procesados. A pesar de lo anterior, es la misma Fiscalía quien solicita la preclusión de la investigación, exponiendo que no cuenta con elementos materiales probatorios que permitan desvirtuar la presunción de inocencia de la cual goza el demandante.

No obstante, la Sala no puede desconocer que, en el presente caso, es necesario analizar la conducta del capturado, toda vez que esta puede ser determinante para la antijuridicidad del daño. Por esta razón, es necesario que se demuestre en el presente proceso, por parte del demandante, que no actuó de manera imprudente.

En el presente se logró determinar que efectivamente el señor Sergio Luis Luna Vivanco se encontró privado de la libertad en detención domiciliaria, desde el día 12/09/2011 hasta el día 27/08/2013. Sin embargo, es menester analizar si en el presente se logra demostrar el daño y si este es antijurídico, para luego, de ser así, realizar la imputación del mismo.

Respecto a lo anterior, en la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁰, se ha establecido lo siguiente:

“En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.”

En dicha sentencia de unificación, se decidió lo siguiente, respecto a la forma cómo los jueces deben estudiar en adelante los casos de privación injusta:

“1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;

2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

3) Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.”

Estudiados los presupuestos establecidos por el Consejo de Estado en sentencia de unificación, es necesario realizar un análisis del material probatorio que reposa en el expediente, para establecer si existió un daño antijurídico y si este es atribuible al Estado. Lo anterior, teniendo en cuenta la

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SALA PLENA.

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018)



carga de la prueba que recae sobre el demandante, el cual debe probar lo afirmado en su escrito de demanda.

Analizados los testimonios rendidos en audiencia de pruebas, se concluye que estos fueron rendidos por dos personas que fueron capturadas en la misma fecha que el señor Luna Vivanco, sin embargo, de lo declarado por estos, se extrae que no se encontraban en el lugar de captura del demandante, toda vez que estos fueron capturados en un punto distinto de la ciudad, siendo estos capturados en cercanías al barrio Blas de Lezo y Avenida del Consulado, cuando al señor Luna Vivanco lo capturaron en la vía a la Cordialidad, cercanías de la Terminal de Transporte. Lo anterior, implica que estos testimonios no permiten establecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la captura del demandante, puesto que estos no se encontraban con él en el momento en el que fue realizada la captura y mucho menos momentos previos a esta, lo cual es determinante en el presente análisis, toda vez que se debe evaluar la conducta desplegada por el capturado, en aras de examinar si su actuar fue diligente o por el contrario, imprudente.

Lo precedente, teniendo en cuenta que en la audiencia relata el señor Wilfrido Salgado Maza que la primera vez que vio al demandante fue dentro del camión donde se encontraban los capturados, donde lo observó llorar y le relató lo que cuenta en la audiencia respecto a su captura, lo cual indica que solamente conoció los hechos por lo narrado por el mismo demandante, a pesar de que el testigo relata que el señor Sergio Luna le comentó que se encontraba realizando una diligencia con su hermana cerca al terminal de transportes cuando se encontró con la manifestación, no es posible que este de fe de lo anterior toda vez que no se encontraba allí. Así mismo, a pesar de que el testigo relata que en la situación que se presentó, a su parecer capturaron a los más débiles y a aquellos no tenían nada que ver con el paro, estas afirmaciones no pueden ser suficientes para establecer las circunstancias en las que fue capturado el demandante.

En ese mismo sentido, el señor Christian Camilo Castillo Ochoa afirma que fue capturado en la Avenida del Consulado y que se encontró con el señor Sergio Luna en el camión, relatando que lloraba mucho y se sentía muy triste, puesto que le comentó que se encontraba con su hermana comprando unas medicinas y que esta se encontraba agotada. Relata, igualmente como lo hizo el señor Wilfrido Salgado, que la mayoría de capturados fueron personas del común, a las cuales golpearon y agredieron.

A juicio de la Sala, los testimonios rendidos no resultan conducentes ni útiles, toda vez que con estos no es posible determinar o esclarecer los hechos ocurridos previamente y durante la captura, puesto que estos solo se

encuentran después de haber sido capturados en diferentes puntos de la ciudad. Es decir, estos no pueden dar fe del actuar del demandante en ese lapso de tiempo, por lo que solo pueden referir lo que él mismo les comentó.

Otro punto importante analizado por la Sala, corresponde al hecho de que no fue aportado el informe de captura en flagrancia realizado por la Policía, para efectos de permitir un estudio detallado del mismo, teniendo en cuenta que este fue determinante para la imposición de medida de aseguramiento y para la solicitud de preclusión, por lo que debió ser aportado o requerido. Del anterior, la única información que se tiene, es la relatada en las audiencias concentradas y la de preclusión, en la que se afirma que el motivo por el que fue capturado fue el de encontrarse en el lugar de los hechos.

Así las cosas, se observa que la parte demandante omitió su deber de probar las afirmaciones que realizó en la demanda, situación en la que el juez no puede relevarlo de su deber. Teniendo en cuenta lo anterior, no es posible establecer qué tipo de conducta desplegó la parte demandante momentos previos a ser capturado, por lo que no se puede dar fe, lejos de toda duda, de que ocurrieron los hechos como el demandante los narra. Por el contrario, el hecho de encontrarse en el lugar, puede indicar que en vez de alejarse del problema que se estaba presentando, como lo indica la sana crítica y las reglas de la experiencia, este se encontraba en sus alrededores, con lo cual a pesar de que no se busca discutir ni transgredir su principio de inocencia, sí se debe analizar a la luz del Código Civil²¹, si este actuó con culpa grave o si su actuación fue de tal temeridad que lo puso en peligro de sufrir la carga que terminó soportando.

Al observar el certificado expedido por el INPEC y la posterior preclusión del proceso penal, la Sala considera que son fundamentos suficientes para determinar la existencia de un daño, puesto que el señor Luna Vivanco se

²¹ Artículo 63. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

encontró privado de su libertad. Sin embargo, el material probatorio no es suficiente para determinar el carácter antijurídico del mismo.

El panorama generalizado de la presente demanda, es el de insuficientes pruebas, de manera que no permiten a la Sala determinar la antijuridicidad del daño y mucho menos la responsabilidad estatal, al realizar un análisis de lo que se puede inferir de la conducta del demandante, la captura en flagrancia, las pruebas documentales y testimoniales que aportó, que en el presente se evidencia una clara desatención de la carga de la prueba que recae en su cabeza, puesto que si bien es cierto que la Fiscalía pidió la preclusión del proceso, ello no indica per se un daño antijurídico, puesto que el hecho de que no existan pruebas para desvirtuar la presunción de inocencia no implican que la medida de aseguramiento fue infundada, toda vez que no son los mismos requerimientos probatorios para proferir una medida de aseguramiento que para perseguir una sentencia condenatoria. De esta forma lo ha desarrollado el Consejo de Estado²² en su jurisprudencia:

“Entonces, la medida de detención preventiva de una persona no está condicionada a la existencia de una prueba categórica e indefectible de su responsabilidad penal, sino a que medie un mandamiento escrito de la autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por un motivo previamente definido en la ley (como la existencia de indicios en su contra), requisitos sin los cuales su imposición sí se torna injusta e, incluso, ilícita y da lugar a que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado.”

Así mismo, se ha pronunciado el Consejo de Estado²³ en el siguiente sentido:

“Es que la cláusula general de responsabilidad de la administración en todos los aspectos y en materia de privación injusta de la libertad igualmente, reclama de la víctima una conducta ajena a las consecuencias adversas sufridas por ella misma, pues sabido es que a la par de los derechos, los asociados tienen deberes entre los que se debe destacar no incurrir en acciones u omisiones que pongan en entre dicho su cumplimiento, entre los que se tiene el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, relacionados uno y otro con el de colaborar con la administración de justicia

Respecto a lo anterior, se aclara que en la presente instancia judicial no se discute la presunción de inocencia del demandante, la cual no pudo ser desvirtuada en el proceso penal y se encuentra intacta, sin embargo, no le fue posible probar que el actuar del señor Luna Vivanco no fue imprudente, debido a que del recaudo del material probatorio que reposa en el expediente no se pueden realizar conclusiones respecto las circunstancias de

²² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SALA PLENA. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

²³ Sentencia del 28 de mayo de 2015 (expediente 22811).

modo, tiempo y lugar de la captura del señor Luna Vivanco, de tal manera que se logre establecer que la captura no se realizó debido a su actuar imprudente y si este cumplió con el deber de cuidado. Lo anterior, tal como se ha estudiado, se fundamenta en que este no pudo probar que su presencia en el lugar no se encontraba ligado a un actuar imprudente de su parte, puesto que para la Sala, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, si una persona se encuentra con un problema de tal magnitud como lo fue la protesta que se estaba llevando a cabo en la ciudad, su primer instinto es alejarse del lugar, caso distinto es que este haya sido sorprendido por dicho tumulto, lo cual no fue probado y que, además, llama la atención de la Sala que no se encuentran pruebas tendientes a probar las diligencias que este afirmó que se encontraba realizando y que así mismo le relató a los testigos, ni se establece si su hermana, quien refirió se encontraba con este en el lugar de los hechos, fue capturada también y si no lo fue, las razones de lo anterior. Así pues, en vista del insuficiente material probatorio del presente proceso y la falta de utilidad de las pruebas testimoniales rendidas, la Sala no encuentra otra conclusión de negar las pretensiones de la presente demanda.

En cuanto a la medida de aseguramiento, se tiene que esta se fundamentó en un informe de policía que daba cuenta de una captura realizada en flagrancia y en que, a consideración del juez, el capturado representaba un peligro para el sujeto pasivo de los delitos, en este caso, la sociedad.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala considera pertinente confirmar la negativa contenida en la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en el presente proveído.

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 1° del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", 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 ser éstas a la que les fueron desfavorables el recurso, 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: CONFÍRMASE la sentencia apelada, por lo anteriormente considerado.

SEGUNDO: Condénese en costas a la parte demandante. Líquidense en los términos de ley.

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

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Firmado Por:

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE BOLIVAR



Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

d2f11f55c0d73501eba02574b5a9f8cd18ca6dc839534d0c82a679cd735888

Documento generado en 01/09/2020 01:37:10 p.m.