



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
Magistrado Ponente: LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Ibagué, tres (3) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00071-01
Interno: 752-2018
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: JOSÉ GUILLERMO JARAMILLO TABARES – OTROS
Apoderado: LUIS HERNÁN PÁEZ CAMELO
Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
Apoderada: NANCY OLINDA GASTELBONDO DE LA VEGA
Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Apoderada: MARTHA LILIANA OSPINA RODRÍGUEZ
TEMA: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

I. SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el fallo proferido por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué el día 20 de abril de 2018, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

La parte activa del proceso en ejercicio del medio de control de reparación directa, presentó demanda contra la Nación – Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, con el fin de que sean declaradas administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios morales y materiales causados con ocasión a la privación injusta de la libertad de José Guillermo Jaramillo Tabares y Michael Guillermo Jaramillo Castiblanco.

Como consecuencia de lo anterior, solicitan el reconocimiento de perjuicios materiales y morales.

2. HECHOS

Las circunstancias fácticas pertinentes para el respectivo estudio son:

2.1 José Guillermo Jaramillo Tabares, es un distinguido Comerciante de la plaza "La 21" de la ciudad de Ibagué Tolima.

2.2 El 8 de diciembre de 2013, José Guillermo Jaramillo Tabares, salió de su lugar de residencia ubicado en la vereda "Santa Teresa" de Ibagué Tolima, en compañía de su hijo Michael Guillermo Jaramillo Castiblanco y Edilberto Mejía Mora, con el propósito de departir juntos en las canchas de tejo ubicadas en la carrera 2ª -17 del barrio Libertador de esta ciudad, lugar en donde se estuvieron hasta las 8:00 p.m y posteriormente, se dirigen a otro establecimiento comercial hasta las 12:00 p.m, porque a esa hora cerraron los lugares de ese sector.

2.3 Que debido a que en el sector del libertador cerraron los establecimiento comerciales a las 12:00 p.m, los demandantes se desplazaron al centro de la ciudad de Ibagué, en sus motocicletas Yamaha DT 125 de Placa UEA 74 y AKT 150 - EVO de Placa 3DU60C, las guardan en un parqueadero ubicado en la calle 7 entre carreras 3ª y 4ª, para continuar departiendo; sin embargo, aproximadamente a las 4:00 a.m, regresaron a recoger las motos, pero el administrador del establecimiento (parqueadero) Wilson Andrés Rodríguez, quien al parecer se encontraba en estado de embriaguez los recibió de manera agresiva al punto que se van a los golpes, y finalmente es el hermano menor del administrador quien les entregó los rodantes.

2.4 Que Wilson Andrés Rodríguez (administrador del parqueadero) aprovechó el paso de una patrulla de la policía y les indicó que había sido víctima de hurto y describió otras conductas que podrían constituir el delito de secuestro.

2.5 Que debido a la denuncia realizada por Wilson Andrés Rodríguez, se inició la persecución de los denominados “Cacos”, y los encuentran comiendo empanadas en el local comercial de razón social “PIZZERÍA JW”, ubicado en la carrera la No. 4— 12 del barrio Libertador; por lo que son aprehendidos por los policías, y sus vehículos inmovilizados.

2.6 Que los demandantes fueron presentados ante la Fiscalía Seccional URI de Ibagué, como presuntos autores del delito de Hurto Calificado y Agravado en concurso heterogéneo con el Porte Ilegal de Armas de Fuego de Defensa Personal; por lo que les fue impuesta Medida de Aseguramiento Intramural, detención que duró hasta el 4 de febrero de 2014, cuando un juez de control de garantías ordenó la libertad por errores en el procedimiento de la captura.

2.7 Que los demandantes estuvieron privados de su libertad de manera injusta por el lapso aproximado de 2 meses, causándoles graves perjuicios a ellos y su núcleo más cercano, no solo morales sino económicos, al ser víctimas de falsos positivos judiciales

2.8 Que al momento de presentar esta demanda habían transcurrido 2 años desde que se produjo la captura ilegal e injusta, sin que la fiscalía finalizara el proceso judicial, pues, no se había decretado preclusión y tampoco se recolectó “pruebas” que sustentara un juicio.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial¹.

Inicia explicando que respecto de la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado ha efectuado diversas interpretaciones partiendo de artículo 90 de la Constitución de 1991, que han pasado por la teoría de la responsabilidad subjetiva, en virtud de la cual, solamente se daba lugar a dicha responsabilidad cuando la actuación de los funcionarios judiciales estaba viciada por el error judicial; se pasó luego a la exigencia de probar la antijuridicidad de la medida privativa de la libertad, y a reconocer la antijuridicidad de la misma para eventos en que la absolución se realizaba en virtud de las causales del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, luego, se fincó la jurisprudencia no en la ilegalidad de la conducta del agente del estatal sino en la antijuridicidad del daño sufrido y por último se venía reconociendo la responsabilidad objetiva.

¹ Ver contestación en los folios 195 al 197 Cuaderno Principal

Que en este caso, revisada la demanda y sus anexos, se puede evidenciar que la Rama Judicial, no ocasionó los posibles daños que se relacionan por los accionantes, pues, sus decisiones en ningún momento se apartaron del Ordenamiento Jurídico Penal vigente, ni desconocieron, ni dejaron de aplicar normas procedimentales, por el contrario, se agotó la ritualidad procesal tendiente a que se ejerciera con prontitud la etapa procesal, propendiendo en todo caso por el derecho al debido proceso, que por supuesto trae consigo los derechos de defensa y de contradicción.

Que no se puede hablar ni de error jurisdiccional de alguno de los falladores, por cuanto la Rama Judicial, no ocasionó los posibles daños alegados, teniendo en cuenta que en el presente caso, no se han agotado las etapas procesales, pues, la Fiscalía Delegada que asumió la investigación del caso, no ha proferido Resolución de Acusación o Precluido de la Investigación y la Rama Judicial, Sentencia Ejecutoriada.

Afirmó que no se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia para que opere la falla en el servicio, pues, no se probó la existencia de daño antijurídico alguno, sin que existe responsabilidad alguna endilgable a la Nación - Rama Judicial.

Por último, solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

3.2 Fiscalía General de la Nación²

Sostuvo que se opone a las pretensiones de la demanda, porque no se evidenció una actuación arbitraria, ni mucho menos existió falla del servicio como pretende hacer ver el demandante en el presente proceso.

Que en el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal, a la Fiscalía le corresponde adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, pueda solicitar, como medida preventiva la detención del sindicado, si lo considera conveniente, correspondiéndole al Juez de garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, y decretar las que estime procedentes, y así establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, que si todo se ajusta a derecho, es el Juez de Control de Garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer; sin que sea posible declarar la responsabilidad de esta entidad por "detención ilegal", ya que si bien es cierto se dio esta medida, ella no fue proferida por la Fiscalía.

Que no se evidenció falla en el servicio y, en consecuencia, no existe el daño aducido por el demandante, por parte de la Fiscalía General de la Nación, toda vez, que dentro del plenario no se aportaron las pruebas que conllevaron a la responsabilidad patrimonial y administrativa de la actora.

Que la Fiscalía General De La Nación, ajustó sus decisiones a los presupuestos jurídicos, fácticos y probatorios, pues no hay prueba que ponga de presente actuación subjetiva caprichosa, arbitraria y violatoria en forma manifiesta del derecho a la defensa, todo lo contrario, al sindicado se le brindaron todas las garantías procesales durante la instrucción que fue integral tanto en los hechos favorables como en los desfavorables a sus intereses.

Que pensar que cada vez que en un proceso penal se absuelva o se precluya se compromete la responsabilidad patrimonial del Estado, sería tanto como aceptar que la Fiscalía General de la Nación no pudiera adelantar una investigación penal ya que, los Fiscales estarían atados de pies y manos, sin autonomía, sin independencia, sin poderes

² Ver contestación en los folios 236 al 252 del Cuaderno principal.

de instrucción, sin libertad para recaudar y valorar las pruebas para el cabal esclarecimiento de los hechos punibles y de sus presuntos autores.

Que no se configuró ningún daño antijurídico, ni falla del servicio de la Fiscalía General de la Nación, por lo que solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, el 20 de abril de 2018, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que, en primer lugar, la Rama Judicial si tiene legitimación en la causa para actuar dentro de este proceso, contrario a lo que ocurre con la Fiscalía General de la Nación, que carece de este presupuesto, pues, la ley 906 de 2004, dispone en el artículo 2° que corresponde al Juez de Control de Garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenar la restricción de la libertad cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas; por lo tanto, es claro que quien ordena la privación de la libertad es el Juez de Control de Garantías y no la Fiscalía General de la Nación.

Y en segundo lugar, concluyó que la Nación - Rama Judicial no es responsable de los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la privación de la libertad de los mismos, porque no existe en el proceso penal providencia debidamente ejecutoriada que termine el proceso, esto es, sentencia absolutoria o auto que decreta la preclusión de la investigación, requisitos *sine quo non* para que se puede alegar la privación injusta de la libertad, como lo dispone el Consejo de Estado, es decir, que no se puede analizar si la privación de la libertad alegada en este caso fue injusta o no.

5. RECURSO DE APELACIÓN⁴

La parte demandante, indicó que es equivocada la decisión del juez de primera instancia de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación, porque la labor de dicha entidad no estriban en poner a disposición de un Juez de Control de Garantías a un administrado (Capturado), para que este último (Juez), tome las decisiones que en derecho correspondan; sino que debe demostrar al Juez de Garantías, que están dada las condiciones mínimas para coartar el derecho sagrado a la libertad que le asiste a un sindicado conforme al artículo 308 y 313 de la Ley 906 de 2000.

Que en el caso en concreto se demostró el obrar reprochable e indecente del Fiscal URI al convertir el proceso judicial en un montaje en un Falso Positivo Judicial, por lo que tuvo que solicitar ante el Juez de Conocimiento, la Preclusión de la Investigación Penal en Favor de los aquí demandantes, claro advirtiendo que no pudo desvirtuar la presunción de inocencia de los mismos, no obstante, se controvertirá el sustento de esa preclusión en el proceso penal, para que se funde en la causal de Inexistencia del Delito Investigado.

Que no era viable desvincular a la Fiscalía General de la Nación de su responsabilidad en los hechos objeto de estudio.

Que, en relación con la responsabilidad de la demandada, indicó que se deben acceder a las pretensiones porque existió ausencia de pruebas en cabeza de la Fiscalía Delegada, para llegar si quiera a sustentar de manera tímida una Acusación en contra de los demandantes y, mucho menos para llevarlos a juicio por los delitos que en su oportunidad

³ Ver providencia de primera instancia del folio 336 al 340266.

⁴ Ver los folios 352 al 356 Cuaderno Principal

y, solo con el propósito de "mostrar resultados", les llevó a solicitar legalización de captura e Imposición de Medida de Aseguramiento en su contra.

Que, para privar de la libertad, solamente se exige el cumplimiento de unos requisitos formales y, un mínimo de prueba, solo con el argumento fatídico de que el Juez de Control de Garantías, no tiene facultades de analizar el contenido material de la prueba y, ello precisamente desencadena en el abuso y/o ejercicio arbitrario de los poderes en cabeza de las codemandadas.

Que no es cierto el argumento del *a quo*, relacionado con que el afectado con la privación de la libertad deba esperar a que exista una sentencia absolutoria ejecutoriada en su favor, para de esta manera legitimarse en su causa por activa; porque esa tesis puede conllevar a buscar una estrategia desleal de la administración de justicia y, de la misma Fiscalía General de la Nación, para mantener a las víctimas privadas de su libertad y, de esta manera impedirle de manera indefinida poder acudir a la jurisdicción en búsqueda de la reparación del daño material e inmaterial sufrido.

Que no hay razones jurídicamente atendibles, para exonerar de responsabilidad patrimonial y administrativa a la Fiscalía General de la Nación, como de manera desacertada y anticipada, lo hiciera el *a quo*.

Y que igualmente, se equivocó el juez de instancia al exigir a los demandantes una sentencia absolutoria o auto de preclusión en su favor, como requisito *sine qua non* para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en Acción de Reparación Directa.

Por lo tanto, solicitó revocar la sentencia apelada y en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

6. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El proceso fue radicado en esta Corporación el 8 de junio de 2018. Mediante auto del día 15 del mismo mes y año, se admitió el recurso de apelación, y el 13 de julio de 2018, se corrió traslado a las partes, por término de 10 días, para que presentaran sus alegatos de conclusión y al agente del Ministerio Público, por un término igual, para que rindiera su concepto; oportunidad en la que la parte demandada Rama Judicial reiteró los argumentos expuestos en sus escritos.

6.1. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Sostuvo que se equivocó el *A-quo* al predicar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación, especialmente atendiendo las circunstancias fácticas específicas del presente caso, donde dicho órgano no solo fue quien solicitó la medida de aseguramiento, sino es quien pide la preclusión de la investigación.

Que aunque bajo la Ley 906 de 2004 la Fiscalía no es la que adopta la decisión de privar de la libertad, en virtud de una medida de aseguramiento, pues, este rol funcional se encuentra en cabeza de los jueces de la Republica, no debe pasarse por alto que es aquella entidad la que efectúa la solicitud, su adopción, correspondiéndole — en todo caso- el deber de investigar y allegar elementos materiales probatorios que conduzcan al convencimiento del Juez, por tanto, el hecho de que éste ordene una captura o imponga una medida de aseguramiento, en ultimas, depende de una solicitud previa de la Fiscalía quien debe aportar los elementos de juicio para su concesión y a su vez recopilar los elementos para sustentar una acusación.

Que la Fiscalía decidió solicitar la preclusión de la investigación, potestad que encuentra fundamento en el numeral 10 del Art. 114 de la ley 906 de 2004, de lo cual podría pensarse inicialmente que se encuentra acreditada la antijuridicidad del daño; sin embargo, dicha decisión (si se precluye o no) no se encuentra en manos de la Fiscalía, sino en cabeza del Juez de conocimiento por mandato no solo legal, sino constitucional (Art. 250 N. 5 C.P), lo que permite deducir que solo cuando exista la decisión de este último sobre los alcances de la petición de preclusión (si es aceptada o no) es dable colegir la antijuridicidad del daño.

Que si bien resulta — en principio — formalmente acertada la decisión del *A-quo*, esta no se ajusta con el rol de Dirección del proceso y su actividad tendiente a efectivizar un sentido material de justicia, pues, se encuentra acreditado que para mayo 2018, estaba previsto la audiencia respectiva para resolver la solicitud de preclusión, lo que permite colegir que pudo válidamente postergar su decisión, con el fin de hacer llegar al proceso la determinación adoptada por el Juez penal, presupuesto medular para determinar la antijuridicidad del daño y su incidencia en el título de imputación en que se fundaría el deber de reparar, ya que en los eventos en que se presente que el hecho no existió, la conducta no es calificada como delictiva o la persona no lo cometió e incluso en los casos de in dubio pro reo, el fundamento es el daño especial.

Por lo anterior, propuso a esta Corporación ejercer sus facultades oficiosas asignadas por la ley 1437 de 2011, y oficiar al Juez penal respectivo para obtener copias de la providencia que decidió sobre la solicitud de preclusión de la investigación presentada por la Fiscalía General de la Nación, elemento que permitirá determinar los elementos que estructuran la responsabilidad o no del Estado.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

El Tribunal es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con el Artículo 153 del CPACA.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Deberá la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- Existe falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación, aun cuando se trata de un proceso bajo el régimen de la Ley 906 de 2004.
- Determinar si se acreditó la antijuridicidad del daño alegado, esto es, la privación injusta de la libertad de José Guillermo Jaramillo Tabares y Michael Guillermo Jaramillo Castiblanco.
- Existe responsabilidad patrimonial del Estado por la investigación penal adelantada en contra de José Guillermo Jaramillo Tabares y Michael Guillermo Jaramillo Castiblanco en la que se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

3. TESIS DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia apelada, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda.

En el *sub-lite*, encuentra demostrado el daño alegado respecto de la detención o privación de la libertad, toda vez que a José Guillermo Jaramillo Tabares y Michael Guillermo

Jaramillo Castiblanco efectivamente se les restringió su libertad en razón al punible de hurto Calificado y Agravado y porte ilegal de armas de fuego, por solicitud de la Fiscalía 7 Local de URI de Ibagué, e impuesta por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué- Tolima, durante el periodo del 10 de diciembre de 2013 al 5 de febrero de 2014, es decir, 1 mes y 25 días.

En primer lugar, frente al punto de la apelación relacionado con la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación, se debe indicar que la medida de privación de la libertad en la Ley 906 de 2004, prevista en el artículo 308 *ejusdem*, establece que el Juez de Control de Garantías a solicitud de la Fiscalía verificará que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia, contrario sensu, a lo establecido en la ley 600 de 2000, pues, allí taxativamente se enlistaban los delitos que requerían tal medida.

De otra parte, también el delegado fiscal puede hacer uso del artículo 332 el Título VI, de la Preclusión, de la Ley 906 de 2004, en donde se muestra las causales mediante las cuales el ente investigador podrá solicitar la preclusión del proceso y evitar que continúe el agotamiento de las demás instancias procesales, empero es de advertir, con la aquiescencia siempre del Juez al presentarse las causales que establece la norma.

De acuerdo a ello, puede evidenciarse que le corresponde al Fiscal, valorar a partir de su labor investigativa si cuenta con los elementos de prueba necesarios para conseguir que el Juez de Control de Garantías imponga la medida de aseguramiento o el Juez de Conocimiento la declaratoria de responsabilidad penal, pues de no contar con estos elementos, es el propio orden jurídico el que le impone la necesidad de solicitar la preclusión, no de otra manera se entiende que en el numeral 6 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 haya incluido la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

Entonces, el Fiscal en el sistema penal acusatorio es el único legitimado para solicitar la medida o formular la acusación y la del Juez de control de garantías para imponer la medida o el Juez de Conocimiento para declarar la responsabilidad, lo cual para efectos de la imputación en sede de responsabilidad administrativa tiene unos efectos importantes, pues en el proceso acusatorio penal, la intervención de la Fiscalía y del Juez de Control de Garantías como regla general, en la decisión de privar de libertad a un sujeto investigado se tornan indispensables y complementarias a tal punto, que puede afirmarse sin lugar a equívocos, que sin la intervención de uno de estos dos entes, no es posible que se decrete la medida de aseguramiento de detención preventiva o incluso la decisión condenatoria.

En la misma línea argumentativa, debe resaltarse que el Juez respecto de la medida de aseguramiento no tiene ninguna facultad oficiosa, es decir, nunca podrá dictar esta medida sin que previamente el Fiscal se la haya solicitado y fundamentado.

Por tanto, si en desarrollo de un proceso penal regido por el sistema penal acusatorio, se priva de la libertad a un sujeto que posteriormente es absuelto, la Fiscalía deberá responder junto con la Rama Judicial por los daños padecidos, en la medida en que su intervención en la privación de la libertad es determinante, toda vez que a partir de los elementos probatorios por ella aportados se tomó la decisión de privar de la libertad cuando de imposición de medida de aseguramiento se trata, o en el evento de ser absuelto, significa que el ente investigador no logró desvirtuar la presunción de inocencia que acompaña al investigado durante todo el proceso, lo que para esta Sala compromete la responsabilidad de la Fiscalía.

Por tanto, no era posible declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación por parte del juez de primera instancia; por lo que ese aspecto será modificado.

Y en segundo lugar, frente al argumento de la apelación, relacionado con que se debe acceder a las pretensiones de la demanda porque no era necesario esperar a que existiera una sentencia absolutoria en su favor ya que ello le impediría a las víctimas de manera indefinida acudir a la jurisdicción en búsqueda de la reparación del daño material e inmaterial sufrido, es preciso advertir, que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática en señalar que la modalidad de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, opera cuando la persona que padece la detención es absuelta de responsabilidad penal, ya sea porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o no fue posible demostrar su autoría o participación en la conducta punible, o, porque se demostró plenamente su inocencia, o, bien sea por el principio de *in dubio pro reo*, o por preclusión de la investigación al demostrar alguna causal de exoneración de responsabilidad penal; para lo cual es necesario determinar la forma en que se terminó el proceso penal que dio lugar a la privación de la libertad.

Igualmente, ha sostenido esa misma corporación junto con la Corte Constitucional que la responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, se deben analizar partiendo desde la óptica de la antijuricidad, la cual se configura sin mayor esfuerzo cuando las causales de libertad se originan en las hipótesis de que el hecho no existió y la conducta era objetivamente atípica, en los que se puede aplicar el título de imputación de responsabilidad objetiva, o en los eventos de aplicación del principio *in dubio pro reo*, u otros eventos con los que se libera la responsabilidad penal, bajo el título de régimen subjetivo (falla en el servicio); por lo que igualmente es necesario conocer la providencia con la que se da por terminado el proceso, para así iniciar el estudio de antijuricidad y definir el régimen aplicable.

De esa manera, aunque José Guillermo Jaramillo Tabares y Michael Guillermo Jaramillo Castiblanco padecieron un daño, no se pudo establecer su antijuridicidad, pues, no se aportó a las presentes diligencias la providencia que puso fin al proceso penal, la cual permitía iniciar el respectivo análisis, por el contrario, se evidencia que al momento de presentar la demanda y de emitirse la sentencia de primera instancia no había concluido el proceso penal, siendo incierta la causal de liberación de responsabilidad penal que recaía sobre los actores, que sería el punto de partida para analizar cómo se indicó previamente la antijuridicidad del daño, entendiendo que este es aquel que la persona no está en el deber de soportar.

4. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 Fundamento normativo de la responsabilidad del Estado.

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, se estableció como cláusula general de responsabilidad del Estado, los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas, por ende, para concluir la responsabilidad se requiere la concurrencia de varios elementos configurativos a saber:

4.1.1 El daño Antijurídico, considerado como aquel menoscabo o detrimento que sufre una persona y que puede ser patrimonial o extrapatrimonial; sin embargo, para que genere responsabilidad debe ser cierto, personal y antijurídico. Es cierto, cuando efectivamente ocurre, de tal suerte que el hipotético no puede ser indemnizado; personal, en la medida que solo el afectado está legitimado para reclamarlo; y antijurídico, cuando

la víctima no tenga el deber jurídico de soportarlo⁵, concepto que, por lo demás, se encuadra dentro de los principios constitucionales de solidaridad (Art. 1º), igualdad (Art. 13) y garantía integral del patrimonio de los ciudadanos (Arts.2º y 58).

4.1.2 La imputación, entendida como aquel elemento de la responsabilidad a través del cual se le atribuye fáctica y jurídicamente el daño antijurídico a una autoridad del Estado.

En ese sentido, podemos indicar que la *imputación fáctica* corresponde desde el punto de vista de los hechos dañosos causados a un sujeto determinado, al estudio del nexo causal, no obstante, es de aclarar que no toda acción o hecho es de interés para el derecho, puesto que solo aquellos que generen un daño antijurídico deben ser estudiados. De igual manera, la imputación fáctica puede analizarse desde la omisión del Estado, evento en el cual estaremos ante criterios objetivos acudiéndose a valoraciones jurídico – normativas, en las que se constituyan, derechos, libertades o mínimamente se creen intereses para los administrados.

Por otro lado, la *imputación jurídica*, corresponde a los dos regímenes de imputación establecidos por la jurisprudencia: i) el *subjetivo*, por la falta o la falla en el servicio, correspondiente a aquellos eventos en que se evidencia que la conducta desplegada por el órgano estatal se enmarca en una actuación tardía, errada u omisiva que genera en los usuarios receptores del servicio una inconformidad e insatisfacción que se ve reflejada en daños antijurídicos susceptibles de ser reparados, es decir, que la anomalía en el funcionamiento y/o las actividades desplegadas por la Administración se materializa en la trasgresión de las obligaciones que le son propias; ii) el *objetivo*, corresponde a aquel título de imputación donde no media la culpa o la falla en el servicio, pero es posible determinar la responsabilidad bajo el análisis de regímenes, como el daño especial o el riesgo excepcional.

El daño especial tiene lugar para aquellos eventos cuando el Estado en el ejercicio de sus funciones y obrando dentro de su competencia y ceñido a la ley, produce con su actuación perjuicios a los administrados que son especiales y anormales en el sentido que implican una carga o sacrificio adicional al que los coasociados normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad, y cuando el equilibrio se rompe perdiéndose así el principio de igualdad por el obrar legítimo de la administración, es necesario restablecer el equilibrio a través de la indemnización de los perjuicios ocasionados.

Por su parte el riesgo excepcional, se configura cuando la administración en desarrollo de una obra o actividad de servicio público, emplea recursos o medios que colocan a los administrados o a sus bienes en una situación de riesgo⁶, que dada su gravedad excede las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos y al materializarse el riesgo, se produce un daño indemnizable.

Por ende, corresponde al Juez analizar los hechos de cada caso concreto y determinar el régimen de responsabilidad aplicable, para resolver el asunto sometido a su consideración de acuerdo con los elementos probatorios allegados, entonces, aunque el demandante haya encuadrado el litigio en un título de imputación disímil, es posible en acciones de reparación directa que el juez en aplicación al principio de *iura novit curia*, establezca el título de imputación.

⁵ Sobre el daño antijurídico el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C. P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, en sentencia del 26 de mayo 2011, radicación N°: 19001-23-31-000-1998-03400-01 (20097), expuso su concepto acogiendo los términos siguientes: “El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”.

⁶ Clasificadas por la jurisprudencia como actividades relacionadas con la conducción de redes de energía eléctrica, manejo y transporte de explosivos, uso de armas de fuego y conducción de vehículos automotores.

Así mismo, independientemente del régimen o título de imputación, la entidad demandada puede exonerarse de responsabilidad, acreditando una causal eximente, como la fuerza mayor, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, o cualquier causa extraña que enerve las pretensiones de la demanda.

5. De la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad.

El alcance de la modalidad de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, ha sido un tema tratado de forma activa en la jurisprudencia del Consejo de Estado, determinando que su configuración opera cuando la persona que padece la detención es absuelta de responsabilidad penal, ya sea porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o no fue posible demostrar su autoría o participación en la conducta punible, o, porque se demostró plenamente su inocencia, o, bien sea por el principio de *in dubio pro reo*, o por preclusión de la investigación al demostrar alguna causal de exoneración de responsabilidad penal. Bajo esta premisa, “*el elemento determinante, del carácter justo o injusto de la privación de la libertad, tiene soporte en si quien la padeció es culpable o inocente*”⁷, es decir, si tenía el deber jurídico de soportarla, o si, por el contrario, el Estado le impuso una carga que afectó sus derechos fundamentales sin tener como respaldo fundamentos fácticos y jurídicos de la responsabilidad penal.

Frente a este tópico, con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, específicamente en el artículo 68, se estableció que el carácter injusto de la privación de la libertad surge como “*una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria*”⁸. Al respecto, frente a la determinación de los casos en donde se presenta privación injusta, el Consejo de Estado puntualizó que la interpretación y aplicación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 no podía constituir una restricción al contenido del artículo 90 de la Constitución Política, por el contrario, debía ser considerado como un complemento dentro del sistema normativo de responsabilidad estatal⁹.

De acuerdo a la evolución jurisprudencial sobre la materia, encontramos que a través de la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013¹⁰, la Sección Tercera del Consejo de Estado, concluyó la existencia de una regla general de responsabilidad objetiva cuando en el proceso penal en que ha tenido origen la detención, se ha determinado que *i)* el hecho no existió, *ii)* el sindicado no lo cometió, *iii)* la conducta no constituía hecho punible, o *iv)* por la aplicación del principio *in dubio pro reo*; presupuesto que opera siempre y cuando – en las cuatro situaciones mencionadas – no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues en tal evento hay lugar a aplicar un régimen subjetivo. Así mismo, si la libertad se decretó por una razón distinta, el escenario se enmarca en un régimen subjetivo de responsabilidad estatal.

En ese mismo sentido, en sentencia del 14 de julio de 2016¹¹, el Consejo de Estado manifestó que la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad deriva de todos los

⁷ Orejuela Pérez, Ervin Marino. Responsabilidad civil extracontractual del Estado por privación legal e injusta de la libertad. En: Justicia Juris. Vol. 6. N° 12. octubre de 2009 – marzo de 2010, pág. 79 – 91. ISSN. 1692-8571.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección «A». Sentencia del 14 de julio de 2016. Consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación: 66001-23-31-000-2010-00149-01 (42476). En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia

eventos en los cuales el procesado privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación a su favor y, cuando en el proceso se determine que: i) el hecho no existió; ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica, siempre y cuando no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional en cuyo caso podrá aplicarse un régimen subjetivo de responsabilidad.

De otra parte, la Corte Constitucional a través de sentencia SU-072 de 2018¹², en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, reiteró lo manifestado por esa Alta Corte en sentencia C-037 de 1996, respecto de que, se debe examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental, pues, en su criterio, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos, entonces, independiente del título de imputación, el juez administrativo debe estudiar si la privación es injusta o no, haciéndose indispensable que el estudio se enmarque en la determinación de si la medida que privó de la libertad al acusado fue razonable, proporcional y legal, y en esos términos preciso:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término ‘injustamente’ se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces 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”. (subrayas fuera de texto)

A su vez, también señaló que estaba de acuerdo con el régimen objetivo para los casos de i) el hecho no existió y que ii) la conducta era objetivamente atípica; debido a que la decisión de privar requiere de la acreditación de estos presupuestos, dado que es necesario que el juez penal para imponer una medida de aseguramiento evidencie la existencia del hecho y que éste sea típico, por lo que en ambos eventos consideró que la privación de la libertad resultaría irrazonable y desproporcionada, por lo que el daño antijurídico se muestra sin mayores esfuerzos. Sin embargo, no concluyó lo mismo en los eventos en que el iii) investigado no cometió el delito y iv) la aplicación del *in dubio pro reo*, pues en estas dos causales la Corte considera que los fiscales y jueces deben efectuar mayores disquisiciones para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma.

Entonces, se puede concluir que la Corte Constitucional en unificación, establece que, en eventos de privación injusta de la libertad, no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo y objetivo, por lo que cualquiera que sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

Luego, la Sección Tercera del Consejo de Estado rectificó su postura a través de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018¹³, en la cual explicó detenidamente las

del 17 de octubre de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 52001-23-31-000-1996-07459-01 (23354).

¹² Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, Mag. Ponente José Fernando Reyes Cuartas.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

razones para apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora había sostenido el órgano de cierre, indicando lo siguiente:

“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, comoquiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) “se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño”.

De ahí que dicha Corporación señaló de forma unificada que para determinar si la privación de la libertad de un procesado fue injusta, debía analizarse las pruebas que fundamentan las pretensiones del demandante, incluso de oficio, deberá efectuarse un minucioso examen probatorio para determinar la antijuridicidad del daño, por ello concluyó:

“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.”

En ese sentido, a partir de esta tesis jurisprudencial debía analizarse la antijuridicidad del daño a través del estudio de la conducta de la víctima – detenido -, con el fin de determinar si se configura alguna conducta culposa o dolosa que generó la restricción de la libertad a través de la imposición de la medida de aseguramiento, o si por el contrario, no se evidencia situación alguna de reproche en la conducta del detenido lo que generaría una medida injusta y generadora de un daño antijurídico imputable al Estado.

De esta manera, la tesis jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado concluía que si la conducta de la víctima fue determinante en la privación de la libertad, es decir, existió un vínculo causal (entendido desde la perspectiva de la causalidad adecuada) entre la medida y los perjuicios cuya indemnización se reclama no es viable la declaratoria de responsabilidad del Estado, pues la causa eficiente, directa y adecuada no fue la actuación de la administración sino la conducta del privado de la libertad, y no resulta entonces viable sacar provecho o ventaja de su propia culpa.

Dicha premisa entonces exigía al operador judicial demostrar para estos eventos que el daño (detención) *“cuya reparación se persigue en estos casos y en el que, por supuesto, se fincan las pretensiones de la respectiva acción jurisdiccional, resultó antijurídico, consultando entre otros criterios los estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal. De así acreditarse, se entenderá configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, esto es, de no lograrse tal demostración, se estará frente a un daño jurídicamente permitido y, por tanto, desprovisto de antijuridicidad, lo cual impide hablar, bajo el artículo 90 constitucional y el artículo 68 de la ley 270 de 1996, de privación injusta de la libertad.”*¹⁴

Finalmente, esta postura jurisprudencial fue reiterada en la sentencia de unificación emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 18 de julio de 2019¹⁵, en la cual determinó los parámetros indemnizatorios del perjuicio material en materia de privación injusta de la libertad, e indicó sobre el título de imputación lo siguiente:

“La Sala indicó que, para tal fin, se torna imprescindible para el juez verificar, en primer lugar, si quien fue privado de la libertad incidió en la generación el daño alegado, por haber actuado con culpa grave o dolo, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, 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.

(...)

De no hallarse en el proceso ningún elemento que indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, se debe realizar el análisis de responsabilidad a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, bajo el título de imputación pertinente al caso concreto y se debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.”

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicado. 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572)

Sin embargo, debe advertirse que la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018¹⁶, fue debatida en sede de tutela a través de providencia de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 15 de noviembre de 2019¹⁷, **si bien dejó sin efectos la sentencia de unificación** (15 de agosto de 2018), esa decisión atendió a particularidades específicas del caso, limitando su análisis a que *“La Sala amparará el derecho al debido proceso, particularmente en lo referente a la presunción de inocencia, dejará sin efectos la sentencia del 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado (exp. 46947) y dispondrá que en la sentencia de reemplazo se valore la culpa de la víctima sin violar su presunción de inocencia; y por las razones explicadas al determinar el problema jurídico, se resalta que este fallo no tiene ninguna incidencia en la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado.”*¹⁸; lo que permite concluir que **desapareció formalmente** el criterio de unificación plasmado en la sentencia del 15 de agosto de 2018 con ponencia del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.

A pesar de lo anterior, en criterio de esta Sala, ello, no impide que frente al caso concreto se analice el comportamiento de la víctima de la privación de la libertad de cara al dolo y la culpa, como se hizo en aquella sentencia, pues al analizar en su integridad la sentencia de tutela, es posible inferir que este criterio no desconoció que el juez administrativo pudiera determinar la responsabilidad del Estado y así concluir si fue justa o injusta la privación, desde el estudio de la conducta del detenido desde la óptica de lo civil, pues precisamente el análisis de responsabilidad debe surgir de los elementos propios contenidos en artículo 90 de la Constitución Política y 68 de la Ley 270 de 1996, partiendo de identificar la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente demostrar que no hubo condena en el proceso penal, y de acreditarse este aspecto, se entendería configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, se estaría frente a un daño jurídicamente permitido.

Entonces, lo que debemos entender, con la sentencia de tutela, es que dicho análisis sobre la antijuridicidad del daño no debe vulnerar la presunción de inocencia del acusado que reclama en vía administrativa la indemnización del presunto daño por su detención en una investigación penal.

Ahora bien, recientemente la Sección Tercera del Consejo Estado dio cumplimiento a la tutela y profirió en reemplazo de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018¹⁹, antes anunciada, la sentencia del 6 de agosto de 2020²⁰, a través de la cual no se impuso criterios de unificación, pero se concluyó con base en las posturas de la Corte Constitucional contenidas en las sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 que *“el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.”*

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Magistrado Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01, accionante: Martha Lucía Ríos Cortés y otros, contra Consejo de Estado, Sección Tercera.

¹⁸ Aparte extraído de la conclusión de la sentencia antes resaltada. calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

²⁰ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente: José Roberto Sáchica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, radicado No. 66001-23-31-000-2011-00235-01 (46.947), actor: Martha Lucía Ríos Cortes y otros.

Así mismo, planteó que el “daño es el primer elemento que debe acreditarse en el análisis de imputación, por cuanto constituye la causa de la reparación; no obstante, pese a su existencia, es posible que no haya lugar a declarar la responsabilidad estatal, en las hipótesis en que “existe pero no se puede atribuir al demandado (...), el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre.”

Conforme a lo anterior, y al dar una lectura integral a la providencia antes anunciada, que reemplazo la dejada sin efectos, es posible concluir que la Sección Tercera del Consejo de Estado mantiene un criterio conceptual respecto de la responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad, consistente en que el carácter injusto debe analizarse desde el estándar de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida privativa de la libertad, lo que en cada caso deberá ser objeto de análisis; postura que se ha replicado con posterioridad en varias decisiones que han sido proferidas por el Consejo de Estado²¹.

“19. Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Por último, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.”

La Corte Constitucional en sentencia T-045/21 del 25 de febrero de 2021, MP: José Fernando Reyes Cuartas, se pronunció sobre la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad, donde indicó:

“(…) La Corte Constitucional y el Consejo de Estado exigen, como primer requisito para declarar la responsabilidad por privación injusta de la libertad, la demostración del daño antijurídico. En efecto, la privación de la libertad dentro de un proceso penal que termina con una sentencia absolutoria no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, pues se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración. Así, el daño es antijurídico cuando la orden de restricción devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

A su vez, en reciente pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de fecha 19 de noviembre de 2021, proferida dentro del proceso con radicación: 18001-23-

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 19001-23-31-000-2008-00436-01(50944), Actor: RICARDO ALFONSO ARZUAGA SALAZAR Y OTROS; Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02812-01(47386) Actor: JORGE ENRIQUE ESCAFF CUSSE Y OTROS

31-000-2009-00129-01(50697), CP: Martín Bermúdez Muñoz, donde reiteró que la medida de aseguramiento debía estar debidamente justificada, exponiendo su necesidad de imponer la medida y acreditándose que cumplió con los requisitos, por tratarse de un instrumento que restringe el derecho fundamental a la libertad, para lo cual precisó:

“(…) PROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Incumplimiento

En vigencia de la Ley 600 de 2000, momento en el que se dispuso detener a la víctima directa del daño, los requisitos legales que debían cumplirse para adoptar tal medida estaban previstos en sus artículos 355, 356 y 357, y eran los siguientes: La procedencia de la medida según el tipo de delito imputado (art. 357). La existencia de <<por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso>> (art. 356). La existencia de medios de prueba que permitieran deducir que la medida era necesaria <<para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria>> (art 355). En este caso no se cumplieron dichos requisitos.

FUENTE FORMAL: LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 355 / LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 356 / LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 357

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – Debe exponerse la necesidad

Al momento de dictar la medida de aseguramiento la Fiscalía debía exponer las razones por las cuales se encontraban cumplidos los propósitos legales de la detención preventiva, lo cual no se hizo. El análisis de este aspecto es lo que le permite al juez administrativo determinar si la detención de la víctima directa del daño fue una determinación no solo legal sino adecuada, proporcional y razonable. No se trata de saber simplemente si existían indicios de responsabilidad que pudieran justificar la imposición de una sanción en su contra: ***se trata de determinar si existían razones que justificaran mantenerlo privado de la libertad durante el proceso.*** En la providencia en la que se dispuso la detención preventiva del demandante (...) era necesario determinar si la medida se justificaba en los términos antes indicados. Sin embargo, en la Resolución del 13 de abril de 2004 la Fiscalía únicamente hizo referencia a los medios de pruebas que valoró para imponer la medida de aseguramiento, pero no expuso ninguna consideración, general ni particular, sobre su necesidad. (...)” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Conforme a lo anterior, las líneas jurisprudenciales actuales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, permiten concluir que el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que luego termina con decisión de absolución, prescripción, o cualquier otro evento librándolo de la responsabilidad penal, en sí misma, no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta, es decir, para ello, deberá analizarse la metodología determinada por el Consejo de Estado para concluir la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida impuesta, y en tal caso, sí constituye un daño antijurídico imputable a la administración, toda vez que “a pesar de la existencia de un daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico y, en consecuencia, no surge para el Estado

el deber jurídico de repararlo.²²”, a menos que se trate de casos en que el hecho no existió o la conducta es atípica, por operar allí la responsabilidad objetiva.

6. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES:

HECHO	MEDIO PROBATORIO
1. El 9 de diciembre de 2013, siendo aproximadamente las 4:30 horas, se dio la captura de José Guillermo Jaramillo Tabares y Miguel Guillermo Jaramillo Tabares, por una denuncia efectuada por Wilson Andrés Rodríguez, quien manifestó ser víctima de los mencionados, quienes hurtaron un parqueadero con arma de fuego.	Documento: libro de vigilancia y de población de la Policía Metropolitana (Fol. 9-13)
2. El 10 de diciembre de 2013, se llevó a cabo audiencia preliminar concentrada de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, en donde el Juez Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Ibagué, impuso medida de aseguramiento en contra de José Guillermo Jaramillo Tabares y Miguel Guillermo Jaramillo Tabares, por el delito de hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo y sucesivo con el de Fabricación, Tráfico y Porte de Armas de Fuego, en el complejo carcelario penitenciario de Coiba Ibagué.	Documento: Acta de la audiencia preliminar concentrada de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, en donde el Juez Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Ibagué (Fol. 32-33) Documento: Boleta de detención No. 00916 y 00918 del 10 de diciembre de 2013 8Fol. 28 al 30 del cuaderno de pruebas de oficio)
3. José Guillermo Jaramillo Tabares y Miguel Guillermo Jaramillo Tabares, estuvieron privados de su libertad desde el 10 de diciembre de 2013 hasta el 5 de febrero de 2014, por revocatoria de medida de aseguramiento.	Documento: Certificado del 2 de diciembre de 2015 expedido por el Director del Complejo Penitenciario y Carcelario de Coiba Ibagué (Fol. 131)
4. La Fiscalía Sexta Seccional de Ibagué, presentó solicitud de preclusión a favor de los demandantes.	Documento: Escrito de solicitud de preclusión (Fol. 2 -5 cuad. Pruebas de oficio)

7. CONCRETO.

En ejercicio de la presente acción, la parte demandante pretende que las entidades accionadas sean declaradas responsables de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados, como consecuencia de la privación de la libertad que se le impuso a José Guillermo Jaramillo Tabares y Michael Guillermo Jaramillo Castiblanco, por los delitos de hurto calificado agravado y porte ilegal de armas de fuego.

²² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 81001-23-31-000-2011-00067-01(52829)

Por su parte, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda, al considerar que la Rama Judicial si tiene legitimación en la causa para actuar dentro de este proceso, contrario a lo que ocurre con la Fiscalía General de la Nación, que carece de este presupuesto, pues, la ley 906 de 2004, dispone en el artículo 2° que corresponde al Juez de Control de Garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenar la restricción de la libertad cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas; por lo tanto, es claro que quien ordena la privación de la libertad es el Juez de Control de Garantías y no la Fiscalía General de la Nación.

Y en segundo lugar, concluyó que la Nación - Rama Judicial no es responsable de los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la privación de la libertad de los mismos, porque no existe en el proceso penal providencia debidamente ejecutoriada que termine el proceso, esto es, sentencia absolutoria o auto que decreta la preclusión de la investigación, requisitos *sine quo non* para que se puede alegar la privación injusta de la libertad, como lo dispone el Consejo de Estado, es decir, que no se puede analizar si la privación de la libertad alegada en este caso fue injusta o no.

Inconforme con esa decisión, la parte demandante en su recurso de apelación afirmó que no era viable declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación, porque la labor de dicha entidad no solo estriba en poner a disposición de un Juez de Control de Garantías a un administrado (Capturado), para que este último (Juez), tome las decisiones que en derecho correspondan; sino que debe demostrar al Juez de Garantías, que están dada las condiciones mínimas para coartar el derecho sagrado a la libertad que le asiste a un sindicado conforme al artículo 308 y 313 de la Ley 906 de 2000; y además, indicó que se debe acceder a las pretensiones de la demanda porque no es necesario esperar a que exista una sentencia absolutoria en su favor ya que ello le impediría a las víctimas de manera indefinida acudir a la jurisdicción en búsqueda de la reparación del daño material e inmaterial sufrido.

La circunstancia anterior, exige a la Sala estudiar si existió o no la privación injusta de la libertad que se alega, bajo la metodología establecida por el Consejo de Estado, es decir, determinar i) la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; ii) se debe analizar la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; ii) y, solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial); iv) en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; v) en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; vi) en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.

7.1 El daño.

De acuerdo a ello, tal como se precisó, en el *sub-lite*, advierte la Sala que se encuentra demostrado el **daño alegado respecto de la detención o privación de la libertad**, toda vez que a José Guillermo Jaramillo Tabares y Michael Guillermo Jaramillo Castiblanco efectivamente se les restringió su libertad en razón al punible de hurto Calificado y Agravado y porte ilegal de armas de fuego, por solicitud de la Fiscalía 7 Local de URI de Ibagué, e impuesta por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué- Tolima.

Esta conclusión deviene del análisis de las pruebas, especialmente del acta de la audiencia preliminar celebrada el 10 de diciembre de 2013 (Fol. 32-33 cuaderno pruebas de oficio) boletas de detención No. 00918y 1916 del 10 de diciembre de 2013²³, y certificado emitido por el Director del INPEC- COIBA, en el que consta que el tiempo de reclusión de los demandantes fue del 10 de diciembre de 2013 al 5 de febrero de 2014 por revocatoria de la medida de aseguramiento con boletas de libertad No. 103 y 104 del 4 de febrero de 2014.²⁴

Lo anterior, permite a esta Corporación concluir que José Guillermo Jaramillo Tabares y Michael Guillermo Jaramillo Castiblanco, estuvieron privados de la libertad, por lo que esta Sala puede determinar que la privación de la libertad - daño - se presentó del **10 de diciembre de 2013 al 5 de febrero de 2014, es decir, 1 mes y 25 días.**

7.2. De la imputación.

En este punto, indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional²⁵ y del Consejo de Estado²⁶, en cuanto al análisis de responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, partiendo propiamente de la antijuridicidad, puede concluirse que ésta se configura sin mayores exigencias cuando las causales de libertad se originan en que *i)* el hecho no existió y *ii)* la conducta era objetivamente atípica, en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque *iii)* no cometió el delito, *iv)* se dio aplicación del principio *in dubio pro reo*, y *v)* otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

De lo probado en el proceso, se tiene que:

- El 9 de diciembre de 2013, siendo aproximadamente las 4:30 horas, se dio la captura de José Guillermo Jaramillo Tabares y Miguel Guillermo Jaramillo Tabares, por una denuncia efectuada por Wilson Andrés Rodríguez, quien manifestó ser víctima de los mencionados, quienes hurtaron un parqueadero con arma de fuego.²⁷
- El 10 de diciembre de 2013, se llevó a cabo audiencia preliminar concentrada de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, en donde el Juez Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Ibagué, impuso medida de aseguramiento en contra de José Guillermo Jaramillo Tabares y Miguel Guillermo Jaramillo Tabares, por el delito de hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo y sucesivo con el de Fabricación,, Tráfico y Porte de Armas de Fuego, en el complejo carcelario penitenciario de Coiba Ibagué.²⁸

²³ Visto en los folios 28 y 30 del cuaderno de pruebas de oficio.

²⁴ Visto en el folio 131.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

²⁶ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto Sáchica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, que reemplazo la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01).

²⁷ Visto en el libro de vigilancia y de población de la Policía Metropolitana (Fol. 9-13)

²⁸ Visto en los folios 32 y 33 y boleta de detención No. 00916 y 00918 del 10 de diciembre de 2013 8Fol. 28 al 30 del cuaderno de pruebas de oficio)

- José Guillermo Jaramillo Tabares y Miguel Guillermo Jaramillo Tabares, estuvieron privados de su libertad desde el 10 de diciembre de 2013 hasta el 5 de febrero de 2014, por revocatoria de medida de aseguramiento.²⁹
- La Fiscalía Sexta Seccional de Ibagué, presentó solicitud de preclusión a favor de los demandantes.³⁰

Entonces, efectuadas las previsiones anteriores, es evidente que la norma legal vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos, es la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se estableció el Sistema Penal Acusatorio, y la que conforme al artículo 250 de la Constitución Política, establece que la Fiscalía ostenta la titularidad del ejercicio de la acción penal y su función principal es la investigación de los hechos que revistan la característica de un delito, habilitando al ente investigador conforme el artículo 114 de la Ley 906 de 2004 para que solicite, entre otras situaciones, que el juez de control de garantías ordene las medidas que considere constitucional y legalmente necesarias para la comparecencia de los imputados al proceso penal.

En primer lugar, frente al punto de la apelación relacionado con la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación, se debe indicar que la medida de privación de la libertad en la Ley 906 de 2004, prevista en el artículo 308 *ejusdem*, establece que el Juez de Control de Garantías a solicitud de la Fiscalía verificará que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia, contrario sensu, a lo establecido en la ley 600 de 2000, pues, allí taxativamente se enlistaban los delitos que requerían tal medida.

De otra parte, también el delegado fiscal puede hacer uso del artículo 332 el Título VI, de la Preclusión, de la Ley 906 de 2004, en donde se muestra las causales mediante las cuales el ente investigador podrá solicitar la preclusión del proceso y evitar que continúe el agotamiento de las demás instancias procesales, empero es de advertir, con la aquiescencia siempre del Juez al presentarse las causales que establece la norma.

De acuerdo a ello, puede evidenciarse que le corresponde al Fiscal, valorar a partir de su labor investigativa si cuenta con los elementos de prueba necesarios para conseguir que el Juez de Control de Garantías imponga la medida de aseguramiento o el Juez de Conocimiento la declaratoria de responsabilidad penal, pues de no contar con estos elementos, es el propio orden jurídico el que le impone la necesidad de solicitar la preclusión, no de otra manera se entiende que en el numeral 6 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 haya incluido la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

Entonces, el Fiscal en el sistema penal acusatorio es el único legitimado para solicitar la medida o formular la acusación y la del Juez de control de garantías para imponer la medida o el Juez de Conocimiento para declarar la responsabilidad, lo cual para efectos de la imputación en sede de responsabilidad administrativa tiene unos efectos importantes, pues en el proceso acusatorio penal, la intervención de la Fiscalía y del Juez de Control de Garantías como regla general, en la decisión de privar de libertad a un sujeto investigado se tornan indispensables y complementarias a tal punto, que puede afirmarse sin lugar a equívocos, que sin la intervención de uno de estos dos entes, no es posible que se decrete la medida de aseguramiento de detención preventiva o incluso la decisión condenatoria.

²⁹ Certificado del 2 de diciembre de 2015 expedido por el Director del Complejo Penitenciario y Carcelario de Coiba Ibagué (Fol. 131)

³⁰ Escrito de solicitud de preclusión (Fol. 2 -5 cuad. Pruebas de oficio)

Es viable llegar a esa conclusión, al identificar que es obligación de la Fiscalía adelantar las investigaciones y averiguaciones necesarias para recolectar los elementos materiales de prueba que le permitan formular la acusación y de ser necesario solicitar la imposición de la medida de aseguramiento, sumado a que es deber del ente investigador desarrollar su teoría del caso y demostrarla en un juicio oral y público, de forma que pueda desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al investigado a lo largo del proceso.

Además de ello, tenemos que el Juez en el sistema penal acusatorio tiene amplias restricciones probatorias a diferencia del sistema inquisitivo, de manera que sus decisiones están limitadas o restringidas al material probatorio que aporten las partes, para el caso que nos atañe la Fiscalía, de manera que la responsabilidad probatoria para la imposición de la medida de aseguramiento y la condena recae en la Fiscalía³¹.

En la misma línea argumentativa, debe resaltarse que el Juez respecto de la medida de aseguramiento no tiene ninguna facultad oficiosa, es decir, nunca podrá dictar esta medida sin que previamente el Fiscal se la haya solicitado y fundamentado.

Entonces, si en desarrollo de un proceso penal regido por el sistema penal acusatorio, se priva de la libertad a un sujeto que posteriormente es absuelto, la Fiscalía deberá responder junto con la Rama Judicial por los daños padecidos, en la medida en que su intervención en la privación de la libertad es determinante, toda vez que a partir de los elementos probatorios por ella aportados se tomó la decisión de privar de la libertad cuando de imposición de medida de aseguramiento se trata, o en el evento de ser absuelto, significa que el ente investigador no logró desvirtuar la presunción de inocencia que acompaña al investigado durante todo el proceso, lo que para esta Sala compromete la responsabilidad de la Fiscalía.

Ahora, no puede olvidarse que frente al título de imputación de privación injusta de la libertad, nos encontramos frente a una responsabilidad de carácter objetiva, donde lo determinante es la antijuricidad del daño y no la imputación de responsabilidad, lo que amerita un juicio de valor sobre la conducta realizar por la Fiscalía o por la Rama Judicial, sin embargo, como el régimen de imputación es objetivo, tal y como quedó diseñado en el nuevo sistema penal acusatorio, la privación de la libertad supone la intervención directa tanto de la Fiscalía como del Juez, por lo que es forzoso para la Sala concluir que ambas entidades de manera solidaria son responsables del daño antijurídico causado.

En este orden de ideas, para la Sala tiene vocación de prosperidad los argumentos expuestos por el recurrente, y por ello, no es admisible la excepción de la falta de legitimación por pasiva alegada por la Fiscalía y declarada por la juez de primera instancia, fundada únicamente en el hecho que es el Juez quien toma la decisión de privar de la libertad al investigado, por las razones ampliamente señaladas. Respecto de la Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, resulta claro que compromete su responsabilidad por ser el Juez quien, a partir del actuar del Fiscal, toma la decisión de privar de la libertad al investigado, previa una valoración jurídica, lo cual le hace imputable el daño antijurídico causado y por ende debe responder también por el mismo dentro del marco de la responsabilidad objetiva.

³¹ Sentencia C-396-2007: “En efecto, entre los instrumentos diseñados en la Ley 906 de 2004 para garantizar la imparcialidad objetiva del juez se encuentran los siguientes: i) el funcionario que instruye no juzga, ii) la pérdida de la iniciativa probatoria del juez, pues se entiende como un tercero imparcial que busca la justicia material y, iii) la carga de la prueba de la responsabilidad penal corresponde a la Fiscalía. Nótese que estos tres instrumentos para garantizar la neutralidad del juez están referidos al manejo de la prueba en el sistema penal acusatorio” (Negrilla fuera de texto)³¹

Por tanto, no era posible declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación por parte del juez de primera instancia; por lo que ese aspecto será modificado.

Y en segundo lugar, frente al argumento de la apelación, relacionado con que se debe acceder a las pretensiones de la demanda porque no era necesario esperar a que existiera una sentencia absolutoria en su favor ya que ello le impediría a las víctimas de manera indefinida acudir a la jurisdicción en búsqueda de la reparación del daño material e inmaterial sufrido, es preciso advertir, que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática en señalar que la modalidad de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, opera cuando la persona que padece la detención es absuelta de responsabilidad penal, ya sea porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o no fue posible demostrar su autoría o participación en la conducta punible, o, porque se demostró plenamente su inocencia, o, bien sea por el principio de *in dubio pro reo*, o por preclusión de la investigación al demostrar alguna causal de exoneración de responsabilidad penal; para lo cual es necesario determinar la forma en que se terminó el proceso penal que dio lugar a la privación de la libertad.

Igualmente, ha sostenido esa misma corporación junto con la Corte Constitucional que la responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, se deben analizar partiendo desde la óptica de la antijuricidad, la cual se configura sin mayor esfuerzo cuando las causales de libertad se originan en las hipótesis de que el hecho no existió y la conducta era objetivamente atípica, en los que se puede aplicar el título de imputación de responsabilidad objetiva, o en los eventos de aplicación del principio *in dubio pro reo*, u otros eventos con los que se libera la responsabilidad penal, bajo el título de régimen subjetivo (falla en el servicio); por lo que igualmente es necesario conocer la providencia con la que se da por terminado el proceso, para así iniciar el estudio de antijuricidad y definir el régimen aplicable.

No obstante, lo anterior, es preciso advertir que en este asunto no se tiene certeza de la forma en que terminó el proceso penal o si existió alguna circunstancia liberadora de la responsabilidad penal de los aquí demandantes, para poder iniciar con el análisis de la antijuricidad del daño, pues, no se tiene conocimiento si efectivamente se decretó la preclusión por parte del juez competente o si se continuó con la etapa de juicio o si se emitió sentencia absolutoria, o simplemente terminó por algunos otros posibles eventos, ya que solo se acreditó la presentación de la solicitud de preclusión por parte de la Fiscalía Sexta Seccional; sin que con esta se pueda determinar la configuración de alguna causal del régimen objetivo o las otras causales previstas para la responsabilidad del Estado por privación injusta bajo la óptica del régimen subjetivo; por tanto, no es posible determinar en este asunto la antijuricidad del daño.

De esa manera, aunque José Guillermo Jaramillo Tabares y Michael Guillermo Jaramillo Castiblanco padecieron un daño, no se pudo establecer su antijuridicidad, pues, no se aportó a las presentes diligencias la providencia que puso fin al proceso penal, la cual permitía iniciar el respectivo análisis, por el contrario, se evidencia que al momento de presentar la demanda y de emitirse la sentencia de primera instancia no había concluido el proceso penal, siendo incierta la causal de liberación de responsabilidad penal que recaía sobre los actores, que sería el punto de partida para analizar cómo se indicó previamente la antijuridicidad del daño, entendiendo que este es aquel que la persona no está en el deber de soportar.

En consecuencia, se modificará la sentencia apelada en el sentido de revocar el numeral primero de la misma, relacionado con la declaratoria de la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación, pero se confirmará en lo demás, es decir, se negarán las pretensiones de la demanda.

7. CONCLUSIÓN.

De acuerdo a todo lo expuesto, ante la imposibilidad de estudiar la antijuridicidad del daño como primer elemento para declarar la responsabilidad del Estado, se negarán las pretensiones elevadas en la presente demanda, tal como lo concluyó el *a quo*, por ello, se confirmará la sentencia del 20 de abril de 2018 proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, pero conforme a los argumentos expuestos en la presente decisión.

8. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

El CPACA en el artículo 188 señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que este compilado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso para la liquidación y ejecución de las agencias en derecho.

Por lo anterior, se condenará a la parte demandante en las costas de segunda instancia siempre y cuando se encuentre acreditado en el proceso. Para el efecto, se señalará un (1) salario mínimo mensual legal vigente como agencias en derecho y se ordenará a la secretaría del *a-quo* que liquide tales costas, conforme a las reglas mencionadas.

10. OTRAS CONSIDERACIONES

Advierte la Sala que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19 la presente providencia fue estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura -distanciamiento social aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos-, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE:

MODIFICAR la sentencia del 20 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, la cual quedará así:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas de primera instancia, a favor de la Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial y en contra de los demandantes, fijando como agencias en derecho el equivalente a quince (15) salarios mínimos legales diarios vigentes al momento de ejecutoria de la sentencia, para cada entidad.

TERCERO: Por secretaría hágase entrega de los remanentes que por concepto de gastos ordinarios del proceso existan a favor de la parte demandante.

CUARTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante, conforme lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA., para lo cual se fija el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, como agencias en derecho.

QUINTO: Una vez en firme, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las constancias secretariales correspondientes.

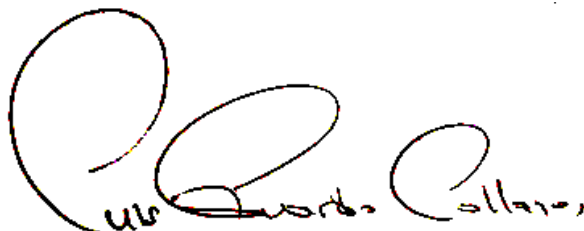
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados³²,



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
(Ausente con licencia)

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

³² Advierte la Sala de esta Corporación que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19, la presente providencia fue estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos – Artículo 12 del Decreto 491 de 2020 -, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura establecidas – distancia social y aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos -, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.