



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00495

Cartagena de Indias D. T y C, veinticinco (25) de Mayo de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-33-008-2015-00495-00
Demandante	SERGIO LUIS LUNA VIVANCO Y OTROS
Demandado	NACIÓN – RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Tema	PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD
Sentencia No	0046

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Reparación Directa presentada por **SERGIO LUIS LUNA VIVANCO Y OTROS**, a través de apoderado judicial, contra **NACIÓN – RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

2. ANTECEDENTES

- PRETENSIONES

1. Que se declare a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL Y FISCALIA GENERAL, administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios causados a los demandantes, por ocasión de la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor **SERGIO LUIS LUNA VIVANCO**, en el proceso penal adelantado en su contra por los delitos de Perturbación En Servicios De Transporte Colectivo, en concurso con Asonada y Violencia Contra Servidor Público, desde el 10 de septiembre de 2011, hasta el 21 de agosto de 2013.
2. Que se condene a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL Y FISCALIA GENERAL, a pagar las siguientes condenas:

PERJUICIO MORAL

A favor de **SERGIO LUIS VIVANCO LUNA, LILIANA SANCHEZ VERTEL, LILIANA PATRICIA MONTALVO SANCHEZ, YURANIS MONTALVO SANCHEZ, SANDRA LILIANA SANCHEZ VERTEL** la suma de 100 SMLMV, para cada uno.

A favor de **LILIANA ESTHER LUNA VIVANCO, YIBIS MARIA LUNA VIVANCO, GENNIS TATIANA LUNA VIVANCO** la suma de 50 SMLMV, para cada uno.

PERJUICIOS MATERIALES

- a. A favor de **SERGIO LUIS LUNA VIVANCO** la suma de \$15.000.000,00 por concepto de daños materiales bajo la modalidad de lucro cesante, o lo que resulte probado en el proceso.

PERJUICIOS VIDA EN RELACION

A favor de **SERGIO LUIS VIVANCO LUNA, LILIANA SANCHEZ VERTEL, LILIANA PATRICIA MONTALVO SANCHEZ, YURANIS MONTALVO SANCHEZ, SANDRA LILIANA SANCHEZ VERTEL** la suma de 100 SMLMV, para cada uno.

3. Que las cifras anteriormente descritas sean debidamente indexadas y actualizadas.
4. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia de conformidad con el artículo 192 del CPACA.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00495

- HECHOS

El demandante expone como fundamentos facticos de sus pretensiones los siguientes:

1. El día 10 de Septiembre del año 2011, el señor Sergio salió de su casa, con una hermana LILIANA LUNA VIVANCO a realizar unas diligencias necesarias para poder regresar nuevamente a Venezuela donde se encontraba laborando.
2. Cuando ya venían de regreso a la altura del terminal de transporte se encuentra con un gran disturbio de un grupo de moto taxista y venían persiguiéndolo la Fuerza Pública de la Policía nacional.
3. En esos momentos llegaron los de antimotines lo toman lo hacen bajar de la moto y lo embarcan en el carro por el hecho de venir manejando su moto ese día en compañía de su hermana, y lo peor del asunto es que le destruyen su moto y lo maltratan y lo golpean como se escucha en la declaración de parte de la fiscalía en el cd de audiencia de preclusión.
4. De ahí lo traslada a mi cliente a muchas personas más al CAI de fredonia y de ahí a la estación de caracoles y Posteriormente los señores fueron puesto a disposición de la Fiscalía General de la Nación a las 17:00, fue puesto en los calabozos, en donde con palabras propias de mi cliente dijo las siguientes palabras: ese es el sitio más hediondo y puerco que he visto en mi vida, estaba todo mojado de agua, orín y de excremento, en ese sitio lloraba y oraba al cielo para que le ayudara a salir de ese embrollo en el que la vida le había metido.
5. Posteriormente fueron conducido en las horas de la tarde a la Fiscalía General de la nación en donde estuvieron hasta el día siguiente y fueron puesto a disposición del Juzgado décimo segundo penal municipal, en donde por solicitud de la fiscalía legalizaron captura y ordenaron la detención preventiva de mis clientes, pasándolos a la cárcel de ternera en donde duraron varios días y posteriormente fueron conducidos a sus casas por agentes del INPEC donde estuvo privado de la libertad hasta el día 21 de Agosto del 2013, es decir estuvo privado de la libertad por 23 meses y 12 días.
6. Es importantes, aclarar que es la misma fiscalía en el cd de la preclusión observa y repara la acción de la policía nacional, de que ellos mismo en su informe de policía dice que había un número grande de mototaxista partiendo las cosas y bienes del estado, y que igualmente se encontraba tirando piedra, y pudiéndolos identificar y pudiéndolos captura, solo tomaron a cualquier chivo expiatorio que se encontraba en el lugar, sin decir en esos famosos informe de policía que a mi cliente se le señalaba por parte de la policía nacional alguna conducta ilícita, sino que como la fiscal del caso alega, que solo por encontrarse en el sitio en el momento de los hechos lo capturaron.
7. Válgase la pena de aclarar de igual forma, que desde un principio mi cliente tuvo que haber quedado en libertad, en el momento de las audiencia concentradas, porque no existía evidencia, ni algún material probatorio que indicara que mi cliente estuviera realizando alguna actividad ilícita, y por irresponsabilidad de funcionarios de la Nación mi cliente tuviera que estar privado de su libertad por 23 meses 12 días, y que no existía ningún tipo de prueba como lo aclara la fiscalía general de la nación en el cd de preclusión que se anexa en la parte probatoria de esta demanda. Y que así como la fiscalía después de 2 años reconoce que fue un error haber puesto en privación de la libertad a los jóvenes, por que como indica el informe policial fueron puesto a disposición de la fiscalía general de la nación por estar en los lugares del sitio sin tener prueba siquiera sumaria de que se encontraba realizando alguna actividad ilícita.
8. Alega el Sr. SERGIO LUIS LUNA VIVANCO que ha padecido de pesadilla desde que entro en ese tipo de lugar, y haber padecido esos sufrimiento, y que la relación con su compañera se vio afectada hasta el punto que casi le costó la separación de su hogar, le toco ver el sufrimiento de sus padres de no poder proveerle, ya que no podía laborar para mantener a su familia como lo venía



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00495

haciendo antes de que se diera tal percance en su vida y a cambio solo tuvo agonía, ya que a raíz de no poder laborar y mantener su hogar tuvo grandes depresiones emocionales.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

-El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, establece que: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas..."

