

Cartagena de Indias D. T. y C, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control:	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado:	13-001-33-33-002-2014-00429-01
Demandante:	OLGA REGINA MELENDEZ ROMERO Y OTROS
Demandado:	NACIÓN – RAMA JUDICIAL Y OTROS
Magistrada Ponente:	MARCELA DE JESÚS LOPEZ ALVAREZ
Tema:	PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Fiscalía General de la Nación) contra la sentencia proferida el seis (06) de abril del dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

1.1.1. 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 fueron objeto las demandantes OLGA REGINA MELENDEZ ROMERO y GLORIA EDITH MERCADO MORELO.

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

1.1.2. Hechos.

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

13-001-33-33-002-2014-00429-01

- El 25 de abril del 2005, miembros de la Policía Nacional capturaron a OLGA MELENDEZ ROMERO, IVAN ANTONIO FRANCO MELENDEZ, TOMAS ARZUZA MELENDEZ, GLORIA MERCADO MORELOS y MIGUEL ANGEL FRANCO MELENDEZ, por el supuesto hurto de dos motocicletas ocurrido la noche anterior y en razón la información que llevó a que fueran halladas en dos inmuebles del Barrio La María, Sector Los Corales de la Ciudad de Cartagena.
- Tal y como reposa en el acta del 25 de abril del 2005, la captura fue legalizada por la Fiscalía 7° Seccional por el presunto delito de receptación.
- La Fiscalía Quinta Seccional, con fundamento en el artículo 331 de la ley 600 del 2000, mediante auto del 26 de abril del 2005, abrió la investigación penal por el delito de receptación, vinculando mediante indagatoria a las actoras.
- Mediante resolución del 4 de mayo del 2005, la Fiscalía Seccional Quinta resolvió la situación jurídica imponiendo medida de aseguramiento de detención preventiva a OLGA MELENDEZ ROMERO y GLORIA MERCADO MORELOS en calidad de cómplices y a MIGUEL ANGEL FRANCO MELENDEZ en calidad e autor.
- Mediante auto del 10 de mayo del 2005, se concedió en favor OLGA MELENDEZ ROMERO y GLORIA MERCADO MORELOS, la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la detención domiciliaria.
- A través de resolución interlocutoria de 01 de agosto del 2005, la Fiscalía 5 seccional de Cartagena calificó el mérito del sumario profiriendo resolución de acusación contra OLGA MELENDEZ ROMERO y GLORIA MERCADO MORELOS.
- El 17 de marzo del 2009, ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena, el procesado MIGUEL ANGEL FRANCO MELENDEZ decidió acogerse a sentencia anticipada y aceptó los cargos manifestando que OLGA MELENDEZ ROMERO y GLORIA MERCADO MORELOS no tenían nada que ver con los hechos. Se profirió fallo en su contra el 6 de agosto del 2009.
- El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena, mediante auto adiado el 16 de diciembre del 2009, concedió el beneficio de la libertad provisional a las procesadas OLGA MELENDEZ ROMERO y GLORIA

MERCADO MORELOS, el cual quedó ejecutoriado el 20 de enero del 2010, fecha en la cual recobraron su derecho a la libertad.

- El 22 de febrero del 2011, ante el Juez Tercero Penal del Circuito de Cartagena, la Fiscalía Seccional 17 de Cartagena en sus alegaos de conclusión solicitó la absolución de OLGA MELENDEZ ROMERO y GLORIA MERCADO MORELOS por no contar con elementos suficientes para sustentar la acusación.

- Mediante fallo del 26 de abril del 2012, profirió sentencia absolutoria en favor de OLGA MELENDEZ ROMERO y GLORIA MERCADO MORELOS.

- OLGA MELENDEZ ROMERO y GLORIA MERCADO MORELOS desde el momento en que fueron capturadas, esto es, 25 de abril del 2005 y hasta el 20 de enero del 2010, fecha de ejecutoria del auto que concede la libertad provisional, se mantuvieron privadas injustamente de la libertad en virtud de una detención preventiva por espacio de 1732 días, para luego ser absueltas mediante providencia definitiva, lo que constituye un daño antijurídico que los actores no están en la obligación de soportar.

1.2. Contestación.

1.2.1. Rama Judicial.

Se opuso a las súplicas de la demanda.

Argumentó, respecto a los hechos, que en ellos se ven implicados funcionarios pertenecientes a la Fiscalía General de la Nación y no se menciona intervención de la Rama Judicial como generadores de los hechos que ocasionaron los daños y perjuicios reclamados.

Arguye que la privación de la libertad de que fue objeto OLGA MELENDEZ ROMERO y GLORIA MERCADO MORELOS desde la resolución que definió su situación jurídica, fue el resultado del ejercicio de la facultad exclusiva y excluyente de la Fiscalía General de la Nación, cuyo levantamiento requería que, se verificara y se surtiera plenamente la etapa del juicio, único procedimiento que permite a los jueces, de conformidad con las ritualidades establecidas por la ley como garantía del debido proceso, decidir si la Fiscalía General de la Nación desvirtuó la presunción de inocencia y dictar en consecuencia sentencia absolutoria como sucedió en el caso concreto.

Asegura que del estudio de los documentos allegados se deduce que la decisión del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena de absolver a OLGA MELENDEZ y GLORIA MERCADO MORELOS, se tomó en

cumplimiento de las normas constitucionales y legales, tanto sustantivas como procedimentales aplicables para la época, para lo cual el juez valoró las pruebas recaudadas en el juicio.

Es por ello que – sostiene – los jueces de la república no dispusieron la privación de la libertad de las convocantes, dado que ella se dio bajo el alero de la ley 600 del 2000, compitiéndole en forma exclusiva a la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual se presenta “falta de legitimación en la causa por pasiva”.

1.2.2. Fiscalía General de la Nación.

Se opuso a las pretensiones de la demanda.

Argumenta que la parte demandante no argumentó ni probó el título de imputación por error judicial, y en gracia de discusión, tampoco el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por lo cual hay lugar a relevar de la presunta responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación.

Precisó que adelantó la instrucción dentro del procedimiento señalado para investigar la posible comisión de un hecho punible, agotando todas las etapas procesales, garantizando el debido proceso y otorgando a las partes intervinientes todas las garantías procesales tanto al denunciante como a los presuntos responsables.

Aseguró que los fiscales de conocimiento fueron diligentes en su actuar, investigando tanto lo favorable como lo desfavorable a los procesados, existiendo suficiente impulso procesal, pues se tomaron las decisiones que correspondían y nunca fue dilatado o demorado el proceso por la fiscalía.

1.3. Sentencia de primera instancia.

La sentencia apelada accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, y condenándola al pago de perjuicios morales en la suma de 85 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandados.

La decisión se sustentó en la siguiente tesis (se transcribe):

“...el despacho considera que la privación de la libertad de la que fueron sujeto las demandantes debe catalogarse como injusta, y reúne los presupuestos para declarar en este caso la responsabilidad imputada a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.”

Aplicó al caso concreto el régimen de responsabilidad objetivo en el entendimiento que, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta porque, el hecho no existió, el sindicato no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible, sumando a ello el evento de la absolución, se configura la detención injusta y hay mérito para el resarcimiento.

1.4. La apelación.

La Fiscalía General de la Nación resiste el fallo de primera instancia con base en los siguientes argumentos:

- Dentro del texto de la demanda no se aprecia un extremo de particular importancia para que se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda, cual es una falta o falla del servicio de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio imputable a la Fiscalía General de la Nación.
- La medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta a las señoras OLGA REGINA MELENDEZ ROMERO y GLORIA EDITH MERCADO MORELO por el delito de receptación, obedeció a razones jurídicamente entendibles en ese momento determinado, a una decisión que para la época de su expedición se ajustaba a las exigencias sustanciales y formales de la ley.
- La detención preventiva se basó en pruebas que satisfacían los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Penal, los informes policivos y las declaraciones.
- Si bien se determinó la libertad ello por sí solo no significa que la medida de aseguramiento fuera ilegal o carente de los requisitos para su adopción, lo que reafirma que se dio aplicación correcta a los establecido en el artículo 356 del CPP, el cual requería la presencia de dos indicios graves y estos estaban más que presentes en el proceso penal.
- Para proferir la medida de aseguramiento no es necesario que existan pruebas que conduzcan a la certeza sobre la responsabilidad penal, pues el grado de convicción solo es necesario para proferir sentencia condenatoria.
- La detención domiciliaria en el caso de marras no puede catalogarse de injusta porque estuvo fundada en pruebas serias que fueron legalmente aportadas a la investigación, y con ella no se vulneró ningún derecho

fundamental, ajustándose la providencia que la determinó a las exigencia tanto de forma como de fondo que prevé la ley penal.

Además cuestionó la condena en perjuicios morales y el lucro cesante despachados.

1.5. 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 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:

¿Si debe recovarse la sentencia apelada en tanto no se acreditaron los elementos de la responsabilidad por privación injusta?

Se analizara si impera en el caso concreto la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad tal y como lo entendió el *a quo* o si es del caso la revocatoria de la sentencia apelada.

2.4. Tesis.

Se sostendrá que no hay lugar a aplicar el régimen objetivo de responsabilidad, en tanto, emerge acreditada la conducta de las víctimas

como determinante de la privación de la libertad, por ello se abre paso la REVOCATORIA 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 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

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.

primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática. Por consiguiente, mal puede afirmarse que experimentar la pérdida de un ingrediente fundamental para la realización de todo proyecto de vida, pueda considerarse como una carga pública normal, inherente al hecho de vivir dentro de una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario. Si se quiere ser coherente con el postulado de acuerdo con el cual, en un Estado Social y Democrático de Derecho la persona —junto con todo lo que a ella es inherente— ocupa un lugar central, es la razón de la existencia de aquél y a su servicio se hallan todas las instituciones que se integran en el aparato estatal, carece de asidero jurídico sostener que los individuos deban soportar toda suerte de sacrificios, sin compensación alguna, por la única razón de que resultan necesarios para posibilitar el adecuado ejercicio de sus funciones por las autoridades públicas.

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

(...)

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

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

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.

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, operaba (hasta hace algún tiempo) 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 (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 había 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.

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

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.

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 había 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 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

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)

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 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 mismas es jurídico, y no aparece *per se*, la obligación de indemnizar.

2.6. Caso concreto.

Es evidente que lo que se definió en primera instancia fue 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 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 por el *a quo*), 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 dolo, y si con ello dio lugar a la apertura 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

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)

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.

Como bien se expone en el fallo unificador, hora no basta con acreditar simplemente la existencia de la privación de la libertad y la ausencia de una condena, pues de ser así, se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aun de mala fe, que su detención fue injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.

En esa línea de comprensión – aduce el citado fallo – con el ánimo de rescatar las bases de la cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado, fuerza exigir la demostración de que el daño (la detención) cuya reparación se persigue resultó antijurídico, consultando entre otros criterios, los estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal. De así acreditarse, se entenderá configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, esto es, de no lograrse tal demostración, se está frente a un daño jurídicamente permitido y, por tanto, desprovisto de antijuridicidad.

En el expediente obra el siguiente material probatorio, con el que la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

Las dos demandantes, es decir, las que se reputan víctimas directas en este contencioso de reparación, fueron aprehendidas por la Policía Nacional el 25 de abril del año 2005, según el informe de captura levantado por la Policía Nacional (fls. 30 a 31 del cuaderno principal No. 1), con ocasión de los siguientes hechos:

“(.....)

Por medio de la presente, me permito dejar a disposición de mi Capitán, a los particulares OLGA MELENDEZ ROMERO, cedula de ciudadanía No. 30.771 (sic), Turbaco, 42 años de edad, soltera, natural y residente en Cartagena, barrio La María Sec Los Corales, Avenida Principal #50-15 teléfono 6566958, IVAN ANTONIO FRANCO



13-001-33-33-002-2014-00429-01

MELENDEZ, cédula No. 1.047.369.249, de Cartagena, 19 años de edad, unión libre, estudiante, natural y residente en Cartagena barrio La María Sector Los Corales Av. Principal #50-15, ARZUZA MELENDEZ TOMAS, con cédula No. 8.853.345 de Cartagena, 24 años de edad, soltero, natural y residente en el barrio La María Sector Los Corales Av. Principal 50 -15. De igual forma a la señora GLORIA MERCADO MORELOS con cédula 45.497.100 de Cartagena, 42 años, soltera, natural y residente en Cartagena, barrio La María Sector Los Corales #68-53.

HECHOS:

Siendo aproximadamente las 07:00 Horas del día de hoy 25/04/05, se recibió información mediante línea telefónica de 2 motos que habían sido hurtada la noche anterior y que se hallaban en dos residencias diferentes del barrio La María sector Los Corales ..(sic) así como se procede verificar dicha información dando como resultado que en la primera vivienda de las tres primeras personas antes mencionadas se halló una motocicleta marca Auteco Bajaj 99, línea Bóxer , color gris, de Placas ZFA49A, modelo 95 con numero de motor DMMBL867772, numero de chasis DFFB93284, la cual había sido hurtada a las 23:00 horas del día 24/04/05, en el barrio El Prado a mano de 2 sujetos que intimidaron con arma blanca al señor RAÚL ENRIQUE VERGARA GUERRERO conductor de la moto relacionada. Dándose a la huida con rumbo desconocido. De igual manera en la segunda residencia de propiedad de la señora GLORIA MERCADO MORELOS, se halló en una de las habitaciones debajo de la cama una motocicleta marca Auteco Bajaj, cuyos elementos se relacionan a continuación un chasis de moto, una llanta trasera con su aro, un cojín, un tanque para gasolina, una farola completa, un mofle, 2 guarda fangos, una parrilla, 2 amortiguadores, una guardacadenas compo (sic), un stop, 4 direccionales, un sprokers y otros pequeños elementos correspondientes a la motocicleta. Estos elementos se encontraban marcados con el número de placas ZE94A y chasis con No. DFFBLC96842. Es de anotar que esta moto había sido hurtada en días anteriores. Hechos ocurridos siendo aproximadamente las 07:30 horas del 25/04/05 en el Barrio La María Sector Los Corales en las residencias antes mencionadas.

Conocieron en caso: AG MORENO DE ARCO MIGUEL ANGEL y Patrulleros MURIELES BURGOS HUGO, Patrulla CAI 17-2 y Patrullero CASTILLO GAMBIN RENE y Agente ROBLES ROMERO AGUILAS, Patrulla CAI-4-2

(.....)"

La captura fue legalizada por la Fiscal Seccional Séptima de la Unidad de Reacción Inmediata el 25 de abril del 2005, a las 4:30 de la tarde, es decir el mismo día de la aprehensión, según consta en el acta de realización de captura que milita a folio 35 ídem, y de donde se destaca que en su parte motiva se consideró que se trató de una captura realizada al amparo de la figura de la flagrancia. Fueron enviados las capturadas a la "Cárcel de San Diego" por orden del fiscal (véase también folio 36).

La señora OLGA REGINA MELENDEZ ROMERO fue indagada el 27 de abril del año 2005, en tiempo no superior a 2 días siguientes a su captura, y en dicha diligencia manifestó el deseo de declarar. En dicha diligencia manifestó ser natural de Cartagena, viuda y con tres hijos, estos son:

MIGUEL ANGEL FRANCO MELENDEZ, de 24 años de edad, CELINA ESTHER FRANCO MELENDEZ, de 22 años de edad e IVAN ANTONIO FRANCO MELENDEZ, de 18 años de edad, es decir, uno de los capturados y encartados.

Dijo ser ama de casa y pensionada de “Electrocosta y el Seguro Social” y ser propietaria de la casa por sucesión que fue relacionada en el informe de captura. Sobre los hechos indicó que cuando llegó a su casa el día de los acontecimientos estaba llena de policías y le tenían esposado al sobrino, a quien identifico como TOMAS ARZUZA MELENDEZ (otro de los capturados y encartados) e indicando que lo había dejado durmiendo en su casa. Relató que posteriormente salió su hijo, esto es, IVAN ANTONIO FRANCO MELENDEZ, acabado de levantar, y también fue capturado, situación que la llevo a montarse en la camioneta para acompañar a su hijo y a su sobrino, refiriendo que el final del trayecto los encerraron a los tres por jaladores de motos.

Indagada sobre la moto encontrada en su casa refirió:

“Yo el domingo en la noche nos recogimos todos a dormir, digo todos sacando a mi hijo MIGUEL ANGEL, él siempre llega tarde, él me llamó y yo fui abrirle la puerta, cuando yo le abrí la puerta yo me di cuenta que el traía una moto, porque el foco de la puerta estaba apagado, pero cuando yo vi el vehículo yo le pregunte a mi hijo que de donde era eso y de donde lo había sacado, él me dijo no mami, esta me la dejó un amigo que se la guardara porque se había quedado sin gasolina mientras iba a buscar gasolina a la bomba, yo como escucho tanto robo de moto le dije cuidado que no me vaya a meter en problemas con esa moto, me dijo no mami quédate tranquila que él fue a buscar la gasolina, y que cuando venga le eche su gasolina y que se le lleve, él se puso a comer y se acostó y yo también me acosté, hasta en la mañana que me avisan que la casa está llena de policías....(...)”

GLORIA MERCADO MORELO por su parte, contó en su indagatoria, el mismo día, esto es, el 27 de abril del 2005 (14:47 pm):

*“(....) el día lunes 25 de abril del cursante, siendo aproximadamente las 7 de la mañana, me encontraba barriendo el patio de mi casa, y de pronto salí un momento a la puerta para ver si el sobrino mío de 6 años había llegado al colegio, cuando vi a unos agentes de policía, me pregunté que pasaba por allí, en eso se me acercó un policía y me dijo doña usted es la dueña de la casa? yo le respondí: No, es mi mama, me dijo que si le podía dar un permiso para entrar a mi casa y le dije que para que, me dijo que le habían hecho una llamada, yo le dije una llamada de que, el me dijo que era sobre una moto, **yo le dije esta es mi habitación** que se encuentra mi hijo acostado, el entró vio a mi hijo acostado y salió cerrando la puerta, después fuimos a la habitación siguiente y no consiguió tampoco nada, después a la habitación de mi cuñada y tampoco consiguió nada, después ellos me señalaron el cuarto de mis dos hermanos y les dije como usted está revisando bien puede verlos, nos encontramos con el hecho que habían unos sacos debajo de la cama, yo dije dios mío esto que es,*

13-001-33-33-002-2014-00429-01

ya que me impresionó ver esas cosas allí, ellos sacaron los sacos y estaban los pedazos de la moto desvalijada, ellos me dijeron que le hicieran el favor y los acompañaran porque no se encontraba la dueña de la casa...[...]"

Agregó que sus hermanos, es decir, los que duermen en la habitación donde se encontraron el saco con las partes de la moto son, DAVID MERCADO MORELO y RODER MERCADO MORELO y cuando fue inquirida por OLGA MELENDEZ ROMERO, IVAN ANTONIO FRANCO MELENDEZ y TOMAS ARZUZA MELENDEZ indicó tenía años de conocerlos porque viven en la carretera por donde ella hace transito todos los días, adicionado que IVAN frecuenta mucho su casa ya que es amigo de sus dos hermanos, es decir, DAVID y RODER.

E inquirida por la ocupación de sus hermanos DAVID MERCADO y RODER MERCADO contestó que DAVID se dedica a la electricidad, albañilería y hay vece lava motos y RODER se dedica a lavar motos ya que tiene la casa por cárcel, así que este no sale.

Se precisa que la posibilidad de dar valor probatorio a las diligencias contenidas en el expediente penal traslado surge en atención a que este fue debidamente incorporado a los autos, con la anuencia de ambas partes (particularmente de la parte contra quien se oponen, esto es, la demandada), estuvieron al alcance de ellas para el ejercicio de la contradicción y además sirvieron para estructurar sus hipótesis de defensa, luego al tenor de lo previsto en las *sub reglas* jurisprudenciales, no existe inconveniente para apreciarlos, aun tratándose de indagatorias¹⁰¹¹.

¹⁰ Sobre los eventos en los cuales las declaraciones trasladadas pueden ser valoradas sin necesidad de ratificación dentro del proceso receptor, la jurisprudencia ha previsto tres situaciones: "Excepcionalmente, los testimonios podrán apreciarse siempre que las partes muestren de forma inequívoca, con los comportamientos por ellas desplegados a lo largo del proceso, que desean que dichos medios de prueba hagan parte del expediente sin necesidad de que sean ratificados (...) (i) [C]uando en el libelo introductorio se solicita que se allegue al trámite contencioso copia de los procesos en los que reposan declaraciones juramentadas y la contraparte solicita la misma prueba en la contestación de la demanda, o (ii) de manera expresa manifiesta que está de acuerdo con la práctica de las pruebas solicitadas por la parte actora, dicha situación implica que ya no es necesaria la ratificación de los testimonios. (...) (iii) cuando un testimonio practicado en otro proceso sin audiencia de alguna de las partes –o de ambas–, ha sido trasladado al trámite contencioso administrativo por solicitud de una de las partes, y la otra utiliza en su defensa lo consignado en la aludida declaración juramentada, ello suple el trámite de ratificación de que habla el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil" (...) (iv) cuando la demandada es la Nación, y es una entidad del orden nacional quien recaudó los testimonios con plena observancia del debido proceso, entonces puede afirmarse que la persona contra la que pretenden hacerse valer dichas pruebas, por ser la misma, tuvo audiencia y contradicción sobre ellas" **Consejo de Estado, Sección Tercera – Sala Plena. Sentencia del 11 de septiembre de 2013, exp. 20601, M.P. Danilo Rojas Betancourth.**

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Sentencia del veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020). Radicación número: 41001-23-31-000-2013-00295-01 (57805)

En este fallo se expuso la siguiente cita sobre la posibilidad de valorar incluso las indagatorias:

"Aunque las indagatorias rendidas en procesos penales en principio no tienen eficacia probatoria en estos procesos contencioso administrativos, porque no cumplen con la formalidad del juramento –artículo 227 del Código de Procedimiento Civil–, lo cierto es que, para el caso concreto, en aras de alcanzar la verdad

La situación jurídica de los encartados fue resuelta por la Fiscalía Seccional Quinta el 4 de mayo del 2005 (véanse folios 68 a 73), quien dispuso la medida de aseguramiento de detención preventiva respecto de las actoras OLGA MELENDEZ ROMERO y GLORIA MERCADO MORELOS a título de cómplices y frente a MIGUEL ANGEL FRANCO MELENDEZ a título de autor de la conducta punible de receptación.

Fueron, entre otras, tenidas en cuenta las siguientes consideraciones o motivaciones, a efectos de sustentar la medida de aseguramiento:

"(...)

Tal es el caso, presentado como ejemplo en el lugar respectivo, del encubrimiento llamado "real" que tiene por objeto ocultar o expender las cosas robadas, ayudando, así, no solo a que el ladrón eluda la acción de las autoridades, o haciendo más difícil la labor de estas, sino también contribuyendo a la consumación del delito al hacer que el agente del mismo consiga plenamente sus fines y se agote, así la lesión al derecho patrimonial afectado.

Con base en lo anterior revisamos la actuación para determinar si los hoy investigados estructuran o no el tipo penal de receptación que a la letra dice:.....

Es el informe policivo a través del cual se inicia esta investigación, ya que al capturar a los sindicados también encontraron el objeto de los hurtos denunciados, es decir, las motocicletas, una en perfecto estado y la otra ya desvalijada.

Por lo anterior, los agentes MIGUEL ANGEL MORENO DE ARCO, ROBLES ROMERO AQUILES, y los patrulleros MURIELES BRUGOS HUGO y CASTILLO GAMBIN RENE, inician la búsqueda ingresando a la residencia de la señora GLORIA MERCADO MORELOS, donde encontraron una motocicleta... y otros elementos que correspondían a este rodante que había sido hurtado, marcados con números de placas

Fue en la residencia de MERCADO MORELOS, donde se les informó a los agentes que el motor de la moto desvalijada se podía encontrar en una casa cuya distancia aproximada era 100 metros según la versión de HUGO MANUEL MURIELES BURGOS ; al llegar al sitio encontraron la motocicleta que había sido hurtada el día 24/04/05 en el Barrio el Prado, a mano de dos sujetos que intimidaron con arma blanca al señor RAUL ENRIQUE VERGARA GUERRERO y quien había denunciado el hecho ante la Policía, por lo que capturaron a OLGA MELENDEZ ROMERO, IVAN FRANCO MELENDEZ y ARZUZA MELENDEZ TOMAS.

(...)

material, la Subsección le dará valor probatorio, de conformidad con el criterio que ha decantado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en reiteradas oportunidades Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 12 de marzo de 2013, Radicado No. 11001-03-15-000-2011-00125-00, sentencia de 5 de noviembre de 2014, Radicado No. 110010315000201200900-00/2012-00899 y 2012-00960, Consejera Ponente. Stella Conto Díaz del Castillo.

13-001-33-33-002-2014-00429-01

Existe un hilo psicológico que une la acción de ladrones y encubridores y unifica el episodio desde un punto de vista subjetivo, son las mismas versiones encontradas de los investigados las que nos permiten concluir que entre la familia de GLORIA MERCADO MORELOS y la de OLGA MELENDEZ ROMERO si existía un grado de amistad, no en vano IVAN FRANCO frecuentaba esa residencia, como amigo de los hermanos de GLORIA y el conocimiento previo de que en aquella residencia podían encontrar las piezas restantes de la moto.

Existe una contradicción en la versión suministrada por OLGA MELENDEZ ROMERO como el de haber llegado su hijo con la moto y la versión vendida a su hijo y sobrino de que dos sujetos le habían dejado la moto a su otro hijo MIGUEL ANGEL.

Para el despacho existe un verdadero concierto para delinquir entre GLORIA MERCADO MORELOS, OLGA MELENDEZ ROMERO y MIGUEL ANGEL FRANCO MELENDEZ, no existe la menor duda de que MIGUEL ANGEL FRANCO MELENDEZ tenía pleno conocimiento de que estos elementos eran hurtados(..."

También se sabe que mediante decisión del 10 de mayo del 2005, proferida por la misma fiscalía (véanse folios 80 a 81 ídem), se dispuso la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario de las dos demandantes, por al de detención domiciliaria.

El 01 de agosto del 2005, la Fiscalía Seccional Quinta acusó formalmente a las señoras GLORIA MERCADO MORELOS y OLGA MELENDEZ ROMERO por el punible de receptación y en la misma providencia precluyó la investigación en favor de dos de los investigados, esto es IVAN FRANCO MELENDEZ y TOMAS ARZUZA MELENDEZ (véanse folios 96 a 101 ídem).

Destacase que la fiscalía fue incisiva en esta diligencia en evidenciar que entre las señoras GLORIA MERCADO MORELOS y OLGA MELENDEZ ROMERO existía un grado de amistad y que además aquella tenía conocimiento de la procedencia ilícita de las partes de la moto halladas en su residencia, dado que no existía razón para que de antemano supiera donde se encontraban las piezas restantes de la moto y como quiera que fue la que guió a los agentes hasta la residencia de MELENDEZ ROMERO donde precisamente fue encontrada otra moto hurtada, no así las piezas faltantes; por lo que les endilgo la conducta criminal a título de cómplices.

Así se narró (se transcribe *in extenso*):

"Se nos informa que los agentes de policía MIGUEL ANGEL MORENO DE ARCO, ROBLES ROMERO AGUILES y los patrulleros MURIELES BURGOS HUGO junto con CASTILLO GAMBIN RENE, inician la búsqueda de un moto hurtada, que los lleva a la residencia de la señora GLORIA MERCADO MORELOS donde encontraron una motocicleta marca Auteco, Bajaj, un chasis de moto, una llanta trasera con su aro, un cojín, un tanque para gasolina, una farola completa, un mofle, dos guardafangos,



13-001-33-33-002-2014-00429-01

una parrilla, dos amortiguadores, un guardacadenas completo, un stop, cuatro direccionales, un sprokers y otros elementos pequeños que no correspondían al rodante hurtado, marcado con placas ZDF94D y chasis con No. DFFBLC 96842.

Fue en la residencia de GLORIA MERCADO MORELOS, donde se les informó a los agentes que el motor que era una de las piezas faltantes, de la moto desvalijada se podía encontrar en una casa cuya distancia aproximada era de 100 metros, según la versión suministrada por el agente HUGO MANUEL MURIELES BURGOS; al llegar al sitio indicado no encontró motor sino una motocicleta en perfecto estado, marca Auteco, Bajaj, baja (sic) 99, línea Boxer, color gris, de placas ZFA49A, modelo 95, con número de motor DMMBL 867772, número de chasis dffb93284, que había sido hurtada el día 24/04/05 en el Barrio El Prado, a mano de dos sujetos que intimidaron con arma blanca al señor ENRIQUE VERGARA GUERRERO para quitarle el rodante, siendo este hecho ya denunciado ante la policía y fue esa la razón por lo que capturaron a OLGA MELENDEZ ROMERO, IVAN FRANCO MELENDEZ y TOMAS ARZUZA MELENDEZ.

Es allí donde los agentes se enteran que la persona que llevó la moto a esa casa fue MIGUEL FRANCO MELENDEZ, justificando que unos sujetos se la habían dejado a guardar porque se encontraba sin gasolina, cuando precisamente era la misma persona que le habían encontrado en su poder a eso de las 10:30 am en compañía de ANTONIO JESUS JARABA CARDENAS el motor que hacía parte de las piezas halladas en la casa de GLORIA MERCADO.

Es evidente que OLGA REGINA MELENDEZ ROMERO, tía de TOMAS ARZUSA y madre de IVAN ANTONIO FRANCO y MIGUEL ANGEL FRANCO, nos informa que MIGUEL llegó a altas horas de la noche con una moto a su casa.

A su turno, GLORIA MORELO nos ilustra que en la habitación donde duermen sus hermanos DAVID MERCADO MORELO y RODER MERCADO MORELO encontraron un saco con parte de una moto, sin precisar cómo llegaron allí.

IVAN ANTONIO FRANCO MELENDEZ, nos informa que en su casa encontraron una moto armada, marca Auteco que llevaron unos muchachos como a las 11:30 de la noche y su hermano MIGUEL ANGEL la recibió cuando estaba tomándose unos tragos, según le contó su otro hermano porque él estaba durmiendo.

MIGUEL ANGEL FRANCO MELENDEZ solo admite que él se encontraba en su casa con un amigo llamado JUAN CARLOS AVILA y unos muchachos de los cuales hace la descripción física, le dejaron a guardar la moto; precisando que cuando llegó al CAI se encontró a ANTONIO DE JESUS JARABA CARDENAS, quien tenía el motor de la moto.

Ese mismo día a las 8:20 am, JOSE ALBERTO BALSEIRO TORRES denuncia ante la Policía que a las 5:40 am se encontraba en la Bomba El Amparo con su moto, a donde se le acercó un señor que le pidió lo transportara y más adelante junto con otro, le hurtan la moto que se encuentra nueva y marcada por todas partes de propiedad de CARMEN M. PEZA.

Ante la Fiscalía JOSE ANTONIO BALSEIRO TORRES, reitera su dicho anotando que al mismo tiempo quitaron otra moto, recordando que uno era delgado un poquito clarito y otro moreno grueso, de los cuales reconoció a uno en el CAI como ANTONIO JESUS JARABA.

Existe un hilo psicológico que une la acción de los ladrones y encubridores que unifica el episodio desde el punto de vista subjetivo, son las mismas versiones suministradas por los investigados que de forma contradictoria entre sí, permiten concluir que entre

13-001-33-33-002-2014-00429-01

la familia de GLORIA MERCADO MORELOS y la de OLGA MELENDEZ ROMERO si existía un grado de amistad lo que condujo a través de su información que los agentes continuar (sic) la búsqueda de las piezas restantes en residencia de OLGA, como también que entre MIGUEL ANGEL y ANTONIO DE JESUS existían vínculos previos que como bien lo anota su madre en ampliación de indagatoria fue en CAI cuando escuchaba a su hijo reclamar a JARABA.

Anota el despacho que GLORIA MERCADO MORELOS tenía conocimiento de la procedencia ilícita de las partes de la moto que hallaron en su residencia, de lo contrario no tendría sentido el por qué fue ella precisamente la que condujo a los agentes hasta la residencia de OLGA MELENDEZ ROMERO y MIGUEL ANGEL FRANCO MELENDEZ; ahora, por las descripciones físicas hechas por el denunciante BALSEIRO, la versión suministrada por el sindicato MIUGEL ANGEL, llevan a concluir la relación existente con JARABA a quien le encontraron el motor de la moto desvalijada.

El comportamiento desplegado por los señores OLGA MELENDEZ ROMERO Y GLORIA MERCADO MORELOS son a título de cómplices pues sus exculpaciones no son de recibo para el Despacho por falta de coherencia en su relatos; la información que suministrara la madre de IVAN y la tía de TOMAS a ellos, concuerda con la exculpación que MIGUEL ANGEL tenía programada y que manifestó al Despacho, pero no con la versión suministrada por su progenitora.

Respecto de al conducta, diversas concreciones comportamentales expresa la norma citada. Se trata de un verbo determinador compuesto alternativo "recepta quien esconde o ayuda a esconder el objeto material de la infracción base y quien se lucra del mismo. Implícitamente se observan dos finalidades. El auxilio para el delincuente (ocultar o encubrir) y el lucro para el receptor (adquirir o transmitir).

(.....)"

La resolución de acusación fue apelada y la alzada se resolvió por proveído del 08 de septiembre del 2005 (véanse folios 123 a 128 ídem) despachándose la confirmación.

En la etapa de la causa, instalada la audiencia pública el día 17 de marzo del año 2009 (véanse folios 131 a 132 ibídem) ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena, el acusado MIGUEL ANGEL FRANCO MELENDEZ realizo petición de sentencia anticipada en su contra aceptando los cargos pero manifestando que OLGA MELENDEZ y GLORIA MERCADO no tenían nada que ver.

Por demás, el Juez Tercero Penal del Circuito de Cartagena, en decisión del 16 de diciembre del año 2009 (vence folios 136 a 139 ídem), concedió el beneficio de la libertad provisional a OLGA MELENDEZ ROMERO y GLORIA MERCADO MORELOS por vencimiento del termino para llevarlas a la audiencia pública de juzgamiento.

Finalmente, mediante sentencia proferida el 26 de abril del 2012 (véanse folios 150 a 170 ídem) por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena, ejecutoriada el 13 de mayo del 2012 (véase folio 182 reverso ídem), fueron absueltas las accionantes por falta de pruebas.

Destácanse las siguientes consideraciones:

“No obstante lo anterior, el juzgador advierte la pretermisión de requisitos exigidos a la autoridades para proceder a limitar el principio constitucional de la inviolabilidad del domicilio dentro del presente asunto, que a las claras desembocaron en las características de pruebas ilícitas, como seguidamente se expondrá.

Antes, hay que advertir que sin duda alguna, en un caso de esta naturaleza el juez se debate en un verdadero conflicto de valores, porque de un lado es consiente que se encuentra frente a la realidad de una prueba ilícita, pero por el otro lado, percibe igualmente que lo hallado en el allanamiento es constitutivo de delito, y que eventualmente las personas capturadas pueden ser precisamente coautoras del reato investigado.

(....)

Los hechos por los cuales la Fiscalía ha llamado a juicio a las señoras OLGA MELENDEZ ROMERO y GLORIA MERCADO MORELOS, se concretan en que efectivos de la Policía Nacional, luego de ser informados por una llamada de la red de cooperantes, la cual indicaba que en la residencia de las señoras, se encontraban desvalijando una motocicleta que había sido hurtada. Luego de recibida la información los funcionarios públicos de la Policía nacional procedieron a ingresar a la casa en comento.

Capturada la hoy procesadas y luego de practicarle un registro minucioso a sus viviendas, donde fueron halladas las partes de la motocicleta que había sido reportada como hurtada el día 24 de abril del 2005.

(.....)

Con base al anterior pronunciamiento jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, no le queda duda al despacho que el allanamiento realizado a la vivienda de las señoras OLGA MELENDEZ y GLORIA MERCADO MORELOS, por parte de los agentes de la policía, el día 25 de abril del 2005, fue ilícito, debido a que ingresaron a la morada donde se encontraba sin orden judicial que así lo permitiese, quebrantándose el derecho fundamental a la intimidad y como quiera que las partes de la motocicleta incautadas en las viviendas de las señoras aquí procesadas le sirvieron de base al ente instructor para formular la acusación, por el delito de receptación, el despacho la excluirá de la valoración probatoria por ser ilícita, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Nacional, toda vez que se obtuvo con violación de los derechos fundamentales.

(...)

En razón de lo manifestado por la H. Corte Suprema de Justicia, en la providencia citada, y como se había mencionado, el despacho excluirá de la valoración probatoria, la prueba principal que existe en el presente asunto, que es el informe policivo con los respectivos anexos donde se relatan los pormenores de los hechos

que dieron inicio a la investigación y donde se determina el supuesto estado de flagrancia por medio del cual se realizó la captura de las procesadas OLGA MELENDEZ y GLORIA MERCADO, toda vez que la segunda de ellas dio lugar a la primera, se obtuvo con violación al derecho fundamental a la intimidad.

(...)

Ahora bien, como el despacho excluyó de las pruebas que obran en la actuación por ilicitud de las mismas, en el proceso no queda medio probatorio alguno que desvirtúe la presunción de inocencia de las señoras OLGA MELENDEZ ROMERO y GLORIA MERCADO MORELOS, por lo que se proferirá sentencia absolutoria en favor de las acusadas.

(.....)"

Valorado todo lo anterior, evidentemente se tiene por acreditado que las señoras OLGA MELENDEZ ROMERO y GLORIA MERCADO MORELOS estuvieron privadas de la libertad por orden de autoridad judicial, en este caso la Fiscalía General de la Nación, quien así lo dispuso por ser competente bajo el alero del régimen contenido en la ley 600 del 2000, vinculadas a una investigación penal por el punible de RECEPCIÓN y que posteriormente la propia Fiscalía General de la Nación aceptó no encontrarse en posibilidad de derribar la presunción de inocencia que las amparaba, por lo cual se vio abocada a solicitar la sentencia absolutoria en su alegatos finales, la que en efecto se profirió por el Juez Tercero Penal del Circuito de Cartagena.

Con todo, y aun a pesar de los razonamientos del juez penal (transcritos supra), los que no serán rebatidos pues no es competencia del juez de daños en lo contencioso administrativo establecer responsabilidad penal y menos aún confrontar las decisiones propias de esa especialidad de la jurisdicción, puede colegirse que tenía razones el ente investigador del Estado, para no solo legalizar la captura, sino disponer la medida de aseguramiento para las citadas, pues materialmente se presentó una situación de agotamiento de una conducta punible de la que presumiblemente eran partícipes las accionantes, amen que la aprehensión se dio en flagrancia, según lo advirtió la Policía Nacional en su informe, además se contaba con los testimonios de los agentes del orden que acompañaron el procedimiento, que señalaban directamente a los capturados (entre ellos las dos demandantes) como las personas encontradas con los elementos hurtados dentro de sus propias residencias luego, a no dudarlo, hasta ese momento esa era la dirección que debía dirigir el accionar del ente investigador, en orden al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 250 de la Constitución Política.

Lo anterior con mayor razón si se tiene en cuenta que, según se desprende del dicho de la propia encartada GLORIA MERCADO MORELOS (véase indagatoria), ella permitió el ingreso voluntario al inmueble de los policiales que realizaron la búsqueda.

Aun a pesar de lo que en su momento concluyó el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena en su sentencia absolutoria, para la Sala existen evidencias de que, el comportamiento de las demandantes fue la causa determinante de sus aprehensiones, y esto por cuanto, al margen de la legalidad del allanamiento que propicio el hallazgo de las motocicletas hurtadas, posteriormente fue desquiciada por el juez penal, mandando así al garete el resto del cardumen probatorio por aquello de la teoría del fruto del árbol envenenado y con ello, quedándose sin pruebas la acusación y conduciendo indefectiblemente a la absolución, en el contexto del derecho de la responsabilidad extracontractual y administrativa, la valoración de dicho aspecto deviene inocua ante la corroboración de la ocurrencia objetiva de la causal de exoneración, esto es, de la culpa exclusiva de la víctima.

Y es que, el análisis que en todo caso debe hacerse en este tipo de juicios, en punto a lo tocante con la conducta de la víctima como determinante del daño irrogado, siempre debe ser desde el punto de vista civil, que no del penal.

En efecto, no se estudia acá la conducta de la víctima desde la perspectiva propia de los juicios penales, sino que el análisis se concentra en el hecho de establecer si la víctima **desde el punto de vista civil** revistió una conducta gravemente culposa o dolosa.

Se reitera con mayor precisión que, el Juez Contencioso Administrativo no está facultado para revisar como una suerte de “tercera instancia” la providencia penal, la cual hizo tránsito a cosa juzgada, de ahí que se haya remarcado que se aparta el tribunal de ella y no le interesa confrontarla. En este sentido, le está vedado al tribunal pronunciarse sobre el carácter delictivo o no de los hechos bajo estudio o el reproche de la conducta de las sindicadas a la luz de la ley penal.

Por el contrario, las valoraciones que le corresponde adelantar a este tribunal (juez de la reparación), en orden a resolver sobre la obligación de indemnizar el daño derivado de la privación injusta de la libertad, es el ilícito civil, construido al amparo de las normas, los principios y valores constitucionales.

En esa línea de comprensión es menester tener en cuenta que el concepto civil de la culpa es sustancialmente diferente al que es propio de ámbito de lo penal. Vale la pena recordar que mientras en el Código Civil la culpa demanda una **confrontación objetiva** con un estándar general, según la situación del agente en un sistema de relaciones jurídicas, el juicio de culpabilidad en sede penal comporta un reproche subjetivo a la conducta particular en orden a la realización de la infracción; la culpa grave, equivalente al dolo civil, tiene que ver con el desconocimiento inexcusable de un patrón socialmente aceptado de comportamiento de quien se le reprocha haber obrado de un modo contrario a la norma penal, estando en condiciones de haber obrado distinto. Ello implica que, en el juicio penal, el análisis de la culpa, en tanto elemento eminentemente subjetivo del delito, subordine el juicio de reproche a las circunstancias particulares de quien realiza la conducta. Así, mientras que en el ámbito de lo civil bastará acreditar que la actuación impugnada no satisface las exigencias objetivas de la buena fe, en el juicio penal se han de ponderar circunstancias meramente subjetivas. En suma, mientras que en el ámbito de lo civil el reproche se deriva de un análisis comparativo, en el juicio penal se ha de ponderar circunstancias particulares y subjetivas.

No quiere decir lo anterior que el concepto de culpa civil no admita gradaciones. Sin embargo, éstas no se derivan de las características subjetivas del agente, sino de una posición relacional objetiva, esto es, de su situación en el sistema de relaciones jurídicas.

La gradación de la culpa civil ciertamente existe, pero esta gradación no depende de *quién* sea el agente, sino de la distinción, preestablecida, entre distintos estándares de prudencia, de los cuales habla el artículo 63 del Código Civil en los siguientes términos:

“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."

Adicionalmente, el análisis del elemento de la culpabilidad, en tanto que constitutivo del delito, está subordinado a los límites de la tipicidad. En sede penal no basta, como se dijo anteriormente, demostrar que la voluntad estuvo directa o indirectamente encaminada a una conducta contraria al derecho o la buena fe, sino que hace falta demostrar el desconocimiento de una regla específica. Es decir, la censura realizada en sede penal tiene que ver con la posibilidad subjetiva de actuación distinta y la intención igualmente subjetiva de no hacerlo. No existe, pues, culpa genérica sino consecuente a la realización del tipo penal. En otras palabras, mientras que en el análisis de la culpa civil resulta irrelevante el direccionamiento de la voluntad, en sede penal, salvo expresa disposición en contrario, la culpabilidad se identifica con el direccionamiento de la voluntad al ilícito.

Además, en el análisis en sede penal se aplica un baremo probatorio exigente en orden a desvirtuar la presunción de inocencia y se hace menester probar, más allá de toda duda razonable, que el acusado infringió dolosamente el tipo en cuestión, exigencia, que no se da en el análisis de la culpa civil.

Destacase que aun cuando la absolución de una persona se dé por una denominada causal objetiva, verbigracia que el hecho no existió, o la atipicidad de la conducta, ello no implica *per se* la responsabilidad automática de la entidad accionada, pues siempre debe analizarse la causal de exoneración.

En ese sentido, en el caso bajo estudio, se tiene que la principal razón por la cual se dictó la medida de aseguramiento y se mantuvo en cautela preventiva domiciliaria a las demandantes, tuvo su razón de ser en que durante un procedimiento policial fueron halladas en sus residencias dos motocicletas hurtadas, y que si bien, no fueron ellas declaradas responsables penalmente por la comisión de delito relacionado con estos elementos, si es posible predicar, a partir de las pruebas valoradas, particularmente sus diligencias de indagatoria, la violación del deber objetivo de cuidado y prudencia, pues también se acredita que tuvieron conocimiento de la procedencia de las motocicletas y las posibles consecuencias adversas que ello les generaría.

No en vano dijo MELENDEZ ROMERO en su indagatoria que había advertido a su hijo que no se quería meter en problemas por la motocicleta, pues la procedencia era dudosa, teniendo en cuenta la excusa esgrimida por su hijo cuando ingreso a altas hora de la noche al inmueble con dicho elemento, de la mano de que lisa y llamante se fue dormir aun cuando su hijo, quien resultó condenado por el hurto de dicho automotor, le dijo que el verdadero duelo no se tardaba ya que había ido por gasolina para abastecer la moto para después llevársela, sin percatarse del cumplimiento de dicha promesa para desembarazarse de cualquier problema y yéndose a dormir sin más, permitiendo el ingreso del automotor aun sabiendas de los posibles problemas que podría causarle.

MERCADO MORELOS por su parte, no supo explicar de que manera llegó una motocicleta desbaratada a sus aposentos, pero si indicó a los agentes del orden el sitio donde probablemente se encontraba el motor de la moto desvalijada encontrada en su casa, luego evidentemente estaba enterada que la misma había sido desguazada y por obvias razones que se trataba del producto de un ilícito, luego a no dudarlo, su comportamiento por demás sospechoso también se enmarca dentro del concepto de culpa por grave imprudencia.

Faltaron al deber objetivo de cuidado puesto que lisa y llanamente y en abierta contradicción con los deberes exigidos por la sana prudencia, hicieron ojos ciegos y oídos sordos cuando en su presencia se ejecutaba y agostaba una conducta criminal asociada al hurto de dos motocicletas, permaneciendo en el inmueble aun a sabiendas de la que podía ocurrir, y sin dar aviso a las autoridades.

Así que, a juicio de la Sala, deviene razonable la privación de la libertad en el *sub lite* e incuestionable que la misma no puede catalogarse como injusta, pues al margen de que posteriormente se haya dado la absolución, incluso admitiendo el ente investigador la incapacidad para derribar la presunción de inocencia, la misma tuvo lugar, por una situación que a juicio del tribunal fue propiciada directamente por las demandantes, que objetivamente las involucró en la comisión de un delito y que se enmarca en lo que se conoce como culpa en materia civil en la modalidad de grave; en ese sentido no se le haya la razón al *a quo* en su determinación y por ello impera la REVOCATORIA de la sentencia, para en su lugar declarar la "culpa exclusiva de la víctima" y de paso, negar las súplicas de la demanda.

2.7. Condena en costas.

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 previstos en el artículo 365 de la ley 1564 del 2012 (CGP).

Así las cosas, se condenará a la parte **demandante** al pago de las costas que efectivamente se hayan causado en ambas instancias, como parte vencida y por haberse revocado en su totalidad la sentencia, ordenando al juzgado su liquidación conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., e incluyendo en la misma las agencias en derecho, de conformidad con el acuerdo que deba regir 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,

III.- FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia apelada y en su lugar **DECLÁRASE** oficiosamente la "**CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA**", por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la parte **demandante**; liquídense en primera instancia de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ
(Ponente)





JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN