

Cartagena de Indias D. T. y C., catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-33-007-2017-00045-01
Demandante	CARLOS ALBERTO BORELLY MORIKAWA
Demandado	NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
TEMA	PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD/LEY 600 DE 2000
Magistrado Ponente	DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 2 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. PRETENSIONES¹.

La parte demandante solicitó, en concreto, que se declare administrativa y patrimonialmente responsables a la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, de los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la presunta privación injusta de la libertad de CARLOS ALBERTO BORELLY MORIKAWA. Dichos perjuicios los determinó de la siguiente manera:

¹ Fl. 6-11.

PRIMERO: PERJUICIOS MATERIALES

A. DAÑO EMERGENTE CONSOLIDADO: CIENTO VEINTE MILLONES DE PESOS (\$120.000.000) correspondiente al valor de los bienes y lo que dejó de percibir su empresa al momento de su captura.

B. DAÑO EMERGENTE NO CONSOLIDADO: Treinta y cinco por ciento (35%) correspondiente a los honorarios según contrato de prestación de servicios anexo a la demanda.

C. LUCRO CESANTE FUTURO: Por concepto de los negocios e ingresos que deben recibir a futuro y que no podrán mientras no se solucionen los perjuicios ocasionados.

D. LUCRO CESANTE PRESENTE: CIENTO CINCUENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$152.000.000) equivalente a DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000) que devengaba y que dejó de percibir durante el tiempo privado de su libertad.

SEGUNDO: PERJUICIOS INMATERIALES.

A. DAÑO MORAL: 100 S.M.L.M.V para CARLOS ALBERTO BORELLY MORIKAWA.

100 S.M.L.M.V para MARÍA DE LOS ÁNGELES RAMOS OTERO en su calidad de cónyuge.

50 S.M.L.M.V para LIMBANIA MARÍA MORIKAWA BALLESTAS madre de la víctima.

50 S.M.L.M.V para cada uno de los hijos de CARLOS ALBERTO BORELLY MORIKAWA.

3.1.2. HECHOS².

El día 4 de diciembre de 2007 fue capturado CARLOS ALBERTO BORELLY MORIKAWA en el Centro Comercial Getsemaní de Cartagena, por presuntamente haber participado en un hurto en el Barrio "El Laguito" Edificio Mirador del Laguito, en el cual se hurtó la suma de 3.000 dólares (USD) y \$200.000 pesos colombianos (COP).

Posteriormente, el día 5 de diciembre de 2007 se legalizó su captura, el 6 de diciembre de 2007 rindió indagatoria y, el día 7 de diciembre de 2007, la

² Fl. 4-6.

Fiscalía Seccional 19 de Cartagena lo envió a la cárcel por los delitos de “*extorsión y hurto calificado agravado*”.

La Fiscalía Seccional 19 de Cartagena, mediante auto de 13 de diciembre de 2007 procedió a definir su situación jurídica, imponiéndole detención preventiva sin beneficio de excarcelación.

El día 5 de enero de 2008, la Fiscalía Seccional 19 de Cartagena lo exoneró de toda responsabilidad por el delito de estafa, y avocó el conocimiento del caso el Fiscal Local 37 de Cartagena.

El día 16 de abril de 2008 se sustituyó la medida de aseguramiento de detención preventiva por detención domiciliaria.

El día 12 de junio de 2008 se le concedió la libertad provisional, mediante auto expedido por la Fiscalía Local 37 de Cartagena, pero solo hasta 9 de abril de 2014 la Fiscalía Local 2 reconoce el error y subsanó los errores y se le concedió la libertad provisional.

El día 10 de abril de 2015 se resolvió preclusión, ya que la Fiscalía Local 2 no consiguió motivos ni pruebas para llevarlo a juicio.

Estuvo retenido por más de 6 años sin justa causa, dejando de producir, sin mantener a su familia, lo cual conllevó a la quiebra su negocio familiar, y los daños morales que se le causó a él y su familia.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN³

La Fiscalía General de la Nación se opuso a cada uno de los hechos y pretensiones de la demanda.

Manifestó que no puede estructurarse una falla del servicio y, por ende, una responsabilidad patrimonial en cabeza de la Fiscalía, toda vez que la investigación en contra de Carlos Alberto Borelly Morikawa se fundamentó en las pruebas legalmente obtenidas, las cuales fueron puestas a disposición del Fiscal de conocimiento.

Precisó que en virtud de la Ley 600 de 2000, vigente para la época de los hechos, establecía como requisito para la imposición de una medida de

³ FL. 111-126.

aseguramiento, la existencia de por lo menos dos indicios graves de responsabilidad. Por ende, su imposición obedeció a un análisis y apreciación del material probatorio, en el que, si bien no se ofrecía certeza sobre la responsabilidad del investigado, sí hacía imperiosa su vinculación en los términos en que se ordenó.

Añadió, además, que por la falta de prueba que condujera a la certeza absoluta de la conducta punible y la responsabilidad de CARLOS ALBERTO BORELLY MORIKAWA el Juez decidió precluir la investigación en aplicación del principio "*in dubio pro reo*".

A su vez, formuló las excepciones de mérito que denominó: "(i) ausencia de falla en la prestación del servicio de la administración de justicia; (ii) detención legítima del demandante y ausencia de error judicial.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.⁴

El A-quo mediante sentencia de fecha 02 de mayo de 2018 negó las pretensiones de la demanda.

Consideró, que no se le ocasionó un daño antijurídico al demandante con ocasión a la privación de su libertad por los hechos acontecidos el 4 de diciembre de 2007 por los delitos de extorsión y hurto calificado agravado. Ello, en razón a que del certificado expedido por el Instituto Nacional Penitenciario se acreditó que el demandante en vigencia de la Ley 906 de 2004 estuvo privado de la libertad por los delitos de "concierto para delinquir y acceso abusivo a un sistema informático".

En ese sentido, explicó el A-quo que el demandante no cumplió con la carga de probar el daño antijurídico que se le causó, teniendo en cuenta que la privación de la libertad se originó por los delitos de extorsión y hurto calificado agravado en vigencia de la Ley 600 de 2000, contrario al certificado expedido por el Instituto Nacional Penitenciario.

Añadió que Carlos Alberto Borelly Morikawa infringió el deber de cuidado que ocasionó la medida de aseguramiento impuesta, pues al momento de su captura tenía bajo su tenencia el vehículo que se utilizó para realizar el ilícito y, además, no explicó las razones de los dólares que tenía en ese momento.

Asimismo, precisó que, aunque su conducta no alcanzó a tener una connotación frente a la responsabilidad penal, sí se presentaron

⁴ Fl. 151-155.

comportamientos que condujeron a que se le investigara y se dictara medida de aseguramiento en su contra. Además, que la preclusión de la investigación recayó en la omisión probatoria del ente investigador.

Por lo anterior, negó las pretensiones de la demanda ante la ausencia de imputabilidad del daño a la entidad demandada.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN

3.4.1. CARLOS ALBERTO BORELLY MORIKAWA⁵

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia.

Manifestó que el A-quo no le dio valor probatorio a las copias de las providencias del proceso penal que se aportaron al expediente, que dan fe de que sí estuvo privado de su libertad injustamente, en virtud del artículo 246 del Código General del Proceso.

Reprocha que desestimara los testimonios de Olga Cure Gómez y Álvaro Mendoza, olvidando los daños morales y materiales que tuvo que padecer.

Además, que fue absuelto a través de resolución que hace tránsito a cosa juzgada, olvidando el principio de "*non bis in ídem*".

Por lo anterior, pretende que se revoque la sentencia de primera instancia y se condene a la parte demandada.

3.5. TRÁMITE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 13 de febrero de 2019 (fl. 178), se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante Carlos Alberto Borelly Morikawa.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

La Fiscalía General de la Nación (fl. 182-196) reiteró que no se configuran supuestos que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad en su contra.

Indicó que la Fiscalía no puede desde un principio definir sobre la responsabilidad penal del investigado, es el Juez quien le corresponde integrar todo el material probatorio y decidir. Teniendo en cuenta que se

⁵ Fl. 162-165.

profirió sentencia absolutoria por falta de pruebas y no por total inocencia de los implicados.

La Fiscalía cumplió con los deberes que le imponen la Constitución y la Ley, así la medida de aseguramiento de detención preventiva de CARLOS ALBERTO BORELLY MORIKAWA estuvo fundamentada en elementos materiales probatorios allegados a la investigación, los cuales satisfacían los requisitos exigidos por la ley penal vigente para la época de los hechos.

Precisó que la decisión adoptada en favor de CARLOS ALBERTO BORELLY MORIKAWA bajo el principio de “*in dubio pro reo*” no significa que no se hubiera tenido certeza sobre su inocencia, sino porque existió duda sobre su responsabilidad.

La parte demandante CARLOS ALBERTO BORELLY MORIKAWA (fl. 197-202) ratificó su teoría de que erró el A-quo, al no valorar las pruebas aportadas al expediente que dan cuenta que sí fue privado de su libertad injustamente.

Sobre el certificado del Instituto Nacional Penitenciario, manifestó que éste genera dudas, toda vez que a la fecha se encontraba en detención domiciliaria, y si hubiese cometido otro delito le hubiesen revocado la medida.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

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

V.- CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

5.2. CUESTIÓN PREVIA.

En la actualidad, el Despacho tiene a su conocimiento procesos que entraron para proferir fallo definitivo con anterioridad al presente asunto, situación que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, exigiría su decisión en el orden cronológico en que pasaron los expedientes al Despacho.

No obstante, la Ley 1285 de 2009, en el artículo 16, permite decidir, sin sujeción al orden cronológico de turno, los procesos en relación con los cuales su decisión definitiva *“entrañe sólo la reiteración de la jurisprudencia”*.

En el presente caso, el objeto de debate se refiere a los perjuicios reclamados por privación injusta de la libertad, tema respecto del cual la Sección Tercera del Consejo de Estado e incluso la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en muchas ocasiones, en las cuales ha fijado una jurisprudencia consolidada y reiterada, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 1285, se procede a resolver el presente asunto de manera anticipada.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO

En esta instancia procesal corresponde determinar los siguientes planteamientos:

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

Para resolver el anterior planteamiento, se deberá verificar si surge la obligación de responder por los daños irrogados a los demandantes como consecuencia de la privación de la libertad que soportó el señor Carlos Borelly Morikawa.

Para determinar la antijuridicidad del daño, se analizará si la medida resultó proporcional y ajustada a las normas procesales penales vigentes en ese momento. También, debe determinar si la víctima con su actuación dio lugar a la actuación penal.

5.4. TESIS

La Sala considera que se debe confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

A pesar de que se precluyó la investigación contra el demandante, en lo que corresponde a la responsabilidad civil extracontractual que se pretende imputar, se estima en primer lugar que no se evidencia un vicio de ilegalidad en la decisión que adoptó la Fiscalía en torno a la definición de la situación jurídica del investigado, y posterior imposición de la medida de aseguramiento. Por consiguiente, se sostendrá que la restricción que debió soportar el señor Carlos Borelly no tiene el carácter de injusta, razón por la que no se configura el daño antijurídico alegado.

5.5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.5.1. La responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad.

En desarrollo del Artículo 90 de la Constitución Política, la Ley 270 de 1996 señaló que el Estado respondería por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales⁶; uno de los supuestos desarrollados por la disposición fue la privación injusta de la libertad, respecto de la cual desarrolló que, quien haya sido privado injustamente de la libertad, podrá demandar al Estado la reparación de perjuicios⁷.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-037 de 1996 estudió la constitucionalidad de la Ley 270 de 1996, y respecto del artículo 68, señaló:

“el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal

⁶ Ley 270 de 1996. Artículo 65.

⁷ Ibídem. Artículo 68.

a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.”⁸

Con base en la interpretación de la Corte Constitucional y, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal de la época⁹, la tendencia jurisprudencial se encaminó a declarar la responsabilidad del Estado por régimen objetivo, en 3 supuestos: 1). Que la conducta no existió; 2). Que el sindicado no la cometió; o 3). Que el hecho no era punible. En los demás casos debía acreditarse una falla en el servicio si se pretendía la declaratoria de responsabilidad del Estado y el consecuente restablecimiento del derecho.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante Sentencia de 4 de diciembre de 2006, modificó su jurisprudencia en el sentido de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de una persona que, a la postre, se le exoneró de responsabilidad penal por aplicación del principio *in dubio pro reo*, por un título objetivo, ello porque después de un ejercicio de ponderación, prevalecía el derecho fundamental a la libertad de la persona, sobre el interés general concretado en la eficaz, pronta y cumplida Administración de Justicia¹⁰.

El 17 de octubre de 2013, la Sección Tercera unificó su jurisprudencia en el sentido de fijar las siguientes reglas para el análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado por Privación injusta de la libertad; 1) Es posible estudiar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en supuestos diferentes a los del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991; 2). El artículo 68 de la Ley 270 de 1996 no puede constituir un instrumento de interpretación restrictiva de la responsabilidad patrimonial del Estado (Artículo 90 C.N.); 3). Por regla general, el régimen de imputación en los supuestos de privación injusta de la libertad, incluso en aplicación del principio *in dubio pro-reo*, es objetivo por daño especial, sin que ello sea óbice para que, en los eventos en que así lo amerite, se estudie por falla en

⁸ Corte Constitucional

⁹ Decreto 2700 de 1991. “ARTICULO 414. INDEMNIZACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.” (Subraya fuera de texto).

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 4 de diciembre de 2006. Rad: 25000-23-26-000-1994-09817-01(13168).

el servicio; 4). En todo caso, sea cual sea el régimen de imputación, debe verificarse la existencia de causales eximentes de responsabilidad, no limitándose el estudio a la culpa de la víctima¹¹.

Mediante nueva sentencia de unificación de 5 de julio de 2018¹², la Corte Constitucional precisó que el artículo 90 de la Constitución Política y el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, no establecen un título específico de imputación; por el contrario, prevé la posibilidad para el juez, de adecuar la situación específica al título pertinente.

No obstante, la Corte Constitucional recordó que la falla en el servicio es el título de imputación preferente, y que los títulos de responsabilidad objetiva son residuales, reservados para los casos en que el régimen subjetivo es insuficiente para resolver la situación determinada. Indicó también que, la determinación de injusta de la privación de la libertad implica definir si la providencia por medio de la cual se restringió la libertad de la persona se enmarcó en los presupuestos de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad.

Fue clara la Corte Constitucional en señalar que, sin importar el régimen de responsabilidad estatal que se utilice, debe valorarse la conducta de la víctima, pues esta tiene la virtualidad de definir la responsabilidad o no del Estado.

Este mismo supuesto de responsabilidad también fue abordado por el Consejo de Estado. La tendencia actual fue fijada mediante sentencia de 15 de agosto de 2018¹³, en la cual, la Sección Tercera se apartó de la tesis que había fijado desde 2013¹⁴, por considerar que, en aquella bastaba que existiera una privación de la libertad y que el proceso no terminara con condena, para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, sin importar que la medida de aseguramiento se hubiera ajustado a derecho; es decir, no se estudiaba la antijuridicidad del daño y no se verificaba si fue la misma conducta del investigado la que llevó a la imposición de dicha carga.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 17 de octubre de 2013. Rad: 52001-23-31-000-1996-07459-01 (23354).

¹² Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2018. Exp. 46.947.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 17 de octubre de 2013. Exp. 23.354.

Para unificar su criterio en 2018, la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró importante hacer un análisis, incluso de oficio, acerca de la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño, análisis consistente en corroborar si, a la luz de los artículos 63 del Código Civil y 70 de la Ley 270 de 1996, el actuar de la víctima dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento, toda vez que, de acreditarse tal situación, procedería la exoneración de responsabilidad patrimonial del Estado.

En virtud de lo anterior, la Sala Plena de la Sección Tercera unificó la jurisprudencia en el sentido que, en cualquiera de los supuestos de privación de la libertad, esto es, 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 investigado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, se deberá analizar la antijuridicidad del daño a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, además de verificar, incluso de oficio, si el privado de la libertad actuó, desde la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, dando lugar a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Adicionalmente, refiere la actual jurisprudencia que el juez debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño; entonces da libertad al juez para encausar el análisis jurídico bajo el título de imputación que considere pertinente, siempre que se especifiquen las razones que le llevaron a adoptar tal determinación.

Acorde con lo anterior, es dable concluir que, tanto la Corte Constitucional como la Sección Tercera del Consejo de Estado coinciden en que, en el caso de privación injusta de la libertad, no se privilegia un régimen único de responsabilidad; sin embargo, cualquiera que se adopte, objetivo o subjetivo, debe efectuar un análisis respecto de, si la medida fue legal, proporcionada y razonable. Aunado a ello, se debe verificar la antijuridicidad del daño, si el investigado dio lugar a la medida privativa de la libertad con su actuar doloso o gravemente culposos. Adicionalmente, se impuso la obligación de identificar la autoridad llamada a reparar el daño.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados

5.5.1.1. Consta informe de Policía Judicial de fecha 4 de diciembre de 2007, en razón de la denuncia que por hurto presentó el señor Cassierier Martin Bruce de nacionalidad estadounidense. En dicho documento, se mencionó al señor Carlos Alberto Borelly Morikawa, como una de las personas que, al practicársele una requisita, se le encontró en el bolsillo de su pantalón, un celular marca Siemens color gris, 125 dólares en denominaciones de 100, 20 y 5, noventa mil pesos y una llave de un carro con las mismas características del involucrado en el hurto en la residencia del señor Marín Bruce (fl. 15-17).

5.5.1.2 Consta la denuncia penal No. 4018 del 4 de diciembre de 2007, presentada por el señor Cassierier Martin Bruce, en la cual reportó el hurto de unos dólares en su residencia (fl. 18-20).

5.5.1.3 El 5 de diciembre de 2007, se vinculó mediante indagatoria a los señores Liliana Gil Monterrosa, Francisco Javier Julio de las Aguas, Carlos Alberto Borelly Morikawa y Carlos Anillo Cañate, por la presunta comisión de los delitos de extorsión, hurto calificado agravado y simulación de investidura o cargo (fl. 21-23)

5.5.1.4 Por medio de la Resolución del 13 de diciembre de 2007, la Fiscalía Seccional Diecinueve, le impuso medida de aseguramiento al señor Carlos Alberto Borelly Morikawa, por la presunta comisión de los delitos de hurto calificado agravado en concurso con estafa. La Fiscalía cuestionó la actuación del señor Borelly Morikawa, aduciendo que no era creíble que una persona prestara su carro a un sujeto que solo distingue por el nombre.

Indicó que la descripción dada por el vigilante del edificio donde se cometió el hurto, concuerda con lo consignado en el informe policivo, de que al interior del carro existía una cuarta persona y que el vehículo fue parqueado en el Centro Comercial Getsemaní, por una pareja que coincide con las descripciones del señor Borelly Morikawa y la señora Liliana Margarita Gil Monterrosa.

También se le cuestionó que acudiera inmediatamente a defender al señor Julio de las Aguas, cuando se supone que no lo conocía lo suficiente, para

asegurar que dicha persona no había cometido el delito del que se le acusaba (fl. 27-35).

5.5.1.5 Por medio de la Resolución del 25 de febrero de 2008, la Fiscalía negó el recurso de reposición que se interpuso contra la medida de aseguramiento dictada contra el señor Carlos Borelly (fl. 48-53).

5.5.1.6 Mediante providencia del 11 de abril de 2008, la Fiscalía sustituyó la medida de aseguramiento intramural impuesta al señor Carlos Borelly por detención domiciliaria (fl. 61-66).

5.5.1.7 Mediante providencia de fecha 12 de junio de 2008, la Fiscalía le concedió la libertad provisional al señor Carlos Borelly (fl. 67-69).

5.5.1.8 Por medio de la Resolución de fecha 27 de marzo de 2015, la Fiscalía precluyó la investigación contra el señor Carlos Borelly Morikawa, al no demostrarse la tipicidad de la conducta (fl. 86-97).

5.5.1.9 Consta certificación del INPEC, en la que se indica, conforme la base de datos de SISIPEC WEB, que el señor Carlos Alberto Borelly Morikawa, tuvo la calidad de indiciado desde el día 6 de agosto de 2009 por concierto para delinquir y acceso abusivo a un sistema informático, siendo dado en baja por preclusión el día 17 de marzo de 2017 (fl. 145).

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Conforme el argumento que plantea la parte demandante en el recurso de apelación se procederá a verificar si en el caso concreto están acreditados los presupuestos que permitan determinar la responsabilidad que se le imputó a la Nación-Fiscalía General de la Nación.

5.5.2.1 El daño

El daño entendido como toda lesión a los intereses lícitos de una persona, en el presente caso, se configura con la restricción de la libertad que se decretó en contra del señor Carlos Alberto Borelly Morikawa. Si bien es cierto que la certificación que expidió el INPEC, no corresponde a la investigación penal por la que fue detenido, lo cierto es que conforme las providencias que constan en el plenario, es dable concluir que el demandante estuvo privado de la libertad desde el 13 de diciembre de

2007 hasta el 12 de junio de 2008, fecha en que la Fiscalía ordenó la libertad provisional.

5.5.2.2 La imputación

Determinada la existencia del primer elemento de responsabilidad, como es el daño, procede la Sala a abordar el estudio de la imputación, entendida como la atribución jurídica o material de un daño causado por uno o varios hechos dañinos atribuidos a una o varias personas que deben en principio repararlo.

Antes de abordar el análisis de los fundamentos que permitan adoptar una decisión de fondo, es necesario precisar que la privación injusta de libertad como presupuesto de responsabilidad del Estado, no privilegia un régimen de imputación. Por lo tanto, conforme a las particularidades del caso y la decisión adoptada en el proceso penal, la jurisprudencia actual tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, pregonan que para predicar la responsabilidad por privación injusta de la libertad no se privilegia un régimen objetivo, sino que, de acuerdo a las particularidades del caso, es necesario evaluar la legalidad de la medida de aseguramiento dictada, como actuación que conlleva a la restricción de la libertad. Además, se debe analizar si la actuación de la víctima dio lugar a la medida restrictiva que se le imputa.

La anterior apreciación se hace, en razón de que la parte demandante construyó la teoría de su caso, bajo el hilo de la responsabilidad objetiva, determinando que la Fiscalía General de la Nación debe responder por el daño antijurídico causado debido a la preclusión de la investigación penal por la que fue privado de la libertad. Es decir, considera que se debe presumir la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación.

Contrario a lo esbozado por la parte actora, en esta oportunidad, se analizará la responsabilidad de la entidad, bajo la égida de la falla del servicio, para ello, se determinará si la medida de detención impuesta sobre el señor Borelly Morikawa se ajustó a los presupuestos establecidos en los artículos pertinentes del Código de Procedimiento Penal vigente al momento en que se inició la investigación por los delitos de hurto calificado agravado y estafa.

Los artículos 355 a 357 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, –norma aplicable para la época de los hechos–, regulan lo concerniente a la finalidad, requisitos y procedencia de aquella y, en su orden, disponían:

“ARTICULO 355. FINES. *La imposición de la medida de aseguramiento procederá para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.*

“ARTICULO 356. REQUISITOS. *Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.*

“Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

“No procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad.

“ARTICULO 357. PROCEDENCIA. *La medida de aseguramiento procede en los siguientes eventos:*

“1. Cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años (...)” (se destaca).

Para la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁵ el indicio es una prueba indirecta, construida con base en un hecho (indicador o indicante) acreditado con otros medios de persuasión autorizados por la ley, del cual razonadamente, según los postulados de la sana crítica, se infiere la existencia de otro hecho (indicado), hasta ahora desconocido y que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre la materialidad de la conducta típica o la responsabilidad el sujeto agente, para confirmar o infirmar cualquiera de esas categorías.

En el presente caso, los hechos materia de investigación se dieron como consecuencia de la denuncia que presentó el señor Cassierier Martin Bruce

¹⁵ CSJ. SP, 3 dic. 2009, rad. 28267.

de nacionalidad estadounidense, debido al presunto hurto de unos dólares que se presentó en su residencia.

Como consecuencia de esta denuncia, y de acuerdo con las investigaciones y entrevistas realizada por la Policía Nacional, se logró la captura de los supuestos autores del hurto. Entre esas personas, resultó capturada el señor Carlos Borelly Morikawa, a quien se le halló en su poder las llaves de un vehículo que, según lo determinado por testigos, fue el medio en que se transportaron los presuntos delincuentes. Además, fue encontrado con varios dólares junto con una mujer que presuntamente estaba vinculada en dicho ilícito.

Está demostrado que la Fiscalía mediante la Resolución del 13 de diciembre de 2007, le impuso medida de aseguramiento al señor Carlos Alberto Borelly Morikawa, por la presunta comisión de los delitos de hurto calificado y agravado en concurso con estafa.

La decisión que adoptó la Fiscalía se fundamentó, primero, en que fue encontrado con objetos relacionados en el supuesto hurto cometido en la residencia del señor Cassierier Martin Bruce. Se precisó que el señor Borelly Morikawa fue encontrado en el parqueadero de un centro comercial, con la llave del carro relacionado en el hurto. Además, de los dólares que tenía en los bolsillos de su pantalón.

Además, le reprochó la Fiscalía el hecho de que le prestara su vehículo a una persona que no conocía y que concurriera a defenderlo, pese a que no eran amigos. Indicó que la descripción dada por el vigilante del edificio donde se cometió el hurto concuerda con lo consignado en el informe policivo, de que al interior del carro existía una cuarta persona y que el vehículo fue parqueado en el Centro Comercial Getsemaní, por una pareja que coincide con las descripciones del señor Borelly Morikawa y la señora Liliana Margarita Gil Monterroza.

Conforme la exigencia del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, consistente en la existencia de dos indicios graves, considera que tales presupuestos se cumplieron, dado que, en ese momento procesal, además de ser sorprendido el señor Borelly con el dinero presuntamente hurtado y de tener relación con el vehículo involucrado, para el órgano instructor eran discordantes las razones que el investigado esbozaba en torno a su relación con los demás capturados.

Conforme lo expuesto, se estima que la medida restrictiva de la libertad que la Fiscalía decretó en contra del señor Borelly Morikawa, no resultó ilegal, ni desproporcional a los fundamentos fácticos que le sirvieron de sustento.

Observa la Sala que también se cumplía el presupuesto o exigencia establecida en el artículo 357 de la Ley 600 de 2000 en cuanto al monto de la pena, puesto que, el delito que se le endilgaba al señor Borelly Morikawa, comprendía una pena mayor a los cuatro años.

Ahora bien, sin desconocer que en años posteriores la Fiscalía precluyó la investigación contra el demandante, en lo que corresponde a la responsabilidad administrativa que se pretende imputar, se estima, en primer lugar, que no se evidencia un vicio de ilegalidad en la decisión que adoptó la Fiscalía, en torno a la situación jurídica del investigado. Y, en segundo lugar, se tiene el pleno convencimiento de que la restricción de la libertad que recayó en el señor Carlos Borelly no fue una carga desproporcional ni arbitraria.

Al respecto, resulta pertinente aclarar que el principio de presunción de inocencia prevalece cuando en el trámite del proceso penal se encuentran motivos para absolver al procesado, o se precluye la investigación. Pero no por ello, el juez de lo contencioso administrativo puede concluir que, como consecuencia de la referida decisión absoluta o preclusiva, se desvirtúan los elementos de juicio que dieron lugar a la solicitud de medida de aseguramiento; o que la limitación a la libertad, per se, tiene la connotación de injusta, pues el examen de responsabilidad administrativa del Estado se sustenta en presupuestos diferentes al del juicio penal¹⁶.

Dicho en otras palabras, en el presente caso no se está desconociendo la presunción de inocencia del señor Borelly Morikawa. Sin embargo, para efectos de determinar la responsabilidad extracontractual de la Fiscalía General de la Nación, no basta con acreditar la preclusión, sino que también se debe demostrar o probar que la decisión que le impuso la medida de aseguramiento fue contraria a los postulados establecidos en la Ley 600 de 2000 y, eso es lo que no se evidencia en el caso bajo estudio, porque como se advirtió en párrafos anteriores, la definición de la situación jurídica del accionante, estaba sustentada en serios indicios que

¹⁶ Numeral 4.3. "El principio de presunción de inocencia". Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018. Expediente No. 46947

demostraban su participación en el ilícito endilgado.

En este orden de ideas, resulta procedente confirmar la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda, toda vez que, la medida de aseguramiento dictada por la Fiscalía se ajustó a los parámetros establecidos en la Ley 600 de 2000.

5.7. Costas en segunda instancia.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que, *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

Con fundamento en la integración normativa que dispone el citado artículo 188 del CPACA, es posible aplicar lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, que dispone en el numeral 1º que se condenará en costas, a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.

En cumplimiento de los citados artículos, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante.

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

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, conforme las razones expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-33-007-2017-00045-01
Demandante	CARLOS ALBERTO BORELLY MORIKAWA
Demandado	NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Magistrado Ponente	DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN