



1401

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00298

Cartagena de Indias D. T y C, cinco (05) de Diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-33-008-2016-00298-00
Demandante	ULY OSPINA RODRIGUEZ Y OTROS
Demandado	DIRECCION EJECUTIVA DE LA RAMA JUDICIAL-FISCALIA GENERAL DE LA NACION
Tema	PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD
Sentencia No	0256

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Reparación Directa presentada por **ULY OSPINA RODRIGUEZ Y OTROS**, a través de apoderado judicial, contra **DIRECCION EJECUTIVA DE LA RAMA JUDICIAL-FISCALIA GENERAL DE LA NACION**.

2. ANTECEDENTES

PRETENSIONES:

1. Que se declare a la **NACION – RAMA JUDICIAL Y FISCALIA GENERAL**, administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios causados a los demandantes, con la privación injusta y arbitraria de la libertad de los señores **CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ** y **HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA**.
2. Que se condene a la **NACION – RAMA JUDICIAL Y FISCALIA GENERAL**, a pagar las siguientes condenas:

PERJUICIO MORAL

- A) Se paguen perjuicios morales a favor de los señores **CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ** y **HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA** y a cada uno de los miembros que componen los respectivos núcleos familiares de estas víctimas, conforme los montos señalados en la demanda.

AFECTACION RELEVANTE A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS

Se paguen perjuicios morales a favor de los señores **CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ** y **HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA** y a cada uno de los miembros que componen los respectivos núcleos familiares de estas víctimas, conforme los montos señalados en la demanda.

B) PERJUICIOS MATERIALES

- a. A favor de **CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ** y **HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA** la suma de \$46.240.000,00 para cada uno, por concepto de daños materiales bajo la modalidad de lucro cesante.
- b. Por concepto de daños materiales bajo la modalidad de daño emergente páguese a **CESAR ANTONIO BORJA** la suma de \$60.000.000, a **JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ** la suma de \$45.000.000, y a **HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA** la suma de \$32.000.000,00





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00298

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 189, 192, 193 y 195 del CPACA
5. Que se paguen intereses moratorios.
6. Que se condene en costas y agencias en derecho.

- HECHOS

Para la fecha 26 de septiembre de 2009, fueron capturados los señores CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ y HAROL ENRIQUE JIMENEZ LARA, por los supuestos delitos de "Homicidio Agravado en Concurso Homogéneo, en Concurso con Concierto para Delinquir Agravado". Por tales hechos se les abrió investigación imponiéndoles medida de aseguramiento de detención en establecimiento carcelario.

Mediante Sentencia proferida en la fecha 2 de octubre de 2015, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Cartagena, reconociendo que existió un yerro en el Ejercicio de la Función Judicial e Investigativa, y gracias al Control de Legalidad Ejercido por el Abogado defensor, decidió ABSOLVER a los señores CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ y HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA. Por el supuesto delito de "HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO, EN CONCURSO CON CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO". Imputado previamente, ya que no fue posible para el ente acusador, presentar por imposibilidad física y material, las pruebas que llevaran a concluir la responsabilidad del procesado.

Luego de más de 68 meses de haber sido capturado los señores CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ y HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA, se reconoció que existió un yerro en la Función Judicial, donde en el transcurso de la misma se tomaron decisiones de manera apresurada y con pruebas que no llenaban los requisitos mínimos para poder ser tenidas en cuenta.

El daño antijurídico causado a los solicitantes deviene de la injusta privación de la libertad a que fueron sometidos los señores CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ y HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA por la conducta de la Administración.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

CONSTITUCIONALES

Preámbulo de la Constitución de 1.991

Artículo 2

LEY 270 DE 1996 (Ley Estatutaria de Administración de Justicia) Artículos 65 y s.s. – Artículo 414 del C.P.P.

Artículo 1613 al 1617 del C.C. y Artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.





1402

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00298

JURISPRUDENCIA

Doctrina Jurisprudencial Honorable Consejo de Estado – Sentencia del 4 de Diciembre de 2006, Radicado 13.168 – Magistrado Ponente MAURICIO FEJARDO GÓMEZ

PRINCIPIO

In dubio pro reo

PRONUNCIAMIENTO DEL CONSEJO DE ESTADO

LIBERTA PERSONAL – Carga Publica / CARGA PUBLICA – Libertad Personal / LIBERTAD PERSONAL – Derecho Fundamental / CARGA PUBLICA – Noción.

DAÑO ANTIJURIDICO – Concepto / CARGA PUBLICA – Daño Jurídico / PRIVACION DE LA LIBERTAD – Daño Antijurídico / PRIVACION DE LA LIBERTAD – Carga Pública.

INEXISTENCIA DE PRUEBAS – Beneficio de la Prueba / BENEFICIO DE LA DUDA – Absolución / PRESUNCION DE INOCENCIA – Privación Injusta de la Libertad / PRINCIPIO IN DUBIO PROREO - privación injusta de la libertad (...) exonerar al estado de responsabilidad por no realizar o culminar las averiguaciones que habrían probablemente conducido a la estructuración de la causal de detención preventiva injusta consistente en que el sindicado no cometió el hecho, habiéndose previamente dispuesto su encarcelamiento. constituiría una manifiesta inequidad.

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD – Privación injusta de la libertad / COLISION DE DERECHOS – privación injusta de la libertad / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD – proporcionalidad Colisión de derechos.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Tercera, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Radicación 25000-2326-000-1994-09817-01 (13168), Actor AUDY HERNANDO FORIGUA PANCHE Y OTROS.

Estamos en presencia de una típica RESPONSABILIDAD OBJETIVA, pues se causó un daño Antijurídico, consistente en la privación injusta de la libertad sufrido por los señores CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ y HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA, donde es evidente, se profirió una decisión definitiva de absolver al procesado por considerar que del análisis probatorio no resultaba con claridad la comisión de los hechos por los cuales se juzgaba.

- CONTESTACIÓN

RAMA JUDICIAL:

Se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por inexistencia de falla del servicio por privación injusta de la libertad, dado que toda la actuación judicial estuvo soportada en normas legales y vigentes.

Se observa en el proceso penal que resultaron vinculados los señores CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ y HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA, culminó con sentencia Absolutoria por ausencia de pruebas.

El juez con funciones de control de Garantías, de acuerdo a las funciones de la LEY 906 de 2004, dirige audiencias preliminares, en las cuales, no se discute la Responsabilidad penal de los imputados, por cuanto el juez con Funciones de Control de Garantías trabaja con elementos





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00298

probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida, elementos que no constituyen plena prueba y por ende, no son suficientes para discutir la responsabilidad.

la Audiencia de imputación e imposición de medidas de aseguramiento, se desarrolla con base en las pruebas aportadas por la Fiscalía General de la Nación, de las cuales se podía inferir de manera razonada la necesidad de la medida más no la RESPONSABILIDAD del imputado en el delito endilgado, de tal manera que el resultado dañoso, no resulta imputable a la Rama Judicial, por ausencia de Nexo Causal, resulta evidente que la privación de la libertad de los señores CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ y HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA, desde el punto de vista de la causalidad material, fue producto de la actuación del ente investigador, lo que rompe el nexo de causalidad entre el acto jurisdiccional de privación de la libertad y el daño que se alega como irrogado.

teniendo en cuenta lo anterior no hay responsabilidad del Estado – RAMA JUDICIAL – que deba indemnizar por el debido cumplimiento de la ley, por lo que con el debido respeto solicito al señor juez DENEGAR todas y cada una de las pretensiones de la demanda y absolver de todo cargo.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN:

Manifiesta que no le constan en su mayoría los hechos narrados, por lo cual se atiene a lo que de ellos resulte probado en el proceso y que efectivamente correspondan al presunto daño antijurídico ocasionado a los señores CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ y HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA.

En Sentencia 6 de Septiembre de 2001, la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Doctor ARIEL HERNANDEZ ENRIQUEZ, radicación 1966-316001, fijó como criterio jurisprudencial el tope de los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando el Daño Moral Cobra su mayor intensidad, en caso de muerte de un ser querido que este en primer grado de consanguinidad con el demandante. Teniendo en cuenta lo anterior manifiesta que no es dable reconocer el Monto de Salarios Mínimos Legales mensuales para la parte actora teniendo en cuenta que resultan excesivas y no corresponden a los criterios sobre tasación de perjuicios morales.

Manifiesta en caso de ser procedente el reconocimiento de los perjuicios, se deberá tener en cuenta lo señalado por la *Sección Tercera - de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado - fija los topes Indemnizatorios en materia de perjuicios Inmateriales - Daños Morales, Daños a la Salud y Afectación Relevante a bienes o Derechos Constitucionales y Convencionalmente Protegidos*, de fecha 4 de septiembre de 2014 que unificó su jurisprudencia y estableció topes a los montos indemnizatorios que se reconocen y se liquidan en materia de perjuicios inmateriales, como daño Moral, Daño a la Salud, Afectación a bienes o Derechos Constitucionales y Convencionalmente Protegidos.

En cuanto al Lucro Cesante y Daño Emergente las pruebas y las sumas de dinero dejadas de percibir por las víctimas no obra prueba alguna que demuestre que los demandados devengaban dicha cantidad y los gastos que se dieron durante el trámite del proceso. Por lo anterior solicita se ordene la regulación de dichos perjuicios.

El proceso Penal se adelantó en vigencia de la Ley 906 de 2004, por lo que precisamente hubo Formulación de Imputación y la Imposición de Medida de Aseguramiento consiste en detención preventiva, la realizó el juzgado, previa solicitud del Fiscal correspondiente; *es decir, que la decisión relacionada con la privación de la libertad*, de los demandantes es potestad del Funcionario Judicial es decir el Juez, lo cual nos conlleva a concluir que la responsabilidad sobre la restricción de la libertad finalmente estuvo en cabeza de la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial.





1403

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00298

- **TRAMITES PROCESALES**

La demanda fue admitida mediante auto fechado 19 de enero de 2017, siendo notificada al demandante por estado electrónico 005.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 01 de febrero de 2017 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Se fija en lista el día miércoles 17 de mayo de 2017, traslado a la parte interesada sobre las excepciones en la contestación de la demanda.

Posteriormente, mediante auto de fecha 09 de junio de 2017 se citó a las partes a audiencia inicial para el día 09 de agosto del mismo año, conforme con el artículo 180 del CPACA y se fija audiencia de pruebas.

El 27 de septiembre de 2017, se celebra audiencia de pruebas, de acuerdo al auto fechado 18 de Junio de 2018 se fija fecha para continuación de Audiencia de Pruebas; se cierra el periodo probatorio y se corre traslado para alegar dentro de los 10 días siguientes.

- **ALEGACIONES**

DE LA PARTE DEMANDANTE

CESAR ANTONIO BORJA: Está comprobado que el señor CESAR ANTONIO BORJA, fue injustamente privado de la libertad, se le imputaron hechos que jamás cometió y, por ello, no puede endilgársele comportamiento alguno a título de dolo o culpa, en la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Cartagena, se reconoció que existió un yerro en el ejercicio de la Función Judicial e Investigativa en la cual se Absolvió. Siendo procedente declarar la responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación y Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial.

Cabe de tener en cuenta que el señor CESAR ANTONIO BORJA estuvo recluso en la cárcel por más de 5 años, por el presunto delito de Homicidio Agravado en Concurso Homogéneo con Concierto para delinquir agravado, situación que violó sus Derechos Fundamentales a la Libertad y Buen Nombre, teniendo en cuenta lo anterior solicito conceder todas las pretensiones de la demanda y las que se encuentren probadas al interior del proceso.

DE LA PARTE DEMANDADA.

FISCALIA GENERAL DE LA NACION: Está obligada adelantar el ejercicio de la Acción Penal y realizar la investigación de los hechos por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal de estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

Teniendo en cuenta la anterior se solicitó Sentencia Condenatoria en contra de los acusados CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ y HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA, con el argumento que la prueba TESTIMONIAL de ELKIN MAUSA LEÓN se constituye en el eje transversal de la develación acerca de los acusados que efectivamente hicieron parte de la empresa criminal denominada los Paisa, que tuvo su génesis a partir de 2008. Lo cual indica que efectivamente se obró en cumplimiento de un deber legal y amparada por lo consagrado en el artículo 250 de la Constitución Política de lo que se puede colegir sin temor a equivoco, que no puede endilgársele responsabilidad patrimonial alguna a la





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00298

Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial – Fiscalía General de la Nación por estos hechos.

RAMA JUDICIAL: Se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por inexistencia de falla del servicio por privación injusta de la libertad, dado que toda la actuación judicial estuvo soportada en normas legales y vigentes. La Fiscalía General de la Nación, renunció a dos pruebas testimoniales y cambio su teoría del caso en la etapa de alegaciones finales, solicitando la absolución de la parte actora. Dichas falencia de tipo probatorio, conllevaron a que el juez con funciones de conocimiento no pudiese emitir sentencia condenatoria ante el hecho de que no se encontraba demostrado la responsabilidad de la demandante. La medida de aseguramiento fue proporcional y necesaria, dada la gravedad de la conducta punible.

Teniendo en cuenta lo anterior **NO SE CONFIGURO DAÑO ANTIJURIDICO ALGUNO**, ya que las autoridades judiciales obraron en el ejercicio del *jus puniendi* del estado, pues se debían tomar las medidas pertinentes para evitar un peligro en la sociedad, al no configurarse el primer elemento de responsabilidad para que proceda la indemnización, es de concluir que no se configura la responsabilidad del Estado, por todo lo anterior, solicito se denieguen todas las pretensiones de la demanda y se absuelva de toda responsabilidad.

MINISTERIO PUBLICO: No presentó 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 JURÍDICO:

Determinar si existe responsabilidad administrativa y patrimonial de los entes demandados, por los perjuicios causados a los convocantes, en ocasión a la presunta privación injusta de la libertad de la que fueron objeto los señores CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ Y HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA.

TESIS

Entonces, siendo que al momento de imponer la medida de aseguramiento el juez de control de garantías realiza una adecuación previa basándose en los elementos materiales probatorios, evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, para llegar a una inferencia razonable de que el imputado puede ser autor o participe de la conducta, de la Información Legalmente Obtenida que llevó la Fiscalía al Juez para ello, los cuales son mencionados expresamente en el escrito de acusación (Fols. 964-970), en aplicación de la lógica que se exige al administrador de justicia, en el caso sub judice era razonable inferir la comisión de los delitos imputados, constituyéndose bajo ese escenario que dichas personas constituían un peligro para la sociedad, lo que hacía imperioso la imposición de medida de aseguramiento, esto es, se atiene a derecho la decisión tomada por el Juez de Control de Garantías. Así mismo se debe relieves la naturaleza de los delitos por los cuales se seguía el proceso penal, pues la sana crítica nos dice que la gravedad y trascendencia directa de los mismos en la sociedad, genera temor en quienes deben rendir posteriormente testimonio en el juicio oral, por lo que tal situación





1404

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00298

parece haber incidido en la dificultad para ubicar o localizar a los testigos inculpativos, entrevistas que fueron tenidas en cuenta en etapas previas, entre ellas la legalización de captura, imputación e imposición de medidas de aseguramiento, siendo trascendentes para esta última como arriba se determinó.

Analizadas las anteriores presupuestos, esta Casa Judicial encuentra que se presenta un claro supuesto de deficiencia o insuficiencia en el recudo probatorio, lo que exige que no puede afirmarse la atribución o imputación de la responsabilidad a las entidades demandadas por la absolución, 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 el actor debe soportar la carga de la investigación) no se allego prueba alguna que dé cuenta de la injusta medida, *contrario sensu*, se pudo establecer que por la forma como se desarrollaron los hechos, y los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, 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 unificación¹ 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, materializándose la excepción denominada "EXCEPCIÓN AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA E INEXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO", propuesta por la RAMA JUDICIAL, y consecuentemente negándose las pretensiones de la demanda.

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

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Desde la preceptiva constitucional, es claro que la libertad personal, como valor superior y pilar de nuestro ordenamiento, es un auténtico derecho fundamental (artículo 28 C.P.) que sólo admite limitación "*en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley*", tal como lo ha expresado la doctrina:

"No basta, sin embargo, cualquier norma, es preciso que la norma jurídica que determina los supuestos en que procede la privación de libertad sea una ley. Esta exigencia tiene un fundamento evidente: desde el momento en que la libertad individual es asumida por la sociedad como un principio básico de la organización de su convivencia social, es solo la propia sociedad la que puede determinar los casos que dan lugar a la quiebra de ese principio básico, y esa expresión de la voluntad general de la sociedad tiene lugar a través de la ley. Constitucionalmente, esta exigencia se plasma en otra: la de que sean los representantes del pueblo, libremente elegidos, los que determinen las causas de privación de libertad.

¹ sentencia del 17 de octubre de 2013





Radicado No. 13-001-33-008-2016-00298

"La determinación previa de las causas de privación de libertad tiene, además, otra razón material la de otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos, esto es, que los ciudadanos sepan de antemano qué conductas pueden suponer la privación de un bien básico como la libertad. Se trata, con ello, de desterrar la arbitrariedad que caracterizaba al Antiguo Régimen..."

Igualmente se debe tener en cuenta, que muy a pesar que la detención preventiva emerge como un instrumento válido para el desarrollo del cometido estatal a fin de perseguir los delitos, desde una perspectiva democrática no puede olvidarse que nuestro Estado de derecho reconoce – sin discriminación alguna - la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 C.P.) y, por lo mismo, la Constitución, sin ambages, señala, dentro de los fines del Estado, el de garantizar la efectividad de los derechos, entre ellos los de la libertad como ámbitos de autodeterminación de los individuos (artículo 2 C.P.), en el marco de aplicación del principio universal de presunción de inocencia (artículo 29 ejusdem).³

Por otra parte, en lo concerniente al derecho de libertad, el artículo 28 de la Constitución Política de 1.991 señala que:

"Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

"La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

"En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad impredecibles."

En el mismo sentido, se ha precisado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado mediante la Ley 74 de 1.968 que:

"Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta..."

Igualmente, en la Convención Americana de Derechos Humanos ratificada por la Ley 16 de 1.972 se dice que:

"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"

3 Véase MORILLAS, Joaquín. Los derechos de libertad y la libertad personal en el ordenamiento jurídico colombiano. Volumen 1. Edición 1.ª. Trujillo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 258.

El Tribunal Constitucional Español en la Sentencia STC 441 de 1993 (BOE 295 de 19 de diciembre) que resolvió unos recursos de inconstitucionalidad contra la Ley orgánica sobre protección de la seguridad ciudadana, en sus fundamentos 4.º, 5.º y 6.º hizo uno de los más interesantes estudios sobre la libertad personal como derecho fundamental y su relación con la detención preventiva. "debe existir una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad de modo que se excluyan - aun previstas en la Ley - privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación". Igualmente el mismo Tribunal en Sentencia de 29 de diciembre de 1997 (RTC 1761/1997) por parte de una institución cuyo contenido material coincide con el de penas privativas de la libertad, pero que recae sobre ciudadanos que gozan de la presunción de inocencia, su configuración y aplicación como medida cautelar ha de partir de la existencia de hechos factuales de la comisión de una acción delictiva, ha de perseguir un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de combatir ciertos hechos relevantes para el proceso que parten del imputado, y en su adopción y mantenimiento ha de ser concebida como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de dichos fines". STC 128/1998 (fundamento undécimo) y reiterada en la STC 67/1996.





1405

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00298

De lo anterior se infiere que la libertad es un derecho fundamental, restringido en eventos precisos y bajo las condiciones de orden constitucional o legal, tema respecto del cual la Corte Constitucional ha señalado:

" (...) esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear el derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución que, tratándose de la libertad individual, delimita el campo de su privación no sólo en el artículo 28, sino también por virtud de los contenidos del preámbulo que consagra la libertad como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la Nación; del artículo 2º que en la categoría de fin esencial del Estado contempla el de garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la Constitución, a la vez que encarga a las autoridades de su protección y del artículo 29, que dispone que toda persona 'se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable' y que quien sea sindicado tiene derecho 'a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas' "

La presunción de inocencia también es de categoría constitucional, pues según el inciso 4º del artículo 29 de la Carta Política "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable", y por tanto las autoridades judiciales competentes tienen el deber de obtener las pruebas que acrediten la responsabilidad del implicado⁵.

En lo que respecta a la privación injusta de la libertad, según el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. En ese orden de ideas, es menester señalar que en aquellos eventos en los que una persona es privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego es puesta en libertad en consideración a que se dan los supuestos legales que determinan su desvinculación de una investigación penal, bien porque el hecho imputado no existió o porque el sindicado no lo cometió o porque el hecho no es punible, y si además prueba la existencia de un daño causado por esa privación de la libertad, no hay duda que tal daño se torna antijurídico y debe serle reparado por el Estado.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

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.

⁴ Sentencia C - 397 de 1997, de 10 de julio de 1997.

⁵ Al efecto puede consultarse la sentencia C-774 de 25 de julio de 2001 de la Corte Constitucional.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00298

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"*.

Una tercera etapa y es la que prohija 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.

Sin embargo, 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.

Sin embargo, recientemente, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del máximo órgano contencioso unificó su jurisprudencia⁵ mediante **sentencia del 15 de agosto de 2018** en la que señala:

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

En otras palabras, bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es per se antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

En esa medida, como quiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de fecha 15 de agosto de 2018, Rad. # 66001-23-31-000-2010-00235-01-46,947, C.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.





1406

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00298

actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) "se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo", de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño.

(...)

En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio iura novit curia, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello."

Luego entonces, conforme a los nuevos lineamientos estudiados, se pasa a analizar los elementos de la imputación a fin de establecer la existencia de un daño antijurídico y si de existir este, le es imputable o no a las demandadas.

DAÑO ANTIJURÍDICO.

El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual 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"; 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", en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, o de la cooperación social.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00298

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"*. 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"*.

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"*. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

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 interés jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece.

DAÑO ANTIJURIDICO COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

El daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inócua el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, como quiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado. Así las cosas, el daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es *"la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera"* aunque algunos autores han considerado que esta concepción debe incluir también la *"amenaza o puesta en peligro del interés"*, con lo cual se amplía su concepción a la *"función preventiva"* del mismo (...) la constatación de éste no es suficiente para que se proceda a su indemnización; en efecto, el daño debe ser cualificado para que sea relevante en el mundo jurídico.

La antijuridicidad se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es *"contrario a derecho"* *"es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad"*, ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición normativa del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño. En ese orden, la antijuridicidad puede ser estudiada en el plano formal y en el material; el primero de ellos se evidencia con la simple constatación de la vulneración a una norma jurídica, y el segundo se refiere a la lesión que se produce con esa vulneración, en los derechos de un tercero, aspectos que deben estar presentes para que el daño sea indemnizable. Sin embargo, es preciso señalar





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00298

que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido

El daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama:

- i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo;
- ii) que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento;
- iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente, por ende, no puede limitarse a una mera conjetura.

Bajo esta óptica, el Despacho procederá al análisis del caso concreto.

CASO CONCRETO

Teniendo como eje principal los hechos y pretensiones de la demanda, entramos a verificar las pruebas recaudadas, y a realizar el análisis crítico respectivo, destacando las siguientes:

DOCUMENTALES APORTADAS:

1. Copia Auténtica de la Sentencia de Absolución de los señores CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ Y HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA fechado 2 de octubre de 2015.(Fol.55)
2. Copia de los Certificados donde consta cuanto tiempo estuvieron detenidos los señores CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ Y HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA, especificando con claridad fecha de entrada y salida al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC – DE CARTAGENA.(Fol. 157)
3. Copia de las Tarjetas de entrada a ese Centro Carcelario – INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC – DE CARTAGENA y Cartilla Biográfica de los señores CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ Y HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA.(Fol.179)
4. Copia íntegra y auténtica del expediente contentivo del proceso penal contra los señores CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ Y HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA, radicación 13001-60-01129-2015-00963-00 y, por el presunto delito de HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO, EN CONCURSO CON CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO”, del CENTRO DE SERVICIO DE LOS JUZGADOS PENALES DE CARTAGENA, con destino al proceso.(Fol.216-1.200)
5. Copia de los certificados de los honorarios cobrados por doctor PEDRO SALAZAR VELASCO y pagados por sus clientes, por la defensa en el procesos penal contra CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ Y HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA con radicación 13001-60-01129-2015-00963-00 y, por el presunto delito de “HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO, EN CONCURSO CON CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO”, (Fol.1356-1358).





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00298

6. Copia y CDs de las audiencias celebradas en el proceso penal. (Fols. 216 – 1355 en siete cuadernos)

De acuerdo al acervo probatorio, el Despacho advierte que los señores CESAR ANTONIO BORJA, ULY OSPINA RODRIGUEZ, JHON JAIRO LLERENA GUTIERREZ Y HAROLD ENRIQUE JIMENEZ LARA estuvieron privados de la libertad desde el día 27 de septiembre de 2009 hasta el 27 de marzo de 2014, condenados por el presunto delito de HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO EN CONCURSO CON CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, posteriormente por orden del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Cartagena en sentencia radicado N°13001-60-01128-2009-08564, absuelve a los demandantes, observándose que la responsabilidad penal de los sindicados quedó desvirtuada por la existencia de una duda surgida a partir de la confrontación de las pruebas de cargo y de descargo; seguidamente recordamos el nuevo lineamiento de la sentencia de unificación antes citada, que nos dice lo siguiente.

Pero no basta con acreditar simplemente la existencia de la privación de la libertad y de la ausencia de una condena, pues, como lo puso de presente la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, que declaró la exequibilidad condicionada del artículo en cita, si así fuera:

“... se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención” (se resalta).

De modo que no basta demostrar que no hubo condena en el proceso penal, sino que es necesario ir más allá, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, para determinar, entre otras cosas, si el daño padecido con la privación de la libertad fue o es antijurídico o no

En todo caso, al hacer el análisis respectivo debe tenerse presente que, como ni la Constitución ni la ley han establecido un título jurídico de imputación, la jurisdicción administrativa ha dado cabida a la utilización de diversos títulos para la solución de los casos propuestos a su consideración, de modo que bien puede el juez utilizar, en aplicación del principio iura novit curia y en consideración a la situación fáctica a decidir, el título de imputación que mejor convenga o se adecúe al caso concreto

Siguiendo el anterior lineamiento jurisprudencial, y siendo que la responsabilidad penal de los sindicados quedó desvirtuada por la existencia de una duda surgida a partir de la confrontación de las pruebas de cargo y de descargo, el asunto que nos ocupa se ha de estudiar bajo el régimen de falla en el servicio.

En consecuencia se debe determinar inicialmente si la imposición de la medida de aseguramiento estuvo ajustada a derecho, frente a ello se trae a colación el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, que indica:





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00298

Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

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.

[Adicionado por el artículo 2º de la ley 1760 de 2015] Parágrafo. La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarían los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Vemos que exige la norma por parte del Juez de Control de Garantías la inferencia razonable de que el imputado puede ser autor o participe de la conducta, tomando como soporte los elementos materiales probatorios, evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, constatándose que para la imposición de la medida cautelar que limita la libertad, se tuvo en cuenta entrevistas practicadas a los señores Fernando Vélez González y Darwin Osuna Caraballo, quienes igualmente hacen reconocimiento fotográfico incriminando al señor ULY OSPINA RODRÍGUEZ, como autor del homicidio de Jesús Miguel Simarra Berrio (Fols. 512 a 589), quienes fueron testigos presenciales del hecho; así mismo entrevista recibida a Adalberto Enrique Jiménez Guerrero, quien fue testigo directo de la muerte del señor FRANK MIGUEL OROZCO COEN, señalando como autor a JOHN JAIRO LLERENA GUTIERREZ. Igualmente se constata que se tuvo en cuenta como Información Legalmente Obtenida la declaración de ELKIN MAUSA LEÓN, persona esta que confesó ser parte de la banda criminal denominada Los Paisas y señaló directamente como integrantes de la misma a ULY OSPINA RODRÍGUEZ, CESAR ANTONIO BORJA, HAROLD JIMÉNEZ y JOHN JAIRO LLERENA GUTIERREZ.

Paralelamente se debe tener en cuenta que en la sentencia, se tiene a MAUSA LEÓN como testigo directo, quien igualmente realizó reconocimiento fotográfico; destacándose de tal providencia que en el folio 10 el juez reconoce la existencia del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO (Fols. 55-69), pues reconoce la existencia de la banda criminal denominada LOS PAISAS, creada para la comisión de delitos, entre ellos extorsión, homicidios y tráfico de drogas.

Entonces, siendo que al momento de imponer la medida de aseguramiento el juez de control de garantías realiza una adecuación previa basándose en los elementos materiales probatorios, evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, para llegar a una inferencia razonable de que el imputado puede ser autor o participe de la conducta, de la Información Legalmente Obtenida que llevó la Fiscalía al Juez para ello, los cuales son mencionados expresamente en el escrito de acusación (Fols. 964-970), en aplicación de la lógica que se exige al administrador de justicia, en el caso sub judice era razonable inferir la comisión de los delitos imputados, constituyéndose bajo ese escenario que dichas personas constituían un peligro para la sociedad, lo que hacía imperioso la imposición de medida de aseguramiento, esto





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00298

es, se atiene a derecho la decisión tomada por el Juez de Control de Garantías. Así mismo se debe relieves la naturaleza de los delitos por los cuales se seguía el proceso penal, pues la sana crítica nos dice que la gravedad y trascendencia directa de los mismos en la sociedad, genera temor en quienes deben rendir posteriormente testimonio en el juicio oral, por lo que tal situación parece haber incidido en la dificultad para ubicar o localizar a los testigos inculpativos, entrevistas que fueron tenidas en cuenta en etapas previas, entre ellas la legalización de captura, imputación e imposición de medidas de aseguramiento, siendo trascendentes para esta última como arriba se determinó.

Analizadas las anteriores presupuestos, esta Casa Judicial encuentra que se presenta un claro supuesto de deficiencia o insuficiencia en el recudo probatorio, lo que exige que no puede afirmarse la atribución o imputación de la responsabilidad a las entidades demandadas por la absolución, 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 el actor debe soportar la carga de la investigación) no se allego prueba alguna que dé cuenta de la injusta medida, *contrario censu*, se pudo establecer que por la forma como se desarrollaron los hechos, y los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, 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 unificación⁷ 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, materializándose la excepción denominada "EXCEPCIÓN AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA E INEXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO", propuesta por la RAMA JUDICIAL, y consecuentemente negándose las pretensiones de la demanda.

COSTAS

El artículo 188 del CPACA, 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".

El numeral 1 del artículo 365 del C.G.P., dispone un régimen objetivo de condena en costas en los siguientes términos: "Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código". Por su parte el numeral 2 de dicha norma, señala que "La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella".

Teniendo en cuenta que en la sentencia debe fijarse el valor de las agencias en derecho a ser

⁷ sentencia del 17 de octubre de 2013





1409

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00298

incluida en la respectiva liquidación, el Despacho tendrá en cuenta lo normado para la materia en el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Así, en atención a lo señalado en los artículos 3, 4 y 6 del referido Acuerdo se condenará al pago de Agencia en Derecho al valor que resulte de aplicar el TRES POR CIENTO (3%) a la suma que efectivamente reciba la demandante.

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,

5. FALLA

PRIMERO: Declarar probada la excepción de fondo denominada "EXCEPCIÓN AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA E INEXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO", propuesta por la RAMA JUDICIAL, conforme se expuso en la motiva.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Se condenará al pago de Agencias en Derecho al valor que resulte de aplicar el TRES POR CIENTO (3%) a la suma que efectivamente reciba la parte demandante.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez

