

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI**SENTENCIA N° 169.**

Santiago de Cali, treinta (30) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

PROCESO : 76001-33 33-001-2018-00219- 00
MEDIO DE CONTROL : REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE : MANUEL FERNANDO FREIRE Y OTROS
DEMANDADOS : RAMA JUDICIAL
FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN

1. Objeto de la providencia.

En ejercicio del medio de control de reparación directa, los demandantes solicitan se declare responsables a la Nación – Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial por los perjuicios materiales y morales (fl. 10) que les fueron ocasionados como consecuencia de la privación de la libertad del señor MANUEL FERNANDO FREIRE.

2. Hechos relevantes.

Como fundamento de las pretensiones de la demanda, el apoderado de la parte accionante señala los siguientes hechos:

2.1. El 27 de junio de 2013, en Bogotá D.C. el señor MANUEL FERNANDO FREIRE fue capturado por miembros de la Policía Nacional quienes hicieron efectiva la orden proferida en su contra por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal del Cerrito–Valle del Cauca.

2.2. La captura fue legalizada por parte del Juzgado Cuarenta Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá D.C. En dicha diligencia se le imputó al ahora accionante la comisión de los delitos de homicidio agravado en concurso con los de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego.

Posteriormente, se procedió a dictar medida de aseguramiento en centro de reclusión carcelaria.

2.3. El conocimiento del asunto correspondió al Juzgado Segundo Penal de

Conocimiento del Circuito de Palmira. Este despacho, luego de efectuar el trámite procesal correspondiente, dictó sentencia de primera instancia el 9 de septiembre de 2016 disponiendo la absolución del señor MANUEL FERNANDO FREIRE al no lograrse desvirtuar, por parte de la Fiscalía General de la Nación, la presunción de inocencia que lo cobijaba.

2.4. La sentencia fue notificada en estrados a las partes y quedó ejecutoriada en la fecha de su expedición.

3. Contestación de la demanda.

3.1. La Fiscalía General de la Nación presentó escrito de contestación de forma oportuna, formulando los siguientes argumentos de defensa:

En primer término, se señala que, de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el régimen de responsabilidad aplicable al caso corresponde al de falla del servicio, este requiere para su configuración la prueba de tres elementos a saber: el daño antijurídico, la actuación irregular de la administración y el nexo de causalidad.

Bajo los postulados de la responsabilidad subjetiva, sostiene que el planteamiento de los hechos de la demanda no permite establecer cuales actuaciones fueron las causantes del presunto daño, razón por la cual no se encuentra demostrado el nexo de causalidad necesario para configurar la responsabilidad de la entidad accionada.

En consecuencia, el daño que pudieron sufrir los demandantes en razón de la medida de detención preventiva, no se puede calificar como antijurídico, toda vez que éstos se encontraban en el deber jurídico de soportarlo, ante la existencia de una actuación legal de las autoridades que pretendía el esclarecimiento de los hechos en los que se cometió una conducta punible en contra de una ciudadana.

Adicionalmente, la adopción de la detención fue avalada por parte del Juez de control de garantías, autoridad que valoró los elementos materiales de prueba que se aportaron en la audiencia de imposición de la medida de aseguramiento, concluyendo que éstos permitirían inferir la responsabilidad de los sindicatos en los hechos materia de investigación.

Tomando como fundamento los argumentos expuestos anteriormente, propone una excepción que denomina ausencia de nexo causal. Adicionalmente, indica que en el presente caso se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación, pues si bien, en el marco del proceso penal, son los funcionarios de esta entidad los encargados de solicitar la imposición de las medidas de detención preventiva, finalmente la decisión definitiva sobre la viabilidad de su adopción es competencia de los Jueces de control de Garantías.

3.2. Rama Judicial.

La Rama Judicial, contestó de forma oportuna la demanda, con base en las razones que se exponen a continuación:

En primer término, se indica el procedimiento que se debe seguir para la adopción de una medida de privación de la libertad en el marco del sistema penal acusatorio

y de cómo, a su juicio, la responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad deben examinarse bajo un régimen subjetivo de responsabilidad.

En segundo término, se sostiene que, en el presente caso, se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva de la Rama Judicial, toda vez que las providencias señaladas como causa generadora del daño fueron proferidas por la Fiscalía General de la Nación, en cumplimiento de las funciones asignadas por la Constitución Política y en el marco de autonomía institucional otorgado por el ordenamiento para el cumplimiento de sus funciones.

Adicionalmente, se manifiesta que se configuran las excepciones de culpa exclusiva de la víctima y hecho de un tercero toda vez que fue el propio accionante MANUEL FERNANDO FREIRE quien provocó su captura al actuar de manera imprudente al participar en los hechos en que se produjo el homicidio del señor HUPER HERNEY VALENCIA CAICEDO.

De otro lado, los elementos probatorios aportados al expediente demuestran que las actuaciones a cargo de los órganos de la Rama Judicial se produjeron dentro de los postulados del principio de legalidad e incluso culminaron con una decisión absolutoria en favor del ahora accionante.

Con fundamento en los argumentos expuestos propone una excepción que denomina falta de legitimación en la causa por pasiva.

4. TRÁMITE DEL PROCESO.

Se surtió el trámite respectivo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así, una vez admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio de 8 de octubre de 2018, llevadas a cabo las notificaciones del auto admisorio a los sujetos procesales en debida forma, se cumplió con la audiencia inicial de que trata el artículo 180 ibídem en la cual no hubo lugar a efectuar saneamiento alguno y se decretaron pruebas.

En la misma diligencia se puso en conocimiento de las partes la prueba documental recaudada y se cerró el periodo probatorio del proceso concediéndose traslado para que alegaran de conclusión.

Las partes presentaron alegatos de conclusión ratificando los argumentos expuestos en la demanda y en su contestación respectivamente.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO.

Se contrae en determinar si las entidades demandadas son patrimonial y administrativamente responsables por la presunta privación injusta de la libertad del señor MANUEL FERNANDO FREIRE ARCE y como consecuencia de ello, si los demandantes tienen derecho a que se les reconozcan los perjuicios reclamados.

2. ASPECTOS SUSTANCIALES DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder por los daños antijurídicos que cause y es antijurídico aquel daño que el particular no está obligado a soportar, bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o porque sea irrazonable en clave de los derechos e intereses constitucional y convencionalmente reconocidos¹.

El daño es el primer elemento que configura la responsabilidad estatal, pues sin la vulneración de los derechos o bienes personales y patrimoniales jurídicamente protegidos de una persona, no puede existir juicio de responsabilidad o reproche².

Para que el daño antijurídico pueda ser indemnizado debe ser **cierto** y estar plenamente acreditado, carga procesal que debe asumir la parte demandante según lo preceptuado en el artículo 167 del CGP³.

La imputación del daño a la administración no es necesariamente material sino jurídica, y puede identificarse bajo los esquemas de la responsabilidad subjetiva (falla del servicio) o responsabilidad objetiva (responsabilidad sin falla).

La imputación es la *“atribución de la respectiva lesión”*; en consecuencia, “la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, con la advertencia que, en aplicación aforismo *iura novit curia*, *“corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión”*⁴.

Ahora bien, específicamente en cuanto a la responsabilidad por privación injusta de la libertad, valga resaltar:

La libertad se cuenta entre los bienes más preciados sobre los que se funda toda organización política contemporánea, cuya vigencia y ejercicio pleno posibilita el despliegue de los demás derechos reconocidos por el orden jurídico; puede ser definida como la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidos a

¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. Sentencia del 7 de septiembre de 2015, C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 54001-23-31-000-1999-01081-02 (34158)

² En sentencia de 8 de mayo de 1995, exp. 8118, el H. Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Juan de Dios Montes Hernández, definió el daño antijurídico en los siguientes términos: “la noción de daño antijurídico es invariable cualquiera que sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar”

³ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B. Sentencia del 24 de mayo de 2017, C.P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Expediente 20001-23-31-000-2010-00187-01 (42792). (...)De acuerdo con lo anterior, se tiene que **la sola inferencia o afirmación en la demanda acerca de la ocurrencia de un daño antijurídico no resulta suficiente para tenerlo como acreditado, en la medida en que es necesario e indispensable que el demandante respalde tales afirmaciones con el material probatorio suficiente para su comprobación en el proceso. Se recuerda que de conformidad con el régimen de responsabilidad vigente, el daño antijurídico no se presume, de manera que quien alega su ocurrencia debe probarlo**. (Resaltado del Despacho)

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2007. Expediente con radicación interna 22655. C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacios.

desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios; en igual forma, la libertad implica la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente⁵.

Los artículos 9 numeral 5⁶ y 14 numeral 6⁷ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificados a través de la ley 74 de 1968 son mandatos convencionales sobre los cuales se erige la cláusula especial de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad consagrada en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, donde se impone que *“quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”*.

Ya en el ámbito nacional, el tratamiento jurisprudencial de la privación injusta de la libertad como fundamento de responsabilidad del Estado ha sido sometido a diversas interpretaciones y posturas.

En una primera etapa, el Consejo de Estado consideró que en la declaratoria de responsabilidad del Estado privación injusta de la Libertad debía aplicarse el régimen de falla del servicio, imponiendo que la responsabilidad jurídica del Estado se supeditaba a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir, constitutiva de un error judicial⁸.

Posteriormente, el Consejo de Estado consideró que la carga probatoria del actor relativa a demostrar el carácter *“injusto”* de la detención o, en otros términos, el *“error de la autoridad judicial”* al ordenar la medida privativa de la libertad debía restringirse a casos diferentes a los contemplados en el artículo 414⁹ del Decreto Ley 2700 de 1991, antiguo Código de Procedimiento Penal, puesto que los tres casos contemplados en esta norma tenían la calificación de injustos otorgados directamente por el legislador y que, por tanto, en presencia de estos supuestos fácticos surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios causados¹⁰.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-301 de 1993. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ “Artículo 9. 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. (...) 5.- Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.” (Resaltado del Despacho)

⁷ “Artículo 14. (...) 6.- Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.” (Subraya del Despacho)

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 1 de octubre de 1992. Expediente 10923.

⁹ “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.” (Resaltado del Despacho).

¹⁰CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 2 de mayo de 2007. Expediente 5989. “3. En este orden de ideas, fuera de los casos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en los cuales la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad, cuando se pretenda obtener indemnización de perjuicios por esta causa, el demandante debe demostrar que la detención preventiva que se dispuso en su contra fue injusta; y, en tales eventos, habiéndose producido la detención preventiva por una providencia judicial, la fuente de la responsabilidad no será otra que el error jurisdiccional.”

Una tercera postura sostuvo que se puede configurar la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria, preclusión de la investigación o providencia equivalente en aplicación del principio in dubio pro reo, pese a que en la restricción de la libertad se hayan cumplido con todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas que una persona debe soportar máxime cuando compromete el ejercicio del derecho fundamental a la libertad¹¹.

En sentencia de unificación de 15 de agosto de 2018¹² el órgano máximo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa expuso:

(...) De conformidad con lo anterior, como la indemnización se abre paso cuando se demuestra que la privación de la libertad del procesado fue injusta, podría no ser admisible ni justo con el Estado -el cual también reclama justicia para sí- que se le obligara a indemnizar a quien ha sido objeto de la medida de detención preventiva cuando para la imposición de esta, se han satisfecho los requisitos de ley ni **cuando a pesar de haber intentado desvirtuar la duda mediante la práctica de pruebas, no se ha podido obtener o lograr ese objetivo, es decir, cuando sobre el investigado persisten dudas acerca de su participación en el ilícito** y, por lo tanto, también persisten respecto de lo justo o lo injusto de la privación de la libertad, caso en el cual, **si el juez verifica que se cumplieron los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una persona, como aquellos de que tratan los ya citados artículos 28 y 250 constitucionales** (inclusive este último después de la modificación que le introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002), **las normas de procedimiento penal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mal puede imponer una condena en contra de este último.**

Así las cosas, se insiste, resultaría incoherente que el Estado tuviera que indemnizar automática o indefectiblemente por una privación de la libertad impuesta, incluso, por la aplicación del mencionado sustento constitucional, pues para nada es lógico y sí más bien es absurdo pensar y aceptar que la propia Constitución Política exige a la Fiscalía adoptar -o solicitar al Juez¹³- medidas de aseguramiento, como la detención domiciliaria o la detención preventiva u otras que -en las voces de la jurisprudencia de esta Corporación- implican la pérdida jurídica de la libertad, como, por ejemplo, la prohibición de salir del país¹⁴ (art. 388 del antiguo C.P.P.), para garantizar la comparecencia del investigado al proceso -como lo exigen las normas transcritas- y que dicho organismo, sin embargo, por satisfacer ese deber y por obedecer el mandato que le imponía el artículo 6 del derogado Decreto 2700 de 1991 -el cual establecía que los funcionarios judiciales debían someterse al imperio de la Constitución y de la Ley-, se vea obligado a pagar indemnizaciones cuando deba levantar la medida, la cual, como se vio unos párrafos atrás, para nada implica la imposición de una sanción o condena.

En ese sentido, la Sala considera pertinente apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora ha sostenido en torno al tema, máxime que al amparo de ella no sólo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminó con una condena, exceptuando, eso sí, los casos en los que se ha

¹¹ Responsabilidad del Estado por la actividad judicial. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Cuadernos de la cátedra fundacional Allan R. Brewer - Carías, Universidad Católica Andrés Bello. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2016.

¹² CE. Expediente: 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947)- Actor: Martha Lucía Ríos Cortés y otros. Demandado: La Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación. .

¹³ En virtud del Acto Legislativo 3 de 2002 que modificó el artículo 250 de la Constitución Política.

¹⁴ Por ejemplo, ver sentencia de 29 de julio de 2015 (expediente 36.888).

observado que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima.

En otras palabras, bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya 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 ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es per se antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

En esa medida, comoquiera que, en criterio de esta Sala, **la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, 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**, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) **“se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”**, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño.

(...) Esta Corporación ha dicho también lo siguiente al respecto (se transcribe literal):

“En consecuencia, si el privado de la libertad actuó de manera irregular y negligente y con ello dio lugar al inicio de una investigación penal y a la privación de su libertad, aunque se demuestre que en el curso del proceso penal que su conducta no fue suficiente para proferir en su contra sentencia condenatoria, esa misma actuación, en sede de responsabilidad civil y administrativa, podría llegar a configurar la culpa grave y exclusiva de la víctima, y exonerar de responsabilidad a la entidad demandada, con sujeción a lo prescrito por el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 63 del Código Civil”¹⁵.

Así las cosas y como al tenor de los pronunciamientos de esta Sala la privación de la libertad de una persona puede ser imputada al Estado siempre y cuando ella no haya incurrido, bajo la perspectiva de lo civil, **en culpa grave o dolo civil, es menester determinar si, a la luz del artículo 63 del Código Civil¹⁶, la conducta de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal y si, por consiguiente, fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos.** (Negrillas del Despacho) (...)

En este contexto, en la providencia de unificación bajo análisis se determinó que el principio de presunción de inocencia no es incompatible con la detención preventiva, pues esta última es una medida cautelar que impone la administración para asegurar la comparecencia del sindicado al proceso.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección C, sentencia del 23 de abril de 2018 (expediente 43.085).

¹⁶ “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 levisimo 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”.

De esta forma, para que resulte procedente la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado debe analizarse en cada caso concreto la conducta del destinatario y su incidencia en la imposición de la medida cautelar de privación de la libertad.

Esta postura fue ratificada en sentencia de 2 julio de 2019¹⁷, mediante la cual el Consejo de Estado advirtió que en el análisis de la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad, de acuerdo a los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia SU – 072 de 2018, no se debe privilegiar la aplicación de un régimen de responsabilidad específico y que en los eventos en que la libertad del sindicado se produzca por la aplicación del principio de in dubio pro reo o porque el procesado no cometió el delito, se debe preponderar si las decisiones adoptadas por el funcionario judicial se enmarcan en los presupuestos de “razonabilidad, proporcionalidad y legalidad”:

(...) 5.5. De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional señala que en dos eventos establecidos por el Consejo de Estado, resulta factible aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, estos son cuando el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica, en ambas situaciones la privación de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada, por lo que “el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos”

En criterio de la Corte desde el inicio de la investigación el fiscal o el juez deben tener claro que el hecho sí se presentó y que es objetivamente típico, ya que disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos. En el primer caso, el funcionario judicial debe tener en claro esa información desde un principio y, en el segundo, se trata de una tarea más sencilla, que consiste en el cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipifican como tal.

Las dos causales anteriores se contrastan con la absoluciones consistente en que el procesado no cometió el delito y la aplicación del principio in dubio pro reo, la Corte considera que estas requieren de mayores disquisiciones por parte de los fiscales o jueces para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma. En un sistema como el acusatorio no resulta exigible al fiscal y al juez con función de garantías que en etapas tempranas de la investigación penal definir si el imputado ejecutó la conducta, pues será en etapas posteriores que el funcionario judicial definirá tales asuntos, que solo se pueden definir en la contradicción probatoria durante un juicio oral (...)

(...) 5.6. En conclusión, las sentencias de unificación del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, establecen que en eventos de privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. **Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.**

En la misma vía, en todos los eventos posibles, será necesario descartar si el imputado o sindicado con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a la medida de privación de la libertad.(...) Subrayado por el Despacho

4. CASO CONCRETO.

4.1. Lo probado en el proceso.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá D.C., dos (2) de julio de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 05001233000201200718 01 (54893).

Con el material probatorio recaudado, conformado principalmente por la audiencia preliminar llevada a cabo el 27 de junio de 2013, la cual cuenta con suficiente mérito probatorio a la luz de la Ley 1564 de 2012, por tratarse de un documento públicos que no fueron tachados por las partes en los términos del artículo 269 *ibídem*- es posible tener como probados los siguientes hechos:

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías del Cerrito, emitió orden de captura en contra del señor MANUEL FERNANDO FREIRE por la comisión del delito de homicidio agravado del señor HUVER HERNEY VALENCIA CAICEDO en concurso con los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego en hechos ocurridos en el mes de agosto del año 2012.

En audiencia preliminar realizada el 27 de junio de 2013 precedida por el Juzgado Cuarenta Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá D.C., se legalizó la captura del señor MANUEL FERNANDO FREIRE quien fue detenido por miembros de la Policía Nacional en un procedimiento rutinario verificación de antecedentes.

En primer término, en la diligencia se le imputó al ahora accionante la comisión de los delitos de homicidio agravado en concurso con los de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego.

Posteriormente, el delegado de la Fiscalía General de la Nación solicitó la imposición de medida de aseguramiento en contra del capturado con base en los siguientes argumentos (folio 24 CD hora 1:39:00):

De las entrevistas realizadas en la investigación penal se pudo establecer que el homicidio del señor HUVER HERNEY VALENCIA CAICEDO se produjo como represalia de un grupo delincuenciales dedicado al tráfico de estupefacientes que operaba en el municipio del Cerrito y que fue denunciado por el occiso ante las autoridades.

Adicionalmente, dentro del material probatorio practicado en la etapa investigativa se recaudó un señalamiento directo realizado por el señor LUIS FERANADO VALENCIA CAICEDO hermano del fallecido y quien fue testigo presencial del ataque sicarial, toda vez que éste ocurrió en su barrio de residencia.

Dicho ataque fue perpetrado por dos (2) sujetos que se desplazaban en una motocicleta los cuales propinaron al señor HUVER HERNEY VALENCIA CAICEDO una serie de cuatro disparos con arma de fuego.

El testigo presencial señaló que el señor MANUEL FERNANDO FREIRE conocido con el alias "*arcimia*" era el conductor de la motocicleta y que pudo identificarlo dado que éste era vecino del barrio y lo conocía desde su niñez.

De igual forma en la entrevista realizada por miembros de la Policía Judicial el señor LUIS FERANADO VALENCIA hizo una descripción física y de las vestimentas que portaba el capturado al momento de perpetrar el homicidio.

Posteriormente, el señor MANUEL FERNANDO FREIRE fue identificado por el testigo presencial de los hechos en una diligencia de reconocimiento fotográfico que se incorporó a la investigación penal como medio de prueba autónomo.

Para la Fiscalía General de la Nación los elementos de prueba referenciados eran suficientes para inferir razonablemente la autoría y participación del señor MANUEL FERNANDO FREIRE en los delitos imputados.

El ente acusador señaló que conforme al numeral 2 del artículo 208 y el artículo 310 del C.P.P tanto la conducta como su modalidad podían ser calificadas como graves pues se acabó con la vida de una persona utilizando un arma de fuego obtenida de manera ilegal sirviéndose de maniobras preparación y asociación para la comisión del delito.

Igualmente de la pertenencia del imputado a un grupo delincencial conocido como "los del movimiento" y de las amenazas que efectuaron y luego materializaron en contra del occiso se podía inferir que el capturado constituía un peligro para la sociedad y para los familiares de la víctima directa.

Ante la solicitud efectuada por la Fiscalía General de la Nación, la Juez de control de garantías decidió imponer medida de aseguramiento por las siguientes razones (Folio 24 CD hora 2:38:56):

Conforme al artículo 208 del C.P.P. la procedencia la imposición de una medida de aseguramiento resulta necesaria en los eventos en que se infiera la autoría del capturado y que éste constituye un peligro para la sociedad o para las víctimas del delito.

En este contexto señaló que en la investigación penal se contaba con la actuación de primer respondiente suscrita por los agentes de la Policía Nacional que acudieron al lugar de los hechos y que encontraron el cuerpo sin vida del señor HUPER HERNEY VALENCIA CAICEDO.

De igual forma advirtió que en la entrevista rendida por la señora ÁNGELA VALENCIA, hermana del fallecido, se resaltó que el homicidio se produjo en razón a que éste fue señalado como delator de una banda delincuencia que operaba en el municipio del Cerrito y que guardaba estupefacientes en una vivienda del sector.

Adicionalmente, al igual que la Fiscalía General de la Nación resaltó que el señalamiento directo efectuado por el señor LUIS FERANADO VALENCIA resultaba determinante para inferir la participación del imputado en los hechos endilgados.

En segundo término señaló que conforme a las declaraciones y al informe policivo los implicados pertenecen a un grupo delincencial que opera en el municipio del Cerrito, motivo por el cual de acuerdo a los artículo 308 y 310 del C.P.P se podía inferir que representan un peligro para la sociedad y una amenaza para la seguridad de los familiares del fallecido

De esta forma concluyó que la medida de aseguramiento resulta adecuada para la protección las víctimas, y que era urgente y necesaria para garantizar la protección de la comunidad.

A folios 25 al 28 del cuaderno N° 3 obra copia de la sentencia providencia No. 055 del 9 de septiembre de 2016, mediante la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira con funciones de conocimiento, resolvió absolver al señor de los delitos imputados, en aplicación a lo dispuesto por el artículo 381 del C.P.P y del principio de *in dubio pro reo*.

4.2. Imputación del daño a las entidades accionadas.

Para iniciar el Despacho reitera, con base en la jurisprudencia precitada, que la responsabilidad extracontractual del Estado se estructura bajo la plena prueba de los elementos contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política, esto es, del **daño antijurídico** y de su **imputación** a los entes demandados. Es imperioso que ambos elementos concurren para dar curso a las pretensiones indemnizatorias que se elevan en la demanda contencioso administrativa.

De los medios de prueba practicados se tiene lo siguiente:

La medida de aseguramiento de detención preventiva del señor MANUEL FERNANDO FREIRE se consideró viable en virtud de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida al momento de su captura, los cuales hacían presumir al capturado como presunto coautor del delito de homicidio agravado.

Para el Juez de control de garantías, dicha medida era necesaria para hacer comparecer al indiciado al proceso, evitar la obstaculización de la investigación y asegurar la protección de los familiares del fallecido y sociedad en general, toda vez que conforme a los elementos de prueba recaudados se pudo establecer que pertenecía a un grupo delincuenciales que operaba en el municipio del Cerrito.

La privación de la libertad referida, en sí misma, causó al accionante y su núcleo familiar un daño; no obstante, se debe verificar si el mismo fue antijurídico, pues solo en este caso se encontrará satisfecho el primero de los elementos de la responsabilidad consagrados en la cláusula general de responsabilidad del artículo 90 superior.

Sea lo primero corroborar que la actuación de la entidad accionada Rama Judicial – a través de su agente (juez)- resultó adecuada y acorde a los elementos de prueba y las solicitudes realizadas por la Fiscalía General de la Nación, específicamente a la de imponer medida de aseguramiento restrictiva de la libertad en establecimiento carcelario.

En efecto, al adoptar la medida se estableció su procedencia por cumplimiento de los requisitos contemplados en la normativa procesal penal, en concreto, aquellos consagrados en el artículo 308 referidos a la existencia de una inferencia razonable de autoría o participación en la conducta delictiva y, de forma alternativa, para evitar que el imputado obstruyera la investigación, precaver la no comparecencia del imputado al proceso y para proteger a la víctima o a la sociedad por constituir el imputado fuente de peligro.

Según la noticia criminal, los elementos materiales de prueba y la información recolectada por la Fiscalía General de la Nación, el hoy demandante fue señalado directamente por el señor LUIS FERANADO VALENCIA como coautor del delito de homicidio. Este señalamiento se realizó de forma directa y con conocimiento de causa, pues tal y como lo señaló en su oportunidad el Juez de Control de Garantías, el señor MANUEL FERNANDO FREIRE y no se presentaba como un sujeto desconocido para el declarante, todo lo contrario, era una persona que conocía y así lo hizo saber.

Lo anterior permite afirmar sin mayor duda que la inferencia razonable de autoría o participación como requisito para la imposición de medida de aseguramiento se encontraba debidamente configurada.

Ahora bien, en relación con el segundo de los requisitos a cumplir, estos es, cualquiera de las causales establecidas en los numerales del artículo 308 del

estatuto procesal penal, la autoridad consideró sencillo establecer que el indiciado revestía un peligro real y actual para la sociedad y las víctimas, no solo atendiendo la modalidad y gravedad de la conducta desplegada, sino también porque de no imponerse una medida privativa de la libertad era muy probable que el indiciado continuará ejecutando sus actividades ilícitas..

Bajo este panorama, es preciso concluir que la privación de la libertad a la que se vio sometido el accionante se ajustó a lo que los medios de prueba permitían inferir en la etapa inicial del proceso.

Así mismo, el Despacho encuentra probada la conducta dolosa del demandante toda vez que los medios probatorios allegados al proceso constatan que en un primer momento realizó amenazas en contra del señor HUYER HERNEY VALENCIA CAICEDO en presencia de la hermana de éste; como también es clara la acusación realizada por el señor LUIS FERNANDO VALENCIA testigo presencial de los hechos quien dio cuenta de su participación en el ataque sicarial.

Se resalta finalmente que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira con funciones de conocimiento no declaró que el hecho no existió o que el señor MANUEL FERNANDO FREIRE no lo cometió, sino que aplicó la duda en favor del procesado ante la imposibilidad de obtener en el trámite de la Audiencia del Juicio Oral la declaración del testigo presencial de los hechos LUIS FERNANDO VALENCIA (fl. 28).

Bajo el recuento probatorio descrito, estima el Despacho que no se logró acreditar la antijuridicidad del daño alegado, porque la víctima dio pie a la privación de la libertad y la al momento de imponerse la medida de aseguramiento se cumplían con los requisitos necesarios para su procedencia, conforme quedó analizado.

Por todo lo expuesto se denegarán las pretensiones de la demanda.

5. Costas.

En cuanto a la condena en costas, se advierte que si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez “dispondrá” sobre este asunto, no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del 27 de enero de 2017 Expediente No. interno (2400-14) Consejero Ponente CARMELO PERDOMO CUETER¹⁸ la norma bajo análisis impone al operador judicial determinar si en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación.

En el caso de autos no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan, así como tampoco está probada alguna conducta temeraria o dilatoria de la parte vencida, por lo tanto, las mismas deberán negarse.

¹⁸ Dijo la citada sentencia: “Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento; cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a *sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad*; ii) *se aduzcan calidades inexistentes*; iii) *se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos*; iv) *se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o v) se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP)”*

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: NEGAR la condena en costas.

TERCERO: ARCHIVAR las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI, una vez ejecutoriada esta providencia. Devolver los remanentes a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Paola Andrea Gartner Henao', written over a series of horizontal lines.

**PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
JUEZ**