

1223



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00163-00

Cartagena de Indias D. T y C, veintinueve (29) de Septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-33-008-2016-00163-00
Demandante	DIOSELINA OLIVO POLO Y OTROS
Demandado	NACIÓN – RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Tema	PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD
Sentencia No	0182

**1. PRONUNCIAMIENTO**

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Reparación Directa presentada por DIOSELINA OLIVO POLO 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 DE LA NACIÓN, administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de la privación injusta de la libertad de los señores DIOSELINA OLIVO POLO, LIDIS PARRA BERMEJO, CRISTINA CASSERES ALCAZAR, PEDRO ALCAZAR FIGUEROA, JAIRO ELLES PADILLA, CRISTIAN DAVID YANES, RODOLFO ALCAZAR FIGUEROA, EVIS BALBIN PEREZ, WILMER DAVID BLANCO CASSERES, DEIVIS MOJICA GALINDO, CLAUDINA ALCAZAR FIGUEROA y ELIECER PALACIO IMITOLA, por motivo de la detención preventiva sin beneficio de excarcelación ordenada por un Juez Penal de Control de Garantías de Cartagena.
2. Que se condene a la NACION – RAMA JUDICIAL Y FISCALIA GENERAL, a pagar las siguientes condenas:

**PERJUICIO MORAL**

- A favor de DIOSELINA OLIVO POLO la suma de 300 SMLMV.  
A favor de DIOSELINA POLO MELENDEZ la suma de 200 SMLMV.  
A favor de YENIS DEL CARMEN LIÑAN POLO, EDWIN OLIVO POLO Y JOSE ENRIQUE OLIVO POLO la suma de 75 SMLMV, para cada uno.
- A favor de LIDIS PARRA BERMEJO la suma de 300 SMLMV.  
A favor de EDGAR RAFAEL ALMEIDA PARRA, LUIS ANGEL ALMEDIA PARRA, FRANCISCO DE JESUS ALMEIDA PARRA, SOL MERYS BERMEJO LARA, FRANCISCO JAVIER PARRA CARO Y LUIS FERNANDO GONZALEZ CASTRO la suma de 200 SMLMV, para cada uno.  
A favor de YULIS PARRA BERMEJO, EDGAR PARRA BERMEJO Y JAVIER PARRA BERMEJO la suma de 75 SMLMV para cada uno.
- A favor de CRISTINA CASSERES ALCAZAR la suma de 300 SMLMV.  
A favor de FERNANDO ELIAS PEREZ CASSERES, YOSIRA PAOLA BATISTA CASSERES, FRANCISCO DE JESUS ALMEIDA la suma de 200 SMLMV, para cada uno.





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00163-00**

A favor de OSCAR DAVID CASSERES, ALCAZAR, ELVIA CASSERES ALCAZAR, WILMER DAVID CASSERES ALCAZAR, ROSALBA CASSERES ALCAZAR, JORGE LUIS CASSERES ALCAZAR, KEVIN ANDRES CASSERES ALCAZAR, OSCAR LUIS CASSERES ALCAZAR Y EDUARDO LUIS CASSERES ALCAZAR la suma de 75 SMLMV para cada uno.

- A favor de PEDRO ALCAZAR FIGUEROA la suma de 300 SMLMV.

A favor de DOLORES FIGUEROA DE ALCAZAR, PEDRO ALCAZAR PARRA, PEDRO ALFONSO ALCAZAR JIMENEZ Y LISETH ALCAZAR JIMENEZ la suma de 200 SMLMV, para cada uno.

A favor de RAFAEL ALCAZAR FIGUEROA, REINALDO ALCAZAR FIGUEROA, ARISTIDES ALCAZAR FIGUEROA, CANDELARIO ALCAZAR FIGUEROA, AURELIANO ALCAZAR FIGUEROA, ISIDRO ALCAZAR FIGUEROA Y CLAUDIA ALCAZAR FIGUEROA la suma de 75 SMLMV para cada uno.

- A favor de JAIRO ELLES PADILLA la suma de 300 SMLMV.

A favor de KATERINE MARIA ELLES DE LEON, WUINIS ELLES FERIA Y BLANCA IRIS DE LEON TEHERAN la suma de 200 SMLMV, para cada uno.

A favor de FRANCISCO ELLES PADILLA Y JAIRO ELLES PADILLA la suma de 75 SMLMV para cada uno.

- A favor de CRISTIAN DAVID YANES la suma de 300 SMLMV.

A favor de ELVIA ESTER CASSERES ALCAZAR ENDER DE JESUS YANES JUNCOS Y LEONOR SOFIA JULIO VIVANCO la suma de 200 SMLMV, para cada uno.

A favor de YISEL CAROLINA YANES CASSERES, JOHAN DE JESUS YANEZ CASSERES Y LUIS EDUARDO YANEZ CASSERES la suma de 75 SMLMV para cada uno.

- A favor de RODOLFO ALCAZAR FIGUEROA la suma de 300 SMLMV.

A favor de MIRYAN DAYANA ALCAZAR PADILLA la suma de 200 SMLMV.

A favor de CANDELARIO ALCAZAR FIGUEROA, RAFAEL ALCAZAR FIGUEROA, ARISTIDES ALCAZAR FIGUEROA, NICOLAS ALCAZAR FIGUEROA, CLAUDINA ALCAZAR FIGUEROA, PEDRO ALCAZAR FIGUEROA, REYNALDO ALCAZAR FIGUEROA, AURELIANO ALCAZAR FIGUEROA E ISIDRO ALCAZAR FIGUEROA la suma de 75 SMLMV para cada uno.

- A favor de EVIS BALBIN PEREZ la suma de 300 SMLMV.

A favor de DAILIS JOHANA BALBIN CARDONA, LAURA VANESA BALBIN CARDONA, SAMUEL ELID BALBIN CARDONA, MILAGRO DEL CARMEN BALBIN CARDONA Y MYLEIBIS DEL CARMEN CARDONA PEREZ la suma de 200 SMLMV, para cada uno.

A favor de YUDIS MARIA BALBIN PEREZ, YONIS BALBIN PEREZ, EFRAIN EVIS BALBIN PEREZ, YASMINA BALBIN PEREZ, FELIX ENRIQUE BALBIN PEREZ, EDUARDO ENRIQUE BALBIN PEREZ, CARMEN CECILIA BALBIN PEREZ, JUANA BALBIN PEREZ, MIRIAN IDALYS BALBIN PEREZ Y GABRIEL BALBIN PEREZ la suma de 75 SMLMV para cada uno.

- A favor de WILMER DAVID BLANCO CASSERES la suma de 300 SMLMV.

A favor de ANDRES DAVID BLANCO BAHOQUE, LEONEL DAVID BLANCO BAHOQUE, FUAD DAVID BLANCO BAHOQUE Y LEIDIS MARGARITA BAHOQUE OROZCO la suma de 200 SMLMV, para cada uno.

- A favor de DEIVIS MOJICA GALINDO la suma de 300 SMLMV.

A favor de SORAYDA GALINDO MARTINEZ, ARMANDO RAFAEL MOJICA SAUMETT Y LAURA VANESSA ROMERO MARTINEZ la suma de 200 SMLMV, para cada uno.



1224



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00163-00**

A favor de VILMA LUZ MOJICA MUNERA, ARMANDO RAFAEL MOJICA GALINDO, DANIEL DE JESUS MOJICA GALINDO, ARTURO ANTONIO MOJICA GALINDO Y DEIVIS ARMANDO MOJICA MUNERA la suma de 75 SMLMV para cada uno.

- A favor de **CLAUDINA ALCAZAR FIGUEROA** la suma de 300 SMLMV.

A favor de CLARA LUZ PALACIO ALCAZAR, MARIA ISABEL PALACIO ALCAZAR, KEILA PAOLA PALACIO ALCAZAR, AURISTELA PALACIO ALCAZAR, EDWIN PALACIO ALCAZAR, YAMIL PALACIO ALCAZAR, DOLORES FIGUEROA PALACIO, PEDRO ALCAZAR PARRA Y BELEÑO SOLANO PALACIO la suma de 200 SMLMV, para cada uno.

A favor de RODOLFO ALCAZAR FIGUEROA, CANDELARIO ALCAZAR FIGUEROA, RAFAEL ALCAZAR FIGUEROA, PEDRO ALCAZAR FIGUEROA, AURELIANO ALCAZAR FIGUEROA, ISIDRO ALCAZAR FIGUEROA, REYNALDO ALCAZAR FIGUEROA, NICOLAS ALCAZAR FIGUEROA, ARISTIDES ALCAZAR FIGUEROA, LUIS ANDRES PALACIO ALCAZAR Y YOIMER JESUS PALACIO PALACIO la suma de 75 SMLMV para cada uno.

- **ELIECER PALACIO IMITOLA** la suma de 300 SMLMV.

A favor de ELIANDRYS PALACIO OROZCO, NELLIS IMITOLA CERA Y JAVIER PALACIO LLAMAS la suma de 200 SMLMV, para cada uno.

A favor de ALEXANDER PALACIO IMITOLA la suma de 75 SMLMV.

**PERJUICIO PSICOLOGICO**

A favor de DIOSELINA OLIVO POLO, LIDIS PARRA BERMEJO, CRISTINA CASSERES ALCAZAR, PEDRO ALCAZAR FIGUEROA, JAIRO ELLES PADILLA, CRISTIAN DAVID YANES, RODOLFO ALCAZAR FIGUEROA, EVIS BALBIN PEREZ, WILMER DAVID BLANCO CASSERES, DEIVIS MOJICA GALINDO, CLAUDINA ALCAZAR FIGUEROA Y ELIECER PALACIO IMITOLA la suma de 400 SMLMV, para cada uno.

**DAÑO EN LA SALUD**

A favor de DIOSELINA OLIVO POLO, LIDIS PARRA BERMEJO, CRISTINA CASSERES ALCAZAR, PEDRO ALCAZAR FIGUEROA, JAIRO ELLES PADILLA, CRISTIAN DAVID YANES, RODOLFO ALCAZAR FIGUEROA, EVIS BALBIN PEREZ, WILMER DAVID BLANCO CASSERES, DEIVIS MOJICA GALINDO, CLAUDINA ALCAZAR FIGUEROA Y ELIECER PALACIO IMITOLA la suma de 400 SMLMV, para cada uno.

**DAÑO EN LA HONRA, BUEN NOMBRE Y DIGNIDAD**

A favor de DIOSELINA OLIVO POLO, LIDIS PARRA BERMEJO, CRISTINA CASSERES ALCAZAR, PEDRO ALCAZAR FIGUEROA, JAIRO ELLES PADILLA, CRISTIAN DAVID YANES, RODOLFO ALCAZAR FIGUEROA, EVIS BALBIN PEREZ, WILMER DAVID BLANCO CASSERES, DEIVIS MOJICA GALINDO, CLAUDINA ALCAZAR FIGUEROA Y ELIECER PALACIO IMITOLA la suma de 400 SMLMV, para cada uno.

**PERJUICIOS MATERIALES**

- a. A favor de DIOSELINA OLIVO POLO, LIDIS PARRA BERMEJO, CRISTINA CASSERES ALCAZAR, PEDRO ALCAZAR FIGUEROA, JAIRO ELLES PADILLA, CRISTIAN DAVID YANES, RODOLFO ALCAZAR FIGUEROA, EVIS BALBIN PEREZ, WILMER DAVID BLANCO CASSERES, DEIVIS MOJICA GALINDO, CLAUDINA ALCAZAR FIGUEROA Y ELIECER PALACIO IMITOLA la suma de \$1.000.000,00 por concepto de daños materiales bajo la modalidad de daño emergente.
- b. Condénese a pagar a la parte demandada el daño emergente futuro.





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00163-00**

c. Condénese a pagar a la parte demandada lucro cesante presente, pasado y futuro.

#### **DAÑO EMERGENTE FUTURO ESPECÍFICO**

A favor de DIOSELINA OLIVO POLO, LIDIS PARRA BERMEJO, CRISTINA CASSERES ALCAZAR, PEDRO ALCAZAR FIGUEROA, JAIRO ELLES PADILLA, CRISTIAN DAVID YANES, RODOLFO ALCAZAR FIGUEROA, EVIS BALBIN PEREZ, WILMER DAVID BLANCO CASSERES, DEIVIS MOJICA GALINDO, CLAUDINA ALCAZAR FIGUEROA Y ELIECER PALACIO IMITOLA deberá pagar las terapias, visitas al médico, visitas al psicólogo, psiquiatra y centros de salud, a cada uno, para mejorar su estado de salud dentro de las posibilidades que la ciencia permita.

#### **ALTERACION GRAVE DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA**

A favor de DIOSELINA OLIVO POLO, LIDIS PARRA BERMEJO, CRISTINA CASSERES ALCAZAR, PEDRO ALCAZAR FIGUEROA, JAIRO ELLES PADILLA, CRISTIAN DAVID YANES, RODOLFO ALCAZAR FIGUEROA, EVIS BALBIN PEREZ, WILMER DAVID BLANCO CASSERES, DEIVIS MOJICA GALINDO, CLAUDINA ALCAZAR FIGUEROA Y ELIECER PALACIO IMITOLA la suma de 400 SMLMV, para cada uno.

#### **DAÑO A LA VIDA EN RELACION O PERJUICIO FISIOLÓGICO**

A favor de DIOSELINA OLIVO POLO, LIDIS PARRA BERMEJO, CRISTINA CASSERES ALCAZAR, PEDRO ALCAZAR FIGUEROA, JAIRO ELLES PADILLA, CRISTIAN DAVID YANES, RODOLFO ALCAZAR FIGUEROA, EVIS BALBIN PEREZ, WILMER DAVID BLANCO CASSERES, DEIVIS MOJICA GALINDO, CLAUDINA ALCAZAR FIGUEROA Y ELIECER PALACIO IMITOLA la suma de 400 SMLMV, para cada uno.

#### **DAÑO A LA RECREACION**

A favor de DIOSELINA OLIVO POLO, LIDIS PARRA BERMEJO, CRISTINA CASSERES ALCAZAR, PEDRO ALCAZAR FIGUEROA, JAIRO ELLES PADILLA, CRISTIAN DAVID YANES, RODOLFO ALCAZAR FIGUEROA, EVIS BALBIN PEREZ, WILMER DAVID BLANCO CASSERES, DEIVIS MOJICA GALINDO, CLAUDINA ALCAZAR FIGUEROA Y ELIECER PALACIO IMITOLA la suma de 400 SMLMV, para cada uno.

#### **PROYECTO DE VIDA**

A favor de DIOSELINA OLIVO POLO, LIDIS PARRA BERMEJO, CRISTINA CASSERES ALCAZAR, PEDRO ALCAZAR FIGUEROA, JAIRO ELLES PADILLA, CRISTIAN DAVID YANES, RODOLFO ALCAZAR FIGUEROA, EVIS BALBIN PEREZ, WILMER DAVID BLANCO CASSERES, DEIVIS MOJICA GALINDO, CLAUDINA ALCAZAR FIGUEROA Y ELIECER PALACIO IMITOLA la suma de 400 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
5. Que se paguen intereses de toda índole.
6. Que se condene en costas y agencias en derecho.





1295

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00163-00

- HECHOS

La parte demandante expone como fundamentos facticos de sus pretensiones, en resumen, los siguientes:

Refirió, que:

-Los señores DIOSELINA OLIVO POLO, LIDIS PARRA BERMEJO, CRISTINA CASSERES ALCAZAR, PEDRO ALCAZAR FIGUEROA, JAIRO ELLES PADILLA, CRISTIAN DAVID YANES, RODOLFO ALCAZAR FIGUEROA, EVIS BALBIN PEREZ, WILMER DAVID BLANCO CASSERES, DEIVIS MOJICA GALINDO, CLAUDINA ALCAZAR FIGUEROA y ELIECER PALACIO IMITOLA, estuvieron privados de la libertad desde el 25 de Junio de 2012, en virtud de la medida de aseguramiento de detención preventiva decretada por el Juzgado Noveno Penal Municipal de Cartagena, por la presunta comisión de las conductas punibles de Asonada, Incendio, Perturbación de Certamen Democrático, Violencia a Servidor Público, Hurto y Lesiones Personales, hasta el día 17 de Julio de 2013, cuando el Juzgado Sexto Penal Municipal de Cartagena, ordenó su libertad.

-En virtud de la solicitud de la Fiscalía, el día 02 de Febrero de 2015, el Juzgado Quinto Penal con Funciones de Conocimiento de Cartagena, precluyó la investigación en contra de los demandantes antes señalados, por encontrar fundada la causal invocada por el ente instructor, consistente en la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia consagrada en el artículo 332 del Código Penal.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Como fundamento de sus pretensiones, la parte accionante, en resumen, planteó lo siguiente:

Señaló, que se deben tener en cuenta aquellos principios de derecho universal que establecen que quien ocasione un daño a otro tiene el deber de repararlo, así mismo, el principio inmerso en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, que 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.

Indicó, que a nivel doctrinario y jurisprudencial se ha entendido el régimen de responsabilidad objetiva del Estado por detención injusta como fundamento de responsabilidad en cabeza del mismo, cuando quiera que se haya detenido sin beneficio de excarcelación impidiéndole la libertad de locomoción a una persona y haya finalizado el proceso penal que le es subyacente por una sentencia absolutoria o una similar.

Aseguró, que en la demanda aparecen claramente demostrados los componentes jurisprudenciales de la responsabilidad Estatal por el título de imputación de detención injusta; que el daño denunciado en la demanda se le atribuye a la demandada por haber estado los demandantes privados de la libertad por más de un año en virtud de una providencia proferida por un Juez Penal perteneciente a la Rama Judicial; que, está, además, demostrado el nexo causal entre el daño antijurídico y la conducta de la administración de justicia, puesto que, la parte demandada, produjo una detención y no pudo en el transcurrir del proceso romper con el principio de presunción de inocencia.

Agregó, que en el presente caso, está demostrado incluso la falla del servicio de la administración de justicia, según explicó, ya que lo que hubo en el presente asunto, fue un absurdo proceso penal en donde se vieron conculcados los derechos fundamentales de los actores, no solo el de la libertad sino también el del buen nombre y el de la dignidad humana; y que, se extrae de la sentencia penal proferida que las víctimas no cometieron delito alguno, que no existe ni siquiera un





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00163-00**

indicio en su contra, ni pruebas, ni una prueba que diga que hubo armas; que se trató de un falso positivo.

Invocó como normas fundantes de sus pretensiones, los artículos 2356 y SS del Código Civil, 75 y SS del Código de Procedimiento Civil, 90 de la Constitución Política Colombiana, y transcribió apartes de sentencias del Honorable Consejo de Estado, referentes a responsabilidad por privación injusta.

**- CONTESTACIÓN**

**RAMA JUDICIAL:** Manifestó, que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, según explicó, porque en el caso que se demanda no hubo falla en el servicio por privación injusta de la libertad.

Argumentó, que el caso bajo análisis se tramitó conforme al procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004; que, en el mismo el juez de conocimiento decretó la preclusión de la investigación penal por solicitud expresa de la Fiscalía General de la Nación; y que, cuando la Fiscalía solicita la preclusión de la investigación no surge la responsabilidad del Estado respecto de la Nación – Rama Judicial, según explicó, esto último, porque la privación de la libertad tuvo origen en actuación atribuida al organismo investigador, pues al no existir verdaderos elementos materiales de prueba que comprometieran la responsabilidad del procesado, era improcedente iniciar y/o proseguir una investigación penal.

Presentando la excepción denominada “FALTA DE RELACIÓN CAUSAL ENTRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA Y PERSONA DEL DEMANDADO” y “HECHO DE UN TERCERO”.

**FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN:** Manifestó, que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Y agregó, que en el presente caso, la entidad llamada a responder por los daños demandados es la Rama Judicial, al ser un Juzgado Penal Municipal de Control de Garantías, quien profirió la decisión en virtud de la cual fueron privados de la libertad los demandantes DIOSELINA OLIVO POLO, LIDIS PARRA BERMEJO, CRISTINA CASSERES ALCAZAR, PEDRO ALCAZAR FIGUEROA, JAIRO ELLES PADILLA, CRISTIAN DAVID YANES, RODOLFO ALCAZAR FIGUEROA, EVIS BALBIN PEREZ, WILMER DAVID BLANCO CASSERES, DEIVIS MOJICA GALINDO, CLAUDINA ALCAZAR FIGUEROA y ELIECER PALACIO IMITOLA.

Propone las excepciones de mérito denominadas: “*CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL*” y “*NO HAY NEXO CAUSAL*”.

**- TRAMITES PROCESALES**

La demanda fue inicialmente inadmitida, y luego de subsanada admitida mediante auto fechado 18 de Agosto de 2016, siendo notificada al demandante por estado electrónico 134.

Seguidamente, fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 01 de Septiembre de 2016 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Posteriormente, mediante auto de fecha 20 de Enero de 2017 se citó a las partes a audiencia inicial para el día 13 de Marzo del mismo año, conforme con el artículo 180 del CPACA y se fija audiencia de pruebas.

Los días 09 de Mayo y 01 de Agosto de 2017 se practican las pruebas, se cierra el periodo probatorio y se corre traslado para alegar dentro de los 10 días siguientes.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00163-00

- ALEGACIONES

**DE LA PARTE DEMANDANTE.** En sus alegatos de conclusión, en concreto y a modo de conclusión, planteó lo siguiente:

Indicó, que está suficientemente probado, que, los demandantes estuvieron privados de la libertad desde el 25 de Junio de 2012 hasta el 17 de Julio de 2013 inicialmente en detención intramuros y luego en domiciliaria, y que, dicha detención fue injusta en tanto fueron absueltos por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia de los procesados.

Señaló, que la parte demandada, no logró demostrar, que actuaron amparados en una causal de ausencia de responsabilidad, ni el rompimiento del nexo causal, ni la existencia de fuerza mayor o caso fortuito, ni culpa exclusiva de la víctima, ni la existencia de un hecho exclusivo o determinante de un tercero.

Y finalizó, manifestado que al ser la privación de la libertad de los demandantes injusta, se les causó un daño antijurídico que debe ser reparado.

Con base en lo anterior, solicitó conceder las pretensiones de la demanda.

**DE LA PARTE DEMANDADA.**

**RAMA JUDICIAL:** En sus alegatos de conclusión, en síntesis, planteó lo siguiente:

Señaló, que en el presente caso, se puede concluir que la teoría presentada por la Fiscalía al inicio del juicio oral, no encontró respaldo en las pruebas legalmente recaudadas y arrimadas, 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 de los hoy demandantes, por lo que, a petición de la fiscalía, el juez de la causa debió decretar la preclusión de la investigación;

Y agregó, que, 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.

Con base en lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la demanda.

**FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN:** Se ratifica en los planteamientos esbozados en la contestación, básicamente, en que en el presente caso, no se le puede atribuir responsabilidad a la Fiscalía, según explica, porque fue la Rama Judicial, a través de un Juzgado Penal Municipal de Control de Garantías, quien profirió la decisión en virtud de la cual fueron privados de la libertad los demandantes DIOSELINA OLIVO POLO, LIDIS PARRA BERMEJO, CRISTINA CASSERES ALCAZAR, PEDRO ALCAZAR FIGUEROA, JAIRO ELLES PADILLA, CRISTIAN DAVID YANES, RODOLFO ALCAZAR FIGUEROA, EVIS BALBIN PEREZ, WILMER DAVID BLANCO CASSERES, DEIVIS MOJICA GALINDO, CLAUDINA ALCAZAR FIGUEROA y ELIECER PALACIO IMITOLA.

**MINISTERIO PUBLICO:** No emitió concepto.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00163-00

### 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

#### CUESTIONES PREVIAS

Se presentaron las excepciones "FALTA DE RELACIÓN CAUSAL ENTRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA Y PERSONA DEL DEMANDADO", "HECHO DE UN TERCERO", "CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL" y "NO HAY NEXO CAUSAL", pero como quiera que las excepciones presentadas se centran en el debate jurídico de la presente demanda, se resolverá al momento de decidir de fondo las pretensiones deprecadas.

#### - PROBLEMA JURIDICO

Determinar si existe responsabilidad administrativa y patrimonial de los entes demandados, por la privación injusta de la libertad de la que fueron objeto los señores DIOSELINA OLIVO POLO, LIDIS PARRA BERMEJO, CRISTINA CASSERES ALCAZAR, PEDRO ALCAZAR FIGUEROA, JAIRO ELLES PADILLA, CRISTIAN DAVID YANES, RODOLFO ALCAZAR FIGUEROA, EVIS BALBIN PEREZ, WILMER DAVID BLANCO CASSERES, DEIVIS MOJICA GALINDO, CLAUDINA ALCAZAR FIGUEROA Y ELIECER PALACIO IMITOLA, con ocasión de la medida de aseguramiento proferida en su contra, que a voces de la parte actora resultó injusta.

#### - TESIS

En presente caso, se vislumbra un claro supuesto de deficiencia o insuficiencia en la valoración probatoria, 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 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 los actores debían soportar la carga de la investigación) no se allegó prueba alguna que dé cuenta de la injusta medida, *contrario censu*, se pudo establecer por la forma como se desarrollaron los hechos, de cara a los elementos de conocimiento recaudados, en especial, al sin número de entrevistas llevadas a cabo, en donde testigos presenciales y directos de los hechos dan cuanta de las circunstancias de tiempo, lugar y modo como ocurrieron los mismos e individualizan a muchas de las personas que ocasionaron los graves hechos constitutivos de las conductas punibles que fueron investigadas penalmente, entre las cuales, fueron manifiestamente señaladas los demandantes privados de la libertad, concluye forzosamente el despacho, que existían razones fundadas para tal restricción. En conclusión, pese a que el daño antijurídico se estableció, se demostró que no es imputable a las entidades demandadas ya que la Nación obró 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.



1227



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00163-00

Así las cosas y al no existir pruebas que permitan concluir lo injusto de la medida, se denegara las pretensiones de la demanda, pues se reitera; la sentencia de unificación<sup>1</sup> 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 marras.

A la anterior conclusión se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

**ANALISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL**

**DAÑO ANTIJURÍDICO.**

El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual<sup>2</sup> 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"<sup>3</sup>; 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"; 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"<sup>4</sup>, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos<sup>5</sup>; y, iii) porque

<sup>1</sup> sentencia del 17 de octubre de 2013

<sup>2</sup> "[...] 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> "[...] 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.

<sup>5</sup> "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. 13-001-33-33-008-2016-00163-00

no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general<sup>6</sup>, o de la cooperación social<sup>7</sup>.

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"<sup>8</sup>. 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"<sup>9</sup>.

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"<sup>10</sup>. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable<sup>11</sup>, anormal<sup>12</sup> y que se trate de una situación jurídicamente protegida<sup>13</sup>.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Agregándose: "Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigírle 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.

<sup>11</sup> Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

<sup>12</sup> "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

<sup>13</sup> Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.



1228



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00163-00

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 padece<sup>14</sup>.

**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.

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**

<sup>14</sup> “[...] 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 una responsabilidad orientada hacia el futuro 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 pudiere 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. Excluirla de la materia deja 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.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00163-00

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 Estado<sup>15</sup>, 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 1.991 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 recetario- un específico título de imputación”.*<sup>16</sup>

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

<sup>16</sup> “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.





1229

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00163-00

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 judicial<sup>17</sup>.

En segundo lugar, 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 causados"<sup>18</sup>.

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

<sup>17</sup> Sección Tercera. Sentencia de 25 de julio de 1994. expediente 8666.

<sup>18</sup> Sección Tercera. Sentencia de 2 de mayo de 2007. expediente 5989.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00163-00

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 investigación penal a su favor, tal como quedó sentado por la Sala Plena de la Sección Tercera<sup>19</sup> (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

<sup>19</sup>Sección Tercera. Sentencia del 17 de octubre de 2013, expediente 23354.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00163-00

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 sindicato 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”*<sup>20</sup>. Esta lectura de libertad<sup>21</sup> se cimienta en la exigencia positiva de los mínimos estándares convencionales, constitucionales y legales, que

<sup>20</sup> 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”.

<sup>21</sup> ASÍS, 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. 13-001-33-33-008-2016-00163-00

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 1789 que promovió la libertad a partir de la afirmación del derecho objetivo<sup>22</sup>, sin desconocer su exigencia permanente como presupuesto para el ejercicio de los derechos de la persona<sup>23</sup>.

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 ídem y la cosa juzgada; (5) publicidad en

<sup>22</sup> 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 Regime 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".

<sup>23</sup> 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".





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00163-00

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 Derecho<sup>24</sup>, la premisa doctrinaria inicial es que cuando se analiza la libertad en el marco de los procesos penales, su privación sólo debería ser 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 (...) "<sup>25</sup>. 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 ley<sup>26</sup>.

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.

<sup>24</sup> 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 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.

<sup>25</sup> Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2011. expediente 33238.

<sup>26</sup> 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 las 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".





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00163-00

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"<sup>27</sup>);

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

(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 priva la libertad, siempre que se cumpla con requisitos específicos y expresos, 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 colombiana<sup>28</sup> ha sostenido que el derecho de todas las personas a

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> sentencias C-1198 de 2008 y C-695 de 2013, sentencia C-695 de 2013.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00163-00

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 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, los demandantes, pretenden la declaración de responsabilidad patrimonial de la Nación – Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios a ellos irrogados como consecuencia de la privación injusta de la libertad a que fueron sometidos los señores DIOSELINA OLIVO POLO, LIDIS PARRA BERMEJO, CRISTINA CASSERES ALCAZAR, PEDRO ALCAZAR FIGUEROA, JAIRO ELLES PADILLA, CRISTIAN DAVID YANES, RODOLFO ALCAZAR FIGUEROA, EVIS BALBIN PEREZ, WILMER DAVID BLANCO CASSERES, DEIVIS MOJICA GALINDO, CLAUDINA ALCAZAR FIGUEROA y ELIECER PALACIO IMITOLA, en virtud de la medida de aseguramiento de detención preventiva que les fue impuesta dentro de la investigación penal, que por las conducta punibles de ASONADA, INCENDIO, PERTURBACIÓN DE CERTAMEN DEMOCRATICO, VIOLENCIA A SERVIDOR PUBLICO, HURTO y LESIONES PERSONALES, se inició en su contra.

Analizadas las decisiones, del 20 de Junio del 2012, emitida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Garantía de Cartagena, y en el caso del señor ELIECER PALACIO IMITOLA, del 30 de Octubre de 2012, emitida por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Garantías de Bogotá – IRI ENGATIVA, se advierte que dichos estrados judiciales ordenaron la detención preventiva de los señores antes señalados toda vez que de conformidad con los elementos de conocimiento allegados al expediente se cumplía las exigencias mínimas para imponer dicha medida conforme lo consagra el art. 308 de la Ley 906 de 2004, esto es: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Entre los elementos de conocimiento que tuvo en cuenta el Juez de Garantías para adoptar la decisión de cobijar con medida de aseguramiento a los demandantes en mención, se encuentran un sin número de entrevistas, en donde testigos presenciales y directos de los hechos dan cuanta de las circunstancias de tiempo, lugar y modo como ocurrieron los mismos e individualizan a muchas de las personas, que ocasionaron los graves hechos constitutivos de las conductas punibles que fueron investigadas penalmente, entre las cuales, fueron manifiestamente señaladas, los demandantes cobijados con medida de aseguramiento y que hoy demandan en reparación directa.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00163-00

Sin embargo, ya en la etapa de Juzgamiento, en razón de la solicitud de la Fiscalía, el día 02 de Febrero de 2015, el Juzgado Quinto Penal con Funciones de Conocimiento de Cartagena, precluye la investigación seguida contra de los demandantes antes señalados, por encontrar fundada la causal invocada por el ente instructor, consistente en la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia consagrada en el artículo 332 del Código Penal.

Lo anterior, permite vislumbrar, que en el presente caso la decisión de decretar la preclusión de la investigación seguida en contra de los demandantes, obedeció a la imposibilidad de materializar en el juicio la práctica de las pruebas que permitieran al Juez de Conocimiento tener certeza sobre la responsabilidad en la comisión de las mismas, es decir, que en el presente caso no quedó por sentado que la conducta no existió, o que fue atípica, o que los sindicados no la cometieron, si no que no fue posible realizar la práctica de las pruebas que demostraban la responsabilidad en los graves hechos ocurridos el 31 de Octubre de 2011 en la Registraduría y Alcaldía del municipio de Villanueva Bolívar; pero esto, no conlleva a descartar que el Juez de Control de Control de Garantías, actuó ajustado a derecho y que tuvo en sus manos en sede preliminar los elementos de conocimiento que le exigían imponer una medida de aseguramiento, como la que impuso a los demandantes.

Siendo así las cosas, estima el Despacho, que en este caso, se presenta un claro supuesto de deficiencia o insuficiencia en la valoración probatoria, 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 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 los actores debían soportar la carga de la investigación) no se allegó prueba alguna que dé cuenta de la injusta medida, *contrario censu*, se pudo establecer por la forma como se desarrollaron los hechos, de cara a los elementos de conocimiento recaudados, en especial, al sin número de entrevistas llevadas a cabo, en donde testigos presenciales y directos de los hechos dan cuanta de las circunstancias de tiempo, lugar y modo como ocurrieron los mismos e individualizan a muchas de las personas que ocasionaron los graves hechos constitutivos de las conductas punibles que fueron investigadas penalmente, entre las cuales, fueron manifiestamente señaladas los demandantes privados de la libertad, concluye forzosamente el despacho, que existían razones fundadas para tal restricción. En conclusión, pese a que el daño antijurídico se estableció, se demostró que no es imputable a las entidades demandadas ya que la Nación obró 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 denegara las pretensiones de la demanda, pues se reitera; la sentencia de unificación<sup>29</sup> 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 marras.

<sup>29</sup> sentencia del 17 de octubre de 2013





1233

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00163-00

**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 aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

".....

*8. Sólo 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.

**V. DECISIÓN**

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

**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

