

Radicado: 13-001-33-33-012-2015-00457-01

Demandante: LUIS ALBERTO MOSQUEIA GÓMEZ Y OTROS

Cartagena de Indias D.T. y C., doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Medio de control:	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado:	13-001-33-33-012-2015-00457-01
Demandante:	LUIS ALBERTO MOSQUEIA GÓMEZ Y OTROS
Demandado:	NACIÓN –FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Magistrado Ponente:	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema:	PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el diecinueve (19) de diciembre del dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones.

Fueron invocadas en esencia las siguientes:

Que se declare administrativa y patrimonialmente responsables a la Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación, por la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor LUIS ALBERTO MOSQUERA GÓMEZ y los perjuicios consecuenciales causados a él y a sus demás familiares.

Que como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad se ordene el pago de los perjuicios materiales e inmateriales sufridos por los demandantes.

1.2. Hechos.

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

- El Gaula de Policía de Bolívar, desplego un operativo antiextorsión (plan entrega), en procura de lograr la captura de unos presuntos extorsionistas y

Radicado: 13-001-33-33-012-2015-00457-01

Demandante: LUIS ALBERTO MOSQUEIA GÓMEZ Y OTROS

fue así como se dio la captura en supuesta flagrancia del señor LUIS ALBERTO MOSQUEIA GOMEZ, el día 20 de julio de 2011 en la ciudad de Cartagena.

- El fiscal de turno URI de Cartagena, solicitó al Juez de Control de Garantías la legalización de la captura y la imposición de la medida de aseguramiento intramuros, imputándole el delito de extorsión.

- El día 8 de enero del 2013, en la audiencia del juicio oral, se dictó sentencia absolutoria, quedando demostrada la inocencia del actor.

- La sentencia se encuentra debidamente ejecutoriada.

- El actor estuvo privado de la libertad desde el 20 de julio del 2011, hasta el 29 de marzo del 2012.

- Las autoridades demandadas al ordenar la privación de la libertad del señor Mosquera Gómez, causaron un daño antijurídico, debido a que no tenía la obligación jurídica de soportarlo.

2. Contestación.

2.1. Rama Judicial.

Se opuso a las súplicas de la demanda.

Argumentó que el juez de control de garantías que actuó durante el proceso penal, cumplió las funciones que le asigna la ley 906 de 2004, las audiencias por el dirigidas fueron audiencias preliminares, en las cuales, no se discute la responsabilidad penal del imputado, por cuanto el juez de garantías trabaja con elementos materiales probatorios que no constituyen plena prueba y por ende, no son suficientes para discutir la responsabilidad, pues la definición de la responsabilidad penal le compete al juez del conocimiento, quien finalmente absolvió al acto, en razón a que la fiscalía no pudo desvirtuar su presunción de inocencia.

Preciso que la privación de la libertad tuvo origen en actuación atribuida al organismo investigador, pues sin que existieran verdaderos elementos materiales de prueba que comprometieran la responsabilidad del procesado, era improcedente iniciar o proseguir una investigación penal.

Formuló, a título de excepciones perentorias, la “falta de causa para demandar”, “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “falta de relación causal entre el daño alegado y la actuación de la Rama Judicial” y “culpa exclusiva de la víctima”.

Arguye que lo que la investigación penal se originó por haber estado el señor MOSQUERA GÓMEZ en el lugar donde se estaba llevando a cabo la extorsión y recibir el dinero producto de la extorsión. Es decir, era razonable presumir que era participa de los hechos.

2.2. Fiscalía General de la Nación.

Se opuso a las pretensiones de la demanda.

Propuso la “falta de legitimación en la causa por pasiva” por cuanto si bien es cierto que las decisiones que llevaron a la privación de la libertad del fueron solicitadas por la Fiscalía, también es cierto que la Fiscalía no tenía la potestad de decidir sobre la privación de la libertad, cosa que, si correspondía a la Rama Judicial, por encontrarse dentro de sus funciones jurisdiccionales.

Aduce que la Fiscalía actuó en cumplimiento de un deber legal, de conformidad con el contenido normativo y finalidad de la ley 906 del 2004 y en consecuencia no puede predicarse falla del servicio.

Formuló la “inexistencia del daño antijurídico” y la “ineptitud formal de la demanda por inexistencia del nexo causal”.

3. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, denegó las suplicas de la demanda, al encontrar acreditada la culpa exclusiva de la víctima.

El a quo encontró demostrado el advenimiento de una conducta del actor que configura la causal de exoneración, asegurando que por ello no es posible la indemnización por la medida de detención preventiva.

Sostiene que conforme con la sentencia de fecha 8 de enero de 2013, proferida por el Juzgado Catorce Penal Municipal de Cartagena, en el aparte destinado al resumen de los hechos, se relata que los hechos ocurrieron en la ciudad de Cartagena el día 20 de julio del 2011, día en que se hizo presente en las instalaciones del Gaula de la Policía de Bolívar, la señora María Mercedes Bustamante Martínez, manifestando estar siendo víctima de extorsión mediante llamadas donde unas personas le exigían la suma de \$3.000.000a cambio de no atentar contra su vida o algún integrante d su familiar. En momentos en que presentaba la denuncia, la

Radicado: 13-001-33-33-012-2015-00457-01

Demandante: LUIS ALBERTO MOSQUEIA GÓMEZ Y OTROS

víctima recibió una llamada donde le daban instrucciones de llegar al Centro Comercial Caribe Plaza, donde la estaría esperando una persona de apellido Mosquera de numero celular 301884839, del cual se comunicaría para acordar el sitio de entrega.

Refiere que la sentencia aludida dice que a los pocos minutos la señora María Bustamante recibe la llamada de esta persona desde el abonado 301884839 y, un persona que se identifica como Mosquera aduce ser a quien se le debe entregar el dinero, manifestando que se fuera para Caribe Plaza y que cuando llegara se comunicara de inmediato para llegar por el dinero. Por lo anterior se dispuso el operativo antiextorsión, siendo capturada la persona que recibió el dinero.

Que la misma sentencia señala que el señor LUIS ALBERTO MOSQUERA GOMEZ en su declaración manifestó que el 20 de julio de 2011, lo llamaron a eso de la 1:30 de la tarde una persona que se identificó como Ricardo, sicario de los Rastrojos y le exigió \$4.000.000, lo amenazo y accedió a negociar con ellos. De esa negociación el señor Mosquera ofreció \$3.000.000 a lo que aceptaron inicialmente. Posteriormente lo llamaron pues tenía que aportar \$500.000. El señor lo llamo y le dijo que necesitaba que buscara un dinero de una abogada, llamó a la doctora y se identificó, le dijo que iba a estar en Caribe Plaza, se fue a pie por la Avenida del Lago y entro a Calza costa, le preguntó que a la víctima que ocurre, si le estaba pasando lo que le está pasando a él, pensó que era una trampa. Cuando estaba hablando lo llaman y le dicen que esta con la señora, recibéndolo y dejando tirado en un almacén. Por posteriormente fue capturado en la Avenida El lago.

El *a quo* argumenta que de lo descrito en el sentencia penal es posible inferir que el actor incurrió en un comportamiento que finalmente se constituyó como causa eficiente en la producción del resultado dañoso, es decir que la detención preventiva provino de su actuar imprudente o culposo, al no haber dado parte a las autoridades competentes sobre las presuntas amenazas a las que estaba siendo sometido y que le obligaron a asistir a una cita con una persona que estaba siendo víctima del delito de extorsión.

Finalmente acoto que la conducta del actor provoco la actuación de las autoridades judiciales y por ello debía asumir las consecuencias de la investigación penal adelantada en su contra.

4. La apelación.

Radicado: 13-001-33-33-012-2015-00457-01

Demandante: LUIS ALBERTO MOSQUEIA GÓMEZ Y OTROS

Resiste la sentencia la parte activa acusándola de ser contraía a varias y nutridas decisiones que sobre el mismo tópico ha adoptado dicha corporación y que prohija la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, en donde el elementos determinante está en la detención preventiva.

Arguye que según el artículo 90 superior, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. En ese orden, 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 le libertad, no hay duda que tal daño se torna antijurídico y debe ser reparado por el Estado.

Asegura que de la evolución normativa y jurisprudencial del tema de la privación injusta de la libertad puede extraerse la siguiente regla de derecho o premisa normativa: el Estado debe responder patrimonialmente por los perjuicios causado siempre que el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación), sin que resulte relevante cualificar la conducta o las providencias de las autoridades de administrar justicia.

Secunda la regla anterior trayendo a colación algunas de las sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, entre ellas la 40.613 del 6 de diciembre del 2017 y 43413 del 14 de septiembre del 2017.

5. Concepto del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público en esta ocasión no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2.2. 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 el artículo 320 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.*”**

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*”.

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo

Radicado: 13-001-33-33-012-2015-00457-01

Demandante: LUIS ALBERTO MOSQUEIA GÓMEZ Y OTROS

respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la no reformatio in pejus, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

2.3. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico, determinado por el sustento del recurso de alzada propuesto, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Debe imperar en el caso concreto la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad alegado y por ello darse la revocatoria de la sentencia apelada para en su lugar decretar la responsabilidad por privación injusta de la libertad?

2.4. Tesis.

Se sostendrá que no hay lugar a aplicar el régimen objetivo de responsabilidad, en tanto, a la luz de la nueva reconfiguración dogmática construida en la última postura de unificación del Consejo de Estado, emerge acreditada la conducta de la víctima como determinante de la privación de la libertad, por ello se debe CONFIRMAR la sentencia apelada.

2.5. Análisis normativo y jurisprudencial.

2.5.1. La responsabilidad del estado por la privación injusta de la libertad.

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.

El citado artículo 68 contempla:

“Artículo 68. Privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado en reparación de perjuicios.

El Consejo de Estado en su Sección Tercera, ha sostenido 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

Radicado: 13-001-33-33-012-2015-00457-01

Demandante: LUIS ALBERTO MOSQUEIA GÓMEZ Y OTROS

presentación de un modelo de protección de derechos inherentes al hombre, como los consagrados en la Constitución Política de 1991.¹

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 términos²:

“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

¹ 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)

² 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.

Radicado: 13-001-33-33-012-2015-00457-01

Demandante: LUIS ALBERTO MOSQUEIA GÓMEZ Y OTROS

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 convalidado el yerro en el que ha incurrido el sistema de Administración de Justicia del Estado”³.

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 materia de privación injusta de la libertad, opera una responsabilidad **objetiva**, la cual surge de la absolución del procesado o de la **preclusión de la investigación**, ante la ausencia de mérito para sostener una acusación, y como consecuencia de la imposibilidad de desvirtuar la presunción constitucional de inocencia que ampara al investigado.⁴

En este sentido, la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación de fecha veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce

³ Consejo de Estado, sentencia del cuatro de diciembre de 2006, expediente:13.168, actor: Audy Hernando Forigua y otros, consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

⁴ Numeral 6, artículo 332 de ley 906 de 2004.

Radicado: 13-001-33-33-012-2015-00457-01

Demandante: LUIS ALBERTO MOSQUEIA GÓMEZ Y OTROS

(2014)⁵, reiteró la postura de aplicar el régimen objetivo de responsabilidad en todos los eventos en los cuales el implicado, que ha sido privado de la libertad, finalmente es absuelto o se precluye la investigación a su favor, cuando en el proceso que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad, se determine que *i)* el hecho no existió, *ii)* el sindicado no lo cometió y/o *iii)* la conducta es atípica.

Es decir, se ha venido acogiendo (de no ser por la última posición de unificación que data del 15 de agosto del 2018) 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 o porque se le aplicó el principio de *in dubio pro reo* o alguna causal de justificación penal⁶, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia.

Esto implica 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 dieron los supuestos legales que determinan su desvinculación de la investigación penal, porque la absolución o la preclusión de la investigación obedeció a que el hecho no existió, a que el sindicado no lo cometió, o a que no era delito, o a la aplicación de la figura del *in dubio pro reo*, o a la configuración de alguna de las causas de justificación penal, se debe entender que se está frente a un daño imputable al Estado, por privación injusta de la libertad, el cual debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política.

También se ha precisado que no puede tenerse como exoneración de responsabilidad, en casos de privación de la libertad, 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

⁵ Proferida dentro del proceso con radicado número: 68001-23-31-000-2002-02548-01 (36149), actor: JOSE DELGADO SANGUINO Y OTROS. C.P: HERNAN ANDRADE RINCON (E).

⁶ Sin embargo, se encuentran sentencias como la del 9 de septiembre de 2015 (expediente 38.226), por medio de la cual la Subsección A de la Sección Tercera, al pronunciarse sobre la privación de la libertad de una persona que, posteriormente, fue absuelta con fundamento en que su actuación obedeció al estado de necesidad, negó las pretensiones por considerar configurada la causal eximente de responsabilidad del Estado, consistente en el hecho de la víctima.

Radicado: 13-001-33-33-012-2015-00457-01

Demandante: LUIS ALBERTO MOSQUEIA GÓMEZ Y OTROS

básicos consagrados en la Convención de Derechos Humanos y en la Constitución Política⁷.

Ahora bien, dicho paradigma cambia a partir de la sentencia de **unificación del 15 de agosto del 2018**, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸, por la cual se consideró el apartamiento de la anterior tesis jurisprudencial, pues se tuvo en cuenta que no sólo se venían produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino también en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminaba con una condena.

Y es que, se encontró fundamento para el cambio, en el entendido que bajo la línea anterior, bastaba con la privación de la libertad, y que el proceso penal no culminara con condena, cualquiera que fuera la razón, para que quien la padeciera se hiciera merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se hubiese ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de la privación fuera o no antijurídico, es decir, partiendo de que la misma *per se* es antijurídica y casi que sin reparar si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

En esa línea de pensamiento, el citado fallo prescribe:

“(…)

*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***

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2012 (expediente 24.688).

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Sentencia del quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

Radicado: 13-001-33-33-012-2015-00457-01

Demandante: LUIS ALBERTO MOSQUEIA GÓMEZ Y OTROS

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.

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

(...)"

En suma, lo anterior permite concluir entonces que se debe tener especial cuidado con la valoración del daño y sus elementos esenciales, pues en la hora de ahora será posible, incluso, como en algún estadio anterior de la jurisprudencia nacional, aceptar que pueden haber privaciones de la libertad ordenadas por las autoridades judiciales que aun cuando no finiquiten con una condena son legítimas, luego es posible sostener que el daño que se genera de las misas es jurídico, y no aparece *per se*, la obligación de indemnizar.

2.6. Caso concreto.

El caso concreto no resiste mayor análisis, por los límites que impuso la alzada, como quiera que no se cuestionan las conclusiones y valoraciones probatorias. Lisa y llanamente, se ha estructurado el cuestionamiento en un asunto de estricto derecho pues se reclama porque, al margen de los elementos facticos comprobados por el juez de primera instancia, por el hecho de haberse absuelto al actor en el proceso penal, venia sin más, la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado.

Es evidente pues que lo que persigue la censura es la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad que otrora tuvo lugar en nuestra jurisprudencia, y con base en el cual, no importaba la legalidad o ilegalidad de la medida que disponía la privación de la libertad, o de las conductas de las autoridades judiciales, sino que efectivamente se hubiese privado de la libertad y posteriormente no se terminara el proceso penal con una sentencia condenatoria.

Para resolver comiencese aclarando que (como bien se dejado sentado supra), dicho paradigma cambia a partir de la sentencia de **unificación del 15 de agosto del 2018**, proferida por la Sección Tercera del Consejo de

Radicado: 13-001-33-33-012-2015-00457-01

Demandante: LUIS ALBERTO MOSQUEIA GÓMEZ Y OTROS

Estado⁹, por la cual se consideró el apartamiento del aludido régimen objetivo, pues se tuvo en cuenta que no sólo se venían produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino también en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminaba con una condena.

Las razones del cambio jurisprudencial se debieron a que se encontró fundamento, en el entendido que bajo la línea anterior (la prohijada en la alzada), bastaba con la privación de la libertad, y que el proceso penal no culminara con condena, cualquiera que fuera la razón, para que quien la padeciera se hiciera merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se hubiese ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de la privación fuera o no antijurídico, es decir, partiendo de que la misma *per se* es antijurídica y casi que sin reparar si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

Ciertamente, bajo el alero de la nueva reconfiguración dogmática, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, y en ese entendimiento, se hace necesario – se itera – que el juez verifique *ab initio* (incluso de oficio), si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo¹⁰, y si con ello dio lugar a la apertura

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Sentencia del quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947)

¹⁰ Véase Código Civil:

"ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. 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.

del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Así pues, debe abandonarse el criterio objetivo de responsabilidad del Estado en escenarios de privación injusta de la libertad e indagar esencialmente por la falta de cumplimiento de los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una persona, **así como sobre la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño,**

Sin ambages debe concluirse que las razones del fallo se acomodan precisamente a lo que en la sentencia de unificación aludida se reclama por el Consejo de Estado y es por ello que para la Sala es menester confirmar la sentencia apelada, sin entrar a indagar si las pruebas confirman o no la eximente de responsabilidad declarada en primera instancia, dado que ello no fue objeto de cuestionamiento alguno.

2.7. Condena en costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A. adicionado por el art. 47 de la ley 2080 de 2021, procede la Sala a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos previstos en el Código General del Proceso.

En ese orden de ideas se tiene que el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., dispone que se condenará en costas a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso. No obstante, la Sala advierte que en este proceso no se encuentran probadas ni causadas las costas y, del comportamiento asumido por la parte demandante tampoco se deduce la procedencia de las mismas, por lo que no se impondrá condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III.- FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, por las razones expuestas.

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

Radicado: 13-001-33-33-012-2015-00457-01
Demandante: LUIS ALBERTO MOSQUEIA GÓMEZ Y OTROS

SEGUNDO: Sin condenas en Costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



DIGNA MARIA GUERRA PICON



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
(Ponente)



JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

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:

697673359eb3d3cbe83b311cb37cf4df291293a937c030d17d8a32f58fd69fed

Documento generado en 23/03/2021 09:29:15 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>