El constituyente de 1.991 estableció en el artículo 90 de la Constitución Política que el Estado respondería patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Como consecuencia de ello, la responsabilidad en general descansa en dos elementos: el daño antijurídico y la imputación.

Frente al primero, se dijo que daño antijurídico era aquel que la víctima no estaba obligada a soportarlo, presentándose un desplazamiento de la culpa que era el elemento tradicional de la responsabilidad para radicarlo en el daño mismo, es decir, que éste resultaba jurídico si constituía una carga pública o antijurídico si era consecuencia del desconocimiento por parte del mismo Estado del derecho legalmente protegido, de donde surgía la conclusión que no tenía el deber legal de soportarlo.

Finalmente, en cuanto a la imputación no era más que el señalamiento de la autoridad que por acción u omisión, había causado el daño, al no permitirle continuar con sus estudios y con su trabajo, el cual era su único medio de sustento.

La teoría de la responsabilidad subjetiva que ha descansado en la culpa y la teoría de la responsabilidad objetiva, que descansa en el riesgo creado.

Todo ello para efectos probatorios, de las cuales se han construido distintos títulos de imputación que el Juez, en ejercicio del principio *iura Novit Curia*, aplica en cada caso en concreto.

La Ley, le permite a los jueces proferir contra una persona medida de aseguramiento, como es, la detención preventiva, por unas causas legales, así como tampoco, puede perder de vista que se trata de una medida restrictiva de un derecho fundamental, cual es el de la libertad y que, por ello, no es posible ordenarla ni extenderla en el tiempo sin una justa causa, formulación en relación con la cual la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha mostrado en extremo enfática.

Así mismo, es de tener en cuenta que los derechos fundamentales a la libertad personal y la presunción de inocencia, se encuentran consagrados tanto en nuestra Constitución Política como en las normas internacionales, ratificadas mediante leyes aprobatorias, entre ellas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Concordante con lo expuesto, la jurisprudencia nacional e Internacional han señalado que la privación de la libertad se toma en injusta cuando ésta no cumple con los principios de proporcionalidad y razonabilidad que impone el legislador, al considerar que el derecho a la libertad del señor LUNA, aun cuando no es absoluto, si es un derecho fundamental que le debe ser respetado y garantizado.

Así pues, la detención que sufrió el señor SERGIO LUNA, deviene en injusta, pues pese a no tener relación alguna con la autoría del hecho punible que se le imputó dado que su conducta no configuraba el delito que se le endilgaba, se le impuso una carga que no estaba obligado a soportar, como fuera el tener que permanecer detenido por espacio de varios meses, con los consecuentes perjuicios que dicha circunstancia les acarreó, como fue perder su buen nombre, su empleo y la posibilidad de estudiar una profesión.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00495

Finalmente, al estar determinada lo injusta que fue la privación de la libertad de que fue objeto el señor Sergio Luna y encontrarse que existe nexo causal entre la actividad desplegada por el Juez y el perjuicio causado, cual fue la detención por espacio de 23 meses; ha de concluirse que el ente demandado en su accionar causó un daño y que éste resultó antijurídico, de donde surge la obligación de indemnizar a la luz de la cláusula general de responsabilidad plasmada en el artículo 90 de la Constitución Política.

- CONTESTACIÓN

RAMA JUDICIAL: Expresa el Artículo 65 de la Ley 270 de Marzo 7 de 1.996, Estatutaria de la Administración de Justicia: "DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad"(Las negrillas y subrayas fuera de texto).

No aparece en el expediente la demostración objetivada de los daños antijurídicos que le sean imputables a mi representada, pues como se observa en el dicho del actor, en el hecho generador del daño sólo se menciona la intervención de la Fiscalía General de la Nación, aunque nuevamente reitero, que si bien es cierto, mi representada aparece mencionada en los Hechos de la demanda, solo se le menciona para precisar que fue ella, con su acertada intervención, quien absolvió al accionante de toda responsabilidad.

A su vez, el Artículo 69 de la precitada Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, reza que: "DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtenerla consiguiente reparación" (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

Debe tenerse claro que la responsabilidad por la ocurrencia de un hecho generador de perjuicio debe endilgarse sólo a la entidad cuyos funcionarios, generaron dichos hechos, y como ya se dijo, no existe prueba alguna aportada por la Demandante que demuestre que la intervención de la Rama Judicial (jueces o magistrados), en el desarrollo de los hechos que propiciaron el perjuicio que pretende resarcirse, contribuyera a su generación, pues el conocimiento de la investigación penal, dio lugar a la absolución de los demandantes.

Presentando la excepción denominada "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA", "FALTA DE RELACIÓN CAUSAL ENTRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA Y PERSONA DEL DEMANDADO" , "HECHO DE UN TERCERO".

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: Indica el ente investigador que no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar responsabilidad en cabeza de esa entidad, pues su actuación se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, por lo que no se puede predicar defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ninguna clase de error y mucho menos privación injusta de la libertad.

Manifiesta que a la Fiscalía General De La Nación no le corresponde disponer la privación de la libertad de **SERGIO LUNA VIVANCO**, pues la captura fue legalizada por el Juez Promiscuo Penal de Villanueva (Bolívar). Además, la ley 906 de 2004 establece que la solicitud de imposición de medida de aseguramiento se hará por el fiscal al Juez De Control De Garantías, y a su vez a éste le



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00495

competente emitir la decisión de imponer o no imponer la medida solicitada, una vez escuchados los argumentos del Fiscal, Ministerio Público y Defensa.

Así las cosas, le corresponde a la Fiscalía adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, solicitar, como medida preventiva la detención del sindicado, correspondiéndole al Juez De Garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía y decretar las que estime procedentes, para luego si establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, que si todo se ajusta a derecho, es el Juez De Garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer.

También señala que para proferir tanto la medida de aseguramiento como la acusación no es necesario que en el proceso existan pruebas que conduzcan a la certeza sobre la responsabilidad penal del sindicado, puesto que este grado de convicción solo es necesario para proferir sentencia condenatoria.

Por ultimo indica que en los casos en los cuales la ley presume la privación injusta de la libertad y se pretende lograr indemnización de perjuicios por esa causa, el demandante debe demostrar que la detención preventiva fue injusta e injustificada, lo cual en este proceso no se encuentra probado debido a que la responsabilidad estatal no es automática por el solo hecho que la detención preventiva sea revocada.

Propone las excepciones de mérito denominadas: falta de legitimación por pasiva; inexistencia del daño antijurídico; e ineptitud formal de la demanda por inexistencia de nexo causal.

- TRAMITES PROCESALES

La demanda fue admitida mediante auto fechado 22 de octubre de 2015, siendo notificada al demandante por estado electrónico 155. Luego se tramita reforma de la demanda.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 26 de febrero de 2016 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Posteriormente, mediante auto de fecha 12 de octubre de 2016 se citó a las partes a audiencia inicial para el día 30 de enero de 2017, conforme con el artículo 180 del CPACA y se fija audiencia de pruebas.

El 27 de marzo de hogaño se practican pruebas, se cierra el periodo probatorio y se corre traslado para alegar dentro de los 10 días siguientes.

- ALEGACIONES

DE LA PARTE DEMANDANTE. En resumen, alega el apoderado que se encuentra probado que a su representado se le adelantó un proceso por el delito de PERTURBACION EN TRANSPORTE COLECTIVO U OFICIAL, que su cliente estuvo privado de la libertad desde septiembre 10 de 2011 hasta el 21 de agosto de 2013, y que su poderdante es inocente de las acusaciones efectuadas por la fiscalía ya que el juzgado competente declaró la preclusión por solicitud de la Fiscalía.

Lo anterior conduce a que se produjo un daño especial que su prohijado no tenía el deber de soportar, pues fue separado de su hogar, causándole perjuicios morales a él y a sus parientes cercanos, y daños materiales por el hecho que durante el tiempo que estuvo privado de la libertad no pudo laborar, por lo que en su sentir debe ser indemnizado.

DE LA PARTE DEMANDADA.

RAMA JUDICIAL: Luego de hacer un recuento jurisprudencial sobre las distintas teorías que han surgido en relación al daño causado por la privación injusta de la libertad, esta entidad manifiesta



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00495

que se puede concluir que la teoría presentada por la Fiscalía al inicio del juicio oral, no encontró respaldo en las pruebas legalmente recaudadas y arrojadas, por cuanto, además tuvo falencias de tipo probatorio que conllevaron a que el juez de conocimiento no pudiera emitir sentencia condenatoria al no encontrarse demostrada la participación del acusado, por lo que a petición de la fiscalía, el juez de la causa debió declarar la preclusión.

En resumen, el Juez Con Funciones De Control De Garantías que actuó en el proceso penal, cumplió con las funciones que la ley 906 de 2004 le asigna, pues las diligencias dirigidas por él fueron preliminares, en las cuales no se discute responsabilidad penal, por tanto el Juez De Control De Garantías trabaja con elementos probatorios y evidencia física legalmente obtenida, que no constituyen plena prueba y no son suficientes para discutir responsabilidad, por lo que la medida de aseguramiento impuesta obedeció a principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación.

En la audiencia de imputación e imposición de medidas de aseguramiento que estuvo a cargo del Juez De Control De Garantías, con base en pruebas aportadas, se podía inferir razonadamente la responsabilidad del imputado, lo que conllevó a la imposición de la medida de aseguramiento. De tal manera que el resultado dañoso no puede ser imputable a la RAMA JUDICIAL, por ausencia de nexo causal, pues la privación de la libertad del señor SERGIO LUNA VIVANCO, desde el punto de vista de la causalidad material, fue producto de la actuación del ente investigador.

Cuando la fiscalía incumple con sus deberes probatorios, y el juez debe absolver al procesado o precluir la investigación a su favor, no surge responsabilidad del Estado respecto de la Nación- Rama Judicial, porque la privación de la libertad tuvo origen en el caudal probatorio allegado inicialmente por el ente investigador el cual posteriormente no reunió los requerimientos necesarios para convertirse en plena prueba y que fuese soporte de una decisión condenatoria.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: No presentó alegatos de conclusión.

MINISTERIO PUBLICO: No emitió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURIDICO

Determinar si existe responsabilidad administrativa y patrimonial de los entes demandados, por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor SERGIO LUIS LUNA VIVANCO, con ocasión de la medida de aseguramiento proferida en su contra, que a voces de la parte actora resultó injusta.

- TESIS

Para el caso concreto corresponde, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica exige la motivación razonada, sin fijar un solo criterio de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que se debe examinar si procede enmarcar, en primer lugar; en la falla en el servicio,



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00495

sustentada en la vulneración de deberes normativos; en caso de no poder hacer su encuadramiento en esta última, cabe examinar si procede en el daño especial; sustentado en la argumentación razonada de cómo –probatoriamente- se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si se circunscribe en el riesgo excepcional.

Del desarrollo de los acontecimientos se tiene que la captura en flagrancia de los actores justifica la medida de restricción a la libertad del demandante, así las cosas, es en sede de falla del servicio en que se debe resolver la imputación del daño a la entidad demanda como quiera que la responsabilidad objetiva cede por cuanto el actor soportó una carga pública que provocó, esto es; la restricción de la libertad domiciliaria por la captura en flagrancia.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual¹ y del Estado, impone considerar dos componentes:

a) El alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”²; o la “lesión de un interés o con la alteración *“in pejus”* del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”³; y,

b) Aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”³, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos⁴; y, iii) porque

¹ “[...] el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

² LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

³ “[...] que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”.. ob., cit., p.186.

⁴ “Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? [...] el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro, o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación”. MILL, John Stuart, Sobre la libertad, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00495

no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general⁵, o de la cooperación social⁶.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la "antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima"⁷. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado

"que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración".

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art.1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución"⁸.

Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la corporación un "Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos"⁹. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹⁰, anormal¹¹ y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹².

⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción", próximo a publicación.

⁶ Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: "la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado (...) El otro elemento corresponde a "lo racional": se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas". RAWLS, John, Liberalismo político, 1ª ed., 1ª reimp., Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: "El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales "debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que "la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos", definiéndose como "violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere". DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

⁹ Agregándose: "Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana". Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550.

¹⁰ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

¹¹ "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

¹² Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00495

Se precisa advertir que en la sociedad moderna el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamado a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera evolutiva, y no sujeta o anclada al modelo tradicional. Esto implica, para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta, vulnera, aminora, o genera un detrimento en derechos, bienes o intereses jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece¹³.

En el *jub judge* se encuentra acreditado que el señor OSCAR ENRIQUE PEREZ CARDALES, estuvo privado de la libertad como consecuencia de la captura ordenada por el Juez Primero Promiscuo Municipal de Villanueva- Bolívar, (folio 42) pero le concedida la detención domiciliaria, luego fue dejado en libertad con ocasión de la absolución de la investigación ordenada por el juez de conocimiento de funciones de conocimiento.

Demostrado el presunto daño antijurídico sufrido por el señor OSCAR ENRIQUE PEREZ CARDALES, se entra a examinar si cabe imputar fáctica y jurídicamente el mismo a las entidades demandadas conforme al régimen de responsabilidad; o si por el contrario, se exige de responsabilidad a la demandada por la configuración de las excepciones desprendidas de la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 17 de octubre de 2013¹⁴.

PRESUPUESTOS Y FUNDAMENTOS CONVENCIONALES Y CONSTITUCIONALES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización" de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de

los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la *"acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos"*.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo.

¹³ "[...] el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo (...). Se parte, en acuerdo con C. THIBIERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta "el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitiría al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea suficientemente grave" (...). La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiese reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido (...). La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluiría de la materia una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial". HENAO, Juan Carlos, "De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés", en VVAA, Daño ambiental, T.II, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 194, 196 y 203.

¹⁴ Sección Tercera, sentencia de 17 de octubre de 2013, expediente 23354.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00495

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en: **falla o falta en la prestación del servicio** –simple, presunta y probada-; **daño especial** –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; **riesgo excepcional**).

Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que *“parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”*. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de *“cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”*.

Dicha formulación no debe suponer, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo criterio de motivación de la imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁵, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar, en primer lugar, en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera:

“[...] en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de

¹⁵ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00495

*recetario- un específico título de imputación”.*¹⁶

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

En los anteriores términos, cabe estudiar la responsabilidad extracontractual del Estado analizando dos extremos:

- El régimen de responsabilidad aplicable cuando se produce el daño antijurídico por privación de la libertad y;
- La configuración de las reglas de excepción al juzgamiento en libertad de los administrados, conforme al sub-principio convencional de la compatibilidad entre el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad y el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana, y su recepción en el fallo de unificación jurisprudencial en la sentencia de 17 de octubre de 2013.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 establece el derecho de reparación en favor de la persona que hubiere sufrido un daño antijurídico por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo que incluye sin duda aquellos daños generados por el ejercicio o con ocasión de las funciones judiciales de dichas autoridades.

La responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad en su construcción normativa y jurisprudencial ha pasado por las siguientes etapas:

En la primera etapa se consideró que en la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad debía aplicarse la teoría subjetiva o restrictiva, según la cual, la responsabilidad del Estado estaba condicionada a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir, que debía demostrarse el error judicial. También se sostuvo que, dicho error debía ser producto “de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso”.

Así las cosas, tal declaratoria de responsabilidad procedía bien porque se hubiese practicado una detención ilegal, o porque la captura se hubiese producido sin que la persona se encontrara en situación de flagrancia y, que por razón de tales actuaciones, se hubiese iniciado y adelantado la investigación penal por parte de la autoridad judicial¹⁷.

En segundo lugar, la el Consejo de Estado determinó que la carga probatoria del actor relativa a demostrar el carácter injusto de la detención para obtener indemnización de perjuicios o, en otros términos, el “*error de la autoridad jurisdiccional*” al ordenar la medida privativa de la libertad, debía reducirse tan sólo a los casos de detención diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, se consideró en ese entonces que “en relación con los tres eventos allí señalados (...) la ley había calificado que se estaba en presencia de una detención injusta y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios con ella

¹⁶“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

¹⁷ Sección Tercera. Sentencia de 25 de julio de 1994, expediente 8666.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00495

causados”¹⁸.

Una tercera etapa y es la que prohija la Sala actualmente, sostiene que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación) u opera por equivalencia la aplicación del in dubio pro reo, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho debe asumir, máxime cuando se compromete el ejercicio del derecho fundamental a la libertad.

Recientemente, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del máximo órgano contencioso unificó su jurisprudencia mediante sentencia del 17 de octubre de 2013 en la que señala que ***“respecto del título jurídico de imputación aplicable a los eventos de privación injusta de la libertad, que se trata de un título de imputación o de un régimen de responsabilidad cuyo fundamento debe ubicarse directamente en el artículo 90 de la Constitución Política”*** y seguidamente expone los argumentos que amparan la responsabilidad objetiva del Estado, específicamente por el daño especial, en los casos de privación injusta de la libertad, en los siguientes términos:

“... en la dirección de justificar la aplicación –en línea de principio- de un título objetivo de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, basado en el daño especial, en casos en los cuales se produce la privación injusta de la libertad de una persona posteriormente absuelta o exonerada penalmente, en particular en aplicación del principio in dubio pro reo, adviértase que es el legislador –aunque de forma mediata- el que autoriza o incluso ordena que tales daños puedan producirse, en beneficio de la colectividad que tiene interés en que la Administración de Justicia funcione de manera eficiente, pero con evidente ruptura del principio de igualdad de todos los ciudadanos frente a las cargas públicas, en detrimento del particular afectado con la privación de la libertad; así pues, lo cierto en el fondo es que la ley que tal cosa autoriza, al tiempo que resulta plenamente ajustada a la Constitución Política, es aquella que con su aplicación ocasiona un daño que el afectado individualmente considerado no tiene el deber jurídico de soportar y, por tanto, le debe ser reparado con base en argumentos similares a los que le han permitido a esta Corporación declarar la responsabilidad extracontractual del Estado también al amparo del título jurídico de imputación consistente en el daño especial por el hecho de la ley ajustada a la Carta Política”

La sentencia de unificación señala también que si bien el régimen de responsabilidad aplicable al caso de la persona privada de la libertad que finalmente resulta exonerada penalmente ya sea por sentencia absolutoria o su equivalente, es el régimen objetivo del daño especial; ello no es óbice para que también concurren los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, caso este en el cual se determina y aconseja fallar bajo el régimen subjetivo.

No obstante lo anterior, a la hora de resolver el caso concreto, esto es, en la ratio decidendi del fallo, la Sala Plena de la Sección Tercera habilita al juez contencioso administrativo para que en el marco de su competencia, a la hora de resolver sobre la responsabilidad del Estado en los casos en que una persona es privada injustamente de la libertad en el desarrollo de una investigación penal, y finalmente resulta exonerada penalmente mediante la expedición de un fallo absolutorio a su favor o mediante decisión equivalente, para que realice un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determine si los argumentos que sustentan la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio de la in dubio pro reo, esconde deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son las que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la

¹⁸ Sección Tercera. Sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente 5989.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00495

investigación penal a su favor, tal como quedó sentado por la Sala Plena de la Sección Tercera¹⁹ (*ratio decidendi*) al señalar lo siguiente:

"Sin embargo, ha puesto de presente la Sección Tercera de esta Corporación que el Juez de lo Contencioso Administrativo se encuentra llamado a realizar –como en todos los casos– un análisis crítico del material probatorio recaudado en el plenario a efectos de establecer, aún cuando el Juez Penal u otra autoridad lo hayan afirmado o indicado expresamente ya, si en realidad la absolución de responsabilidad penal del sindicado se produjo, o no, en aplicación del aludido beneficio de la duda o si, más bien, la invocación de éste esconde la concurrencia de otro tipo de hechos y de razonamientos que fueron y/o deberían haber sido los que sustentaran la exoneración penal, como, por ejemplo, deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria por parte de las autoridades judiciales intervinientes, extremo que sin duda puede tener incidencia en la identificación de título de imputación en el cual habría de sustentarse una eventual declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, al igual que en el examen respecto de la procedencia de la instauración y las posibilidades de éxito de la acción de repetición en contra de los servidores públicos que con su actuar doloso o gravemente culposo pudieren haber dado lugar a la imposición de la condena en contra de la entidad estatal demandada".

De la anterior jurisprudencia de unificación, cabe examinar la regla general prevista para el análisis de la imputación de la responsabilidad, esto es la prevalencia de la libertad para el juzgamiento de los administrados, y las reglas de excepción cuando dicho derecho puede limitarse bajo estrictas condiciones, y cumpliendo los estándares convencionales y constitucionales.

LAS REGLAS GENERAL Y DE EXCEPCIÓN PARA EL ANÁLISIS DE LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CUANDO SE AFECTA EL DERECHO A LA LIBERTAD EN LOS PROCESOS PENALES QUE SE CURSAN CONTRA LOS ADMINISTRADOS.

La libertad personal puede ser definida como *"la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente"*²⁰. Esta lectura de libertad²¹ se cimenta en la exigencia positiva de los mínimos estándares convencionales, constitucionales y legales, que procuran que toda persona pueda afirmarse en la sociedad como interviniente de las interacciones en el ejercicio de los derechos, lo que representa un retorno a la idea inicial de la Declaración de

¹⁹ Sección Tercera. Sentencia del 17 de octubre de 2013, expediente 23354.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 1993. En el mismo sentido véanse las Sentencias C-634 de 2000 y C- 774 de 2001. HOYOS, Luis Eduardo, "Dos conceptos de libertad. Dos conceptos de democracia", en ARANGO, Rodolfo (ed), Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales, 1a ed. Siglo del Hombre Editores: Ediciones Uniandes, Bogotá, 2007, pp.167 y 168: "[...] La libertad individual –presuntamente formal– del liberalismo clásico, asociada conceptualmente a la idea de derechos humanos universales –también presuntamente formales– es una base normativa indispensable para pensar el sistema político democrático como adecuado a la búsqueda humana del bienestar y del mayor florecimiento social [...] El mismo hombre –para decirlo en una palabra– puede ser considerado a la vez desde dos perspectivas o aspectos diferentes: ora como un organismo natural más que comparte con otros un medio natural y que vive en él según principios de adaptación biológica, ora como un agente intencional y racional que hace cálculos en el tiempo, es decir, que tiene planes de acción y de vida, y que despliega esa acción y esa vida en ámbitos sociales y dentro de marcos institucionales. Es sólo en relación con el hombre considerado como agente intencional y social que tiene sentido hablar de responsabilidad y de libertad. El concepto de libertad humana es esencialmente normativo y social".

²¹ ASiS, Rafael de, Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos. Una aproximación dualista, Dykinson, Madrid, 2001, pp.56 y 57: "[...] Cabe hablar de tres sentidos de la libertad que dan lugar a otros tantos contenidos de derechos: libertad como no interferencia, libertad participación y libertad promocional. La libertad como no interferencia identifica un espacio de libertad en el que individuo puede hacer lo que quiera o escoger lo que quiere hacer. El individuo es soberano en esa parcela y el resto de sujetos y poderes tienen la obligación de no interferir esa soberanía. Pertenecen a este grupo derecho como a la vida, al honor, al pensamiento, a la conciencia, a la expresión. Se trata de los llamados derechos individuales y civiles. La libertad de participación se identifica con el reconocimiento del valor de la participación en la vida social [...] Por último la libertad promocional, trata de facilitar instrumentos necesarios y esenciales con lo que poder disfrutar de otros tipos de libertades, y por lo tanto para poder hacer o escoger lo que se quiere o para determinar qué es lo que se va a poder hacer o escoger".



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00495

1789 que promovió la libertad a partir de la afirmación del derecho objetivo²², sin desconocer su exigencia permanente como presupuesto para el ejercicio de los derechos de la persona²³.

Desde la perspectiva de la convencionalidad, la protección de la libertad exige la consideración y el respeto estricto a los mandatos de los artículos 1.1 (compromiso de los Estados por el respeto a los derechos y libertades reconocidos en la Convención, procurar su libre y pleno ejercicio), 2 (adopción de todas las medidas para hacer eficaz el ejercicio de los derechos y libertades), pero especialmente del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este, el artículo 7, es un mandato convencional que exige no sólo su respeto, sino que en virtud de la convencionalidad demanda de todas las autoridades, singularmente las judiciales, tener en cuenta ciertos criterios al momento de la procura y restricción de la libertad: (1) el respeto se afirma respecto de toda persona; (2) la regla general es que no procede la privación física de la libertad, salvo “por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”; (3) no procede en ningún caso la detención o encarcelamiento arbitrario; (4) cuando una persona es detenida o privada de su libertad debe oportunamente informársele las razones de tales medidas y notificarse con base en qué cargos se procede a las mismas; (5) cuando una persona es detenida o privada de su libertad se le garantiza su puesta a disposición de una autoridad judicial, teniendo ésta la obligación de juzgarlo en un término razonable, o a determinar su libertad aunque continúe vinculada al proceso penal; (6) la libertad puede condicionarse si de ello depende garantizar que se asegure la comparecencia a juicio de la persona procesada, y el logro de la justicia material dentro del caso que se adelante; (7) en todo caso la persona detenida o privada de la libertad puede acudir ante una autoridad judicial para que resuelva acerca de la legalidad de las mismas; (8) la amenaza de ser detenido o privado de la libertad ante la que pueda exponerse una persona debe contar con la garantía del recurso efectivo para que la autoridad judicial resuelva su legalidad; y (9) no hay lugar a detención por deudas, salvo lo relacionado con el incumplimiento de los deberes alimentarios.

Dichas reglas convencionales, además, se deben corresponder con las garantías judiciales establecidas en los artículos 8, 9 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de los que se desprende los siguientes mandatos convencionales: (1) afirmación plena de los derechos de defensa, debido proceso y contradicción; (2) obligación para que toda persona sea juzgada por un juez independiente e imparcial; (3) derecho a la presunción de inocencia, salvo que “establezca legalmente su culpabilidad”; (4) respeto por el non bis in idem y la cosa juzgada; (5) publicidad en el proceso penal, salvo en los casos en los que deba preservarse los intereses de la justicia; (6) juzgamiento de acuerdo con la ley penal previa, cierta y escrita; y (7) derecho al ejercicio de “un recurso sencillo y rápido” ante las autoridades judiciales competentes.

Ahora bien, bajo los postulados del Estado de Derecho²⁴, la premisa doctrinaria inicial es que cuando se analiza la libertad en el marco de los procesos penales, su privación sólo debería ser

²² ZAGREBELSKY, Gustavo, La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional, Trotta, Madrid, 2008, p.97. La libertad siempre se hace cimentar en la Declaración de 1789, sin aclarar el alcance de la misma: “[...] La Déclaration de 1789 no era propiamente <<derecho positivo>>, es decir, un derecho nacido de un acto de voluntad creadora. Era, en cambio, el reconocimiento de las <<verdades>> de una filosofía política elaborada por la filosofía de las <<luces>> y presentada como el sentido común de toda una época. una verdad, sin embargo, que <<solo>> pedía salir de la teoría y ser puesta en práctica. Esta <<puesta en práctica>> era tarea de la ley, y la <<puesta en práctica>> consistía, a su vez, en la demolición de las estructuras del Ancien Régime y en la instauración del reino de la libertad y de la igualdad jurídica en una sociedad que aún no conocía ni la una ni la otra, y que solo las conocería al someterse a la legislación revolucionaria. Así pues, la liberación social de los vínculos tardofeudales de la sociedad de Antiguo Régimen no habría pasado de las doctrinas políticas a la práctica política gracias a las leyes liberales, sino gracias a leyes positivas autoritarias. Por ello, puede decirse que la Déclaration sería efectiva, no mediante el reconocimiento y la protección jurídica de ciertas situaciones subjetivas individuales de libertad, sino solo con leyes objetivas imperativas. En una palabra, las libertades de la Revolución solo podían ser derecho objetivo, no subjetivo”

²³ ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, 9ª ed, Trotta, Madrid, 2009, p.86: “[...] Los derechos orientados a la libertad, es decir, a la voluntad, son una exigencia permanente, porque permanente es la voluntad que están llamados a proteger. La idea de los derechos continuamente en acción está estrechamente ligada a la del progreso individual y social, una idea que encierra en sí la ausencia de una conclusión, de un final”.

²⁴ ASÍS, Rafael de, Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista, ob., cit., pp.44 y 45. El modelo estricto de Estado de Derecho “se caracteriza por situar esta fórmula dentro de un concepto finalista del derecho, caracterizado por su configuración como una técnica de control social puesta al servicio de una determinada forma de entender a los individuos en donde se



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00495

consecuencia de una sentencia condenatoria, con el fin de proteger el principio universal de la presunción de inocencia, establecido en el artículo 29 de la Constitución Política. Sin embargo, "(...) *para los intereses de la investigación y de la justicia, y la efectividad de la sanción, es indispensable que los funcionarios judiciales, antes de proferir sentencia condenatoria, puedan tomar ciertas medidas entre las que se cuenta la privación de la libertad del procesado (...)*"²⁵. Dichas medidas, pueden afectar total o parcialmente la libertad de las personas.

Sin embargo, debido a las dos dimensiones antes mencionadas (convencional y constitucional), las restricciones a la libertad tienen un carácter eminentemente excepcional, pues, en defensa del interés general, solamente proceden si previamente se cumplen ciertos requisitos formales y materiales que se desprenden del propio artículo 28 constitucional. En otras palabras, las medidas restrictivas de la libertad se admiten bajo determinadas *condiciones* y por *motivos* que deben estar previamente definidos en la ley²⁶.

Ahora bien, las medidas cautelares, entre ellas la detención preventiva, por regla general tienen un carácter provisional o temporal y se encuentran en una relación de estricta sujeción con el principio de legalidad, esto es, se deben decretar bajo el riguroso cumplimiento de los requisitos convencionales, constitucionales y legales. Así mismo, la detención preventiva y la privación de la libertad como medida cautelar puede justificarse excepcionalmente para la defensa social, para prevenir el peligro procesal, sin perjuicio que sólo ésta última sea en la que se sustenta la jurisprudencia moderna.

Ahora bien, se debe subrayar que no siendo la detención preventiva una medida sancionatoria, sino, precisamente una medida de prevención, no resulta contraria al principio de presunción de inocencia, por cuanto no se trata de una pena y su uso debe ser excepcional.

Dentro de los mandatos convencionales su base fundamental se encuentra en el principio de presunción de inocencia, la que ha sido reconocida convencionalmente por diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos y libertades, tales como el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo XXVI de la Declaración Americana y artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Dicho principio, a su vez, tiene sustento en tres sub-principios;

(1) de trato humano (que implica que "la reclusión de una persona no debe conllevar restricciones o sufrimientos que vayan más allá de aquellos que sean inherentes a la privación de la libertad"²⁷);

(2) de posición de garante del Estado; y,

destaca su autonomía". Puede verse también en este sentido: HUMBOLT, W. Von, Los límites de la acción del Estado, Tecnos, Madrid, 1988; RAZ, Joseph, La autoridad del derecho, UNAM, México, 1985.

²⁵ Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2011, expediente 33238.

²⁶ Según lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, "Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta (...)". Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972 señala, 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas". En este mismo sentido el Decreto Ley 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 ordenan que " toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni privado de su libertad, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley". Así mismo, el artículo 6 de la Ley 599 de 2000 dispone, "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas, Documento OEA/Ser.LV/II, adoptado el 31 de diciembre de 2011.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00495

(3) de compatibilidad entre el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad y el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana.

Es precisamente a partir del último de los principios que la sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 17 de octubre de 2013, el Consejo de Estado se encuadra para aplicar las reglas de excepción; con fundamento en el principio de compatibilidad entre el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad y el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana.

LAS REGLAS DE EXCEPCIÓN AL JUZGAMIENTO EN LIBERTAD DE LOS ADMINISTRADOS.

Como bien se refirió en líneas anteriores, una vez delimitada el respeto a la libertad por parte del Estado Social de Derecho se entra a analizar si conforme al sub-principio convencional de la compatibilidad entre el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad y el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana, y su recepción en el fallo de unificación jurisprudencial en la sentencia de 17 de octubre de 2013; se puede predicar la configuración o no de la excepción para los casos de libertad.

Establecida la regla general del juzgamiento en libertad de las personas dentro del proceso penal, ratificado por la sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 17 de octubre de 2013, este Despacho encuentra necesario exponer cómo la misma providencia de unificación plantea ciertas excepciones, las cuales se ajustan a los principios convencionales y constitucionales expuestos, a dicha regla, con las que se pretende delimitar el alcance del derecho a la libertad, que no puede entenderse en términos absolutos, y la procedencia de medidas con las que se prive la libertad, siempre que se cumpla con requisitos específicos y expuestos, y que se corresponda con las exigencias convencionales y constitucionales.

De acuerdo con la mencionada sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera *"si en realidad la absolución de responsabilidad penal del sindicado se produjo, o no, en aplicación del aludido beneficio de la duda o si, más bien, la invocación de éste esconde la concurrencia de otro tipo de hechos y de razonamientos que fueron y/o deberían haber sido los que sustentaran la exoneración penal, como, por ejemplo, deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria por parte de las autoridades judiciales intervinientes, extremo que sin duda puede tener incidencia en la identificación de título de imputación en el cual habría de sustentarse una eventual declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado"*.

La jurisprudencia constitucional colombiana²⁸ ha sostenido que el derecho de todas las personas a la libertad, puede encontrar excepciones con base en los siguientes criterios:

- Que se ejerza la reserva judicial, que implica "un mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.
- Que se sustente la decisión de restringir la libertad en el principio de legalidad de la privación preventiva de la libertad
- Y cabe afirmar la aplicación del test de proporcionalidad para determinar si las restricciones a la libertad, para el caso concreto del proceso penal la medida de aseguramiento, resultan adecuadas y necesarias para la finalidad perseguida *"sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza"*.

Con fundamento en los anteriores argumentos, esta Casa Judicial como juez administrativo, y fundado en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 17 de octubre de 2013 del H. Consejo de Estado, debe establecer si el presente caso se comprende dentro de las excepciones que al juzgamiento en libertad debe procurar el Estado, y si es así; se corresponde con los

²⁸ sentencias C-1198 de 2008 y C-695 de 2013, sentencia C-695 de 2013.

195



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00495

estándares convencionales y constitucionales señalados.

DEL CASO EN CONCRETO Y LA APLICACIÓN DE LA REGLA EXCEPCIONAL POR DEFICIENCIAS EN EL RECAUDO Y VALORACIÓN PROBATORIA.

En el sub lite, el demandante SERGIO LUIS LUNA VIVANCO pretende la declaración de responsabilidad patrimonial de la Nación – Rama Judicial, por los perjuicios a él irrogados como consecuencia de la privación injusta de la libertad a que fue sometido, producto de la medida de aseguramiento de detención domiciliaria que les fue impuesta con ocasión de la investigación penal, que por el delito de PERTURBACION EN SERVICIO DE TRANSPORTE COLECTIVO U OFICIAL que se inició en su contra.

Analizada la decisión del 11 y 13 de septiembre del 2011²⁹ el Juzgado Primero Penal Municipal de Villanueva con Funciones de Garantía, ordenó la detención preventiva toda vez que de conformidad con el material probatorio allegado al expediente se cumplía las exigencias mínimas para la detención preventiva conforme lo consagra el art. 308 de la Ley 906 de 2004, esto es que fuera capturado en flagrancia.

Una vez llegado el día de audiencia, se solicita la preclusión de la investigación porque no existen elementos materiales probatorios para desvirtuar la presunción de inocencia. Se observa entonces, que el juez de conocimiento al considerar que no se incorporaron las pruebas en esta etapa procesal, no es posible determinar una autoría del delito muy a pesar que el juez de control de garantías si tuviera elementos probatorios que dieron pie a la medida.

Precisado lo anterior, corresponde a esta Judicatura determinar, en primer lugar, si cabe imputar responsabilidad a la entidad demandada por el daño padecido, consistente en los 1 año, 11 meses y 15 días que estuvo privado de la libertad; siguiendo los criterios fijados por la sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera del 17 de octubre de 2013, según la cual: el juez de administrativo está habilitado para estudiar críticamente el acervo probatorio, de manera tal que pueda establecer si la preclusión de la investigación, o la absolución se fundó en razones que sin ser consideradas o expuestas por la Fiscalía o el Juez Penal de conocimiento, llevan a la conclusión de aplicar la duda razonable, o in dubio pro reo a partir de deficiencias en la actividad investigativa, o en el recaudo y valoración probatoria, supuestos en los cuales; el régimen de responsabilidad objetiva, encuentra precisas excepciones, e impone no atribuir o imputar la responsabilidad al Estado de manera mecánica o instrumental, sino que exige una seria carga de motivación, justificación y ponderación de los hechos, y las pruebas, en sede de juzgamiento del contencioso administrativo.

Por las razones vistas, se debe establecer como elemento de imputación, si no fue adecuada la medida de la detención preventiva, o si por el contrario, era procedente configurándose una las excepciones de la responsabilidad del estado por limitar la libertad del demandante conforme quedaron fijadas por la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 17 de octubre de 2013, específicamente por deficiente o insuficiente recaudo y valoración probatoria. Para ello se analiza contrastadamente la decisión del juez de control de garantía por la que se ordenó la medida de aseguramiento y la providencia que decidió absolver a los investigados.

Analizadas las anteriores presupuestos, esta Casa Judicial encuentra que se presenta un claro supuesto de deficiencia o insuficiencia en el recaudo probatorio, lo que exige que no puede afirmarse la atribución o imputación de la responsabilidad a las entidades demandadas por la simple operancia del in dubio pro reo, ya que el juez administrativo no puede ser un operador mecánico, sino que debe corresponderse con los mandatos convencionales y constitucionales de la justicia material, porque como bien lo ha señalado el precedente de la Sala de la Sección Tercera del Consejo de

²⁹ folio 32 del cuaderno No. 3 del expediente.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00495

Estado, si en el mismo proceso se llega al final a absolver, esto no es indicativo **"de que hubo algo indebido en la detención"**, sin que esto constituya reelaboración alguna de la valoración probatoria efectuada por la jurisdicción penal.

Luego entonces, desvirtuada la procedencia de la imputación objetiva en el caso concreto (toda vez que el actor debe soportar la carga de la investigación) no se allego prueba alguna que de cuenta de la injusta medida, *contrario censu*, se pudo establecer que por la forma como se desarrollaron los hechos, esto es, la captura en flagrancia, concluye forzosamente el despacho, que existían razones fundadas para tal restricción. En conclusión, la Nación obro en el ejercicio del *jus puniendi* del Estado, pues se debía tomar las actuaciones necesarias para garantizar la NO exposición del peligro a la sociedad.

Así las cosas y al no existir pruebas que permitan concluir lo injusto de la medida, se denegaran las pretensiones, pues se reitera, la sentencia de unificación³⁰ señala que si bien el régimen de responsabilidad aplicable al caso de la persona privada de la libertad que finalmente resulta exonerada penalmente ya sea por sentencia absolutoria o su equivalente, es el régimen objetivo del daño especial; ello no es óbice para que también concurren los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, caso este en el cual se determina y aconseja fallar bajo el régimen subjetivo como se presenta en el caso de maras.

COSTAS.-

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparece que se causaron y están sujetas a demostración efectiva. Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

*".....
8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."*

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandante, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la entidad demandada haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00495

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez