

*República de Colombia*  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA**  
**Magistrado Ponente. Dr. CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ**

Ibagué, siete (07) de julio de dos mil veintidós (2022).

Radicación: No. 73001-33-33-008-**2017-00007-01**  
Interno: No. 2020-00625  
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA  
Demandante: KEVYN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ y OTROS  
Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
Referencia: Apelación de sentencia – Privación Injusta de la Libertad

**OBJETO DE LA PROVIDENCIA**

Se encuentran las presentes diligencias en esta Corporación a efectos de resolver los recursos de apelación interpuestos por las entidades accionadas, contra la sentencia dictada el 31 de marzo de 2020 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual decidió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

Los señores (as) KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, MARÍA DEL CARMEN GUTIÉRREZ LÓPEZ, REINEL HERNÁNDEZ, DAYANNA KAROLAY LÓPEZ JARAMILLO, WHITNEY STHEPHANY HERNÁNDEZ LÓPEZ, MELANY SOFIA LÓPEZ JARAMILLO, SXLEYDER MUÑOZ GUTIÉRREZ, KEYNER SMITH MUÑOZ GUTIÉRREZ, SHARIK MUÑOZ GUTIÉRREZ, MARILYN DAYANNA AGUIRRE GUTIÉRREZ, JULIETH ALEXANDRA HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, MARÍA RUTH HERNÁNDEZ, y MARÍA DE JESÚS LÓPEZ LÓPEZ, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Reparación Directa establecido en el artículo 140 del C.P.A.C.A, promovieron demanda contra la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL; MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, solicitando las siguientes:

**I.I. DECLARACIONES Y CONDENAS<sup>1</sup>**

**PRIMERA:** Que la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, al MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO y, a la RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL son administrativa y patrimonialmente responsables de forma solidaria por los perjuicios materiales (lucro cesante y daño emergente), morales, y a la vida en relación, causados a los demandantes, con ocasión a la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, desde el día catorce (14) de mayo de dos mil catorce (2014) hasta el día siete (7) de julio de dos mil quince (2015).

<sup>1</sup> FIs 223-237 del archivo PDF- 01\_CUADERNO PRINCIPAL- expediente juzgado.

Sentencia de Segunda Instancia

**SEGUNDA:** Que como consecuencia de lo anterior declaración, se condene a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, al MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO y a la RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL al pago de los perjuicios materiales –(lucro cesante y daño emergente) a favor del señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, así:

**Lucro cesante:**

- La suma de cien millones de pesos (\$100.000.000), que corresponde a los daños causados a su proyecto de vida, la pérdida de opciones vitales y de una etapa productiva, pérdida de ganancia, beneficio, utilidad; más el valor de \$26.960.000 por concepto de salario dejado de percibir durante el tiempo que estuvo privado de su libertad.
- La suma de dieciséis millones ochocientos mil pesos (\$16'800.000), correspondiente al periodo promedio que tarda una persona en conseguir trabajo una vez recobra su libertad.

**Daño emergente:**

- La suma de veinte millones de pesos (\$20'000.000), correspondiente al valor de los gastos en que incurrieron en traslados desde su lugar de habitación a la Fiscalía, al Palacio de Justicia, a la Permanente, al Centro Penitenciario y Carcelario, así como, a los elementos de primera necesidad requeridos durante el periodo en que permaneció privado de la libertad, entre otros.
- La suma de treinta millones de pesos (\$30'000.000), correspondiente al valor del contrato de prestación de servicios pactado con abogado que asumió la defensa judicial en la causa penal.
- La suma de diez millones de pesos (\$10'000.000), correspondiente al valor cancelado por concepto de anticipo del proceso contencioso administrativo.

**TERCERA:** Que se condene a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y a la RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL al pago de los perjuicios materiales a favor de la señora DAYANNA KAROLAY LÓPEZ JARAMILLO, así:

- A la suma de doce millones de pesos (\$12'000.000), correspondiente a la deuda que esta debió asumir para el sostenimiento y cuidado familiar durante que su compañero permanente estuvo privado de su libertad.

**CUARTA:** Que se condene a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y a la RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL al pago de los perjuicios morales causados a cada uno de los demandantes, así:

- Para KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ en calidad de víctima directa la suma de 90 SMLMV.
- Para WHITNEY STHEPHANY HERNÁNDEZ LÓPEZ, y MELANY SOFIA LÓPEZ JARAMILLO quienes concurren en calidad de hijas de la víctima directa, la suma de 90 SMLMV para cada una.
- Para MARÍA DEL CARMEN GUTIÉRREZ LÓPEZ y REINEL HERNÁNDEZ, madre y padre de la víctima directa, la suma de 90 SMLMV para cada uno.
- Para DAYANNA KAROLAY LÓPEZ JARAMILLO – compañera permanente del directo afectado la suma de 90 SMLMV.
- Para SXLEYDER MUÑOZ GUTIÉRREZ, KEYNER SMITH MUÑOZ GUTIÉRREZ, SHARIK MUÑOZ GUTIÉRREZ MARILYN DAYANNA AGUIRE GUTIÉRREZ, y JULIETH ALEXANDRA HERNÁNDEZ, MARÍA RUTH HERNÁNDEZ, y MARÍA DE JESÚS LÓPEZ LÓPEZ, quienes acuden

Sentencia de Segunda Instancia

en calidad de hermanos y abuelas de la víctima directa la suma de 90 SMLMV a cada uno.

**QUINTA:** Que la condena respectiva, es decir, el monto total de la indemnización sea actualizada de conformidad con lo previsto con el CPACA, o mediante la aplicación de los mecanismos, procedimientos y fórmulas adoptadas por el H, Consejo de Estado en diferentes oportunidades, actualización que se hará con sus correspondientes intereses desde la fecha de la ocurrencia de los hechos dañosos y hasta cuando se dé el cumplimiento a la Sentencia que ponga fin al proceso o quede ejecutoriada.

**SEXTA:** Que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas en los términos y condiciones establecidas por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

**SÉPTIMA:** Que se sirva ordenar que la parte demandada le dé cumplimiento a la sentencia en los términos que para el efecto ordena el CPACA.”

## I.II. HECHOS<sup>2</sup>

De la lectura de la demanda, la Sala encuentra los siguientes hechos de carácter relevante:

**PRIMERO:** Que el día catorce (14) de mayo de 2014, el señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ fue capturado,

**SEGUNDO:** Que al día siguiente - 15 de mayo de 2014, el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Ibagué, adelantó audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e impuso medida de aseguramiento en el Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué - COIBA, contra el señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ por el delito de tentativa homicidio en concurso heterogéneo y simultaneo con la conducta de fabricación, tráfico, porte de armas de fuego, partes o municiones, esto, a solicitud de la Fiscalía 16 Seccional de Ibagué – URI.

**TERCERO:** Que el 05 de marzo de 2015, el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Función de conocimiento, procedió a celebrar la audiencia de formulación de acusación contra el señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ por el delito de tentativa homicidio en concurso heterogéneo y simultaneo con la conducta de fabricación, tráfico, porte de armas de fuego, partes o municiones, conforme a la acusación realizada.

**CUARTO:** Que el 14 de julio de 2015, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión con Función de Conocimiento de Ibagué, declaró la preclusión de la investigación en favor del señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, en consideración a la solicitud elevada por la Fiscalía Delegada; y asimismo, ordenó la libertad inmediata y expidió la boleta de libertad del 15 de julio de 2015, decisión que no fue objeto de recurso alguno.

**QUINTO:** Que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión con Función de Conocimiento de Ibagué, para adoptar la anterior decisión, puso en consideración los testimonios presentados por Acosta Luna – víctima, y Blanca Lilia Ferreira de Gutiérrez, quienes indicaron que el señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ no hizo parte de los hechos materia de investigación.

**SEXTO:** Que la solicitud de preclusión fue presentada un año después de que la Fiscalía hubiere radicado el escrito de acusación, situación que hizo que el señor HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ estuviere privado de su libertad por un periodo de 14

<sup>2</sup> Fls. 218-223 del archivo PDF- 01\_ CUADERNO PRINCIPAL- expediente juzgado.

Sentencia de Segunda Instancia

meses 1 día, pese a que dicha entidad contaba con el Informe FPJ 11 del 15 de mayo de 2014 que dada cuenta de la no participación en los hechos investigados.

**SÉPTIMO:** Que el señor HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, fue objeto de escarnio público, tanto así que, su situación fue expuesta en el periódico Q´ Hubo y Nuevo Día es sus páginas iniciales del día 16 de mayo de 2014.

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término de traslado de la demanda que trata el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011, la **RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL IBAGUÉ – TOLIMA, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** contestaron el libelo introductorio de la referencia, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones demandatorias, para lo cual argumentaron lo siguiente:

### **2.1. Nación – Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial Ibagué – Tolima<sup>3</sup>:**

La apoderada judicial de la Rama Judicial - Dirección Seccional de Administración Judicial, argumentó:

Luego de reseñar ampliamente lo expuesto en la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de unificación adiada 17 de septiembre de 2013, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, concluyó que dicha providencia “*otorga al Artículo 90 de la Constitución Política (...) significado más amplio, y la supremacía como norma constitucional, frente al resto de ordenamiento jurídico. Es así como del análisis de la sentencia se concluye que cuando una persona es sometida a una medida privativa de la libertad y posteriormente es absuelta, sin importar la ley penal bajo la cual se tramitó el respectivo proceso penal, o la causal por la cual se profirió la absolución, habrá lugar a responsabilidad de Estado, en aplicación de la teoría del daño especial, entendido éste como aquel que el individuo no estaba obligado a soportar, sin que en estos casos, tenga relevancia la juridicidad de la conducta del agente estatal*”

A renglón seguido señaló que no obstante lo allí determinado, dicha posición ha variado, tal y como se advierte en la sentencia proferida el 10 de agosto de 2015 Consejero Ponente Dr. Jaime Alberto Santofimio Gamboa, dentro del expediente de radicado interno 30134, en la que se adoptó otra posición, cuyo eje central se encuentra enfocado en realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustentan la exoneración penal como podría ser la aplicación del principio *in dubio pro reo*, esconde deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son las que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación penal en su favor.

A su turno, recalca el papel del juez administrativo en el análisis de la actividad realizada por las autoridades judiciales intervinientes que las llevaron a exoneración penal, para que pueda declarar la responsabilidad del Estado. Es por ello por lo que, frente a la sentencia que decretó la preclusión de la investigación en favor del señor Kevin Hernández Gutiérrez, se observa que la Fiscalía no pudo desvirtuar la presunción de inocencia del demandante, y que dadas las particularidades del asunto no le quedó otro camino que retirar los cargos y solicitar la preclusión de la investigación a favor del procesado, y que fue así que el Juez Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Ibagué – Tolima, la decretó.

Es por lo anterior, que cuando el ente investigador incumple sus deberes probatorios, el Juez debe absolver al procesado y no surge la responsabilidad del

<sup>3</sup> Fls. 190-202 d del archivo PDF\_01CUADERNO PRINCIPAL- expediente juzgado.

Sentencia de Segunda Instancia

Estado respecto de la Nación – Rama Judicial, porque la privación de la libertad tuvo origen en el caudal probatorio allegado inicialmente por el ente investigador, el cual posteriormente no reunió los requisitos para convertirse en plena prueba y ser el soporte de una decisión condenatoria.

Finalmente, propuso como excepciones de mérito las que denominó “*Inexistencia de Perjuicios*”, “*Ausencia de nexo causal*”, y “*Innominada o Genérica*”.

## 2.2. Ministerio de Justicia y del Derecho<sup>4</sup>

La apoderada judicial de la cartera ministerial manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas por los demandantes, y que la entidad que representa carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, no participó directa ni indirectamente en alguna acción u omisión de los hechos que dieron lugar a la presente causa judicial, ni muchos menos ejerce la representación legal de alguno de los entes involucrados.

En orden de los anterior, formuló la excepción de falta de legitimación material en la causa por pasiva, la cual fue acogida por la autoridad judicial de instancia en el trámite de la audiencia inicial celebrada el 20 de febrero de 2018<sup>5</sup>, y en su lugar, dispuso la continuación del proceso solo en contra de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación.

## 2.3. La Fiscalía General de la Nación guardó silencio<sup>6</sup>

### III. SENTENCIA APELADA<sup>7</sup>

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante sentencia proferida el 31 de marzo de 2020, resolvió:

*“PRIMERO: DESESTIMAR las excepciones de (i) la inexistencia de perjuicios y (ii) ausencia de nexo causal propuestos por la rama Judicial.*

*SEGUNDO: DECLARAR a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y a la RAMA JUDICIAL patrimonialmente responsables por los perjuicios causados a los demandantes por la privación injusta y preventiva de la libertad que tuvo que soportar el señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ desde el 16 de mayo de 2014 al 15 de julio de 2015.*

*TERCERO: CONDENAR a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y a la RAMA JUDICIAL como consecuencia de la anterior declaración y por partes iguales, a pagar a favor de los demandantes por perjuicios morales los siguientes montos:*

<i>KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ</i>	<i>Víctima directa: El equivalente a NOVENTA (90) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.</i>
<i>MARÍA DEL CARMEN GUTIÉRREZ LÓPEZ y REINEL HERNÁNDEZ</i>	<i>Padres: El equivalente a NOVENTA (90) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.</i>

<sup>4</sup> Fls. 207- 210 del archivo PDF\_01CUADERNO PRINCIPAL- expediente juzgado.

<sup>5</sup> Fls. 309- 312 del archivo PDF\_01CUADERNO PRINCIPAL- expediente juzgado.

<sup>6</sup> Fls. 287 – constancia secretarial 01CUADERNO PRINCIPAL- expediente juzgado.

<sup>7</sup> Fls. 402-422 del archivo PDF- 01 CUADERNO PRINCIPAL- expediente juzgado.

Sentencia de Segunda Instancia

WHITNEY STHEPHANY HERNÁNDEZ LÓPEZ, y MELANY SOFIA LÓPEZ JARAMILLO	Hija e Hijastra: El equivalente a NOVENTA (90) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
SXLEYDER MUÑOZ GUTIÉRREZ, KEYNER SMITH MUÑOZ GUTIÉRREZ, SHARIK MUÑOZ GUTIÉRREZ MARILYN DAYANNA AGUIRE GUTIÉRREZ, y JULIETH ALEXANDRA HERNÁNDEZ.	Hermanos: El equivalente a cuarenta y cinco (45) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
MARÍA RUTH HERNÁNDEZ, y MARÍA DE JESÚS LÓPEZ LÓPEZ.	Abuela: El equivalente a cuarenta y cinco (45) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
DAYANNA KAROLAY LÓPEZ JARAMILLO	Compañera permanente: El equivalente a cuarenta y cinco (45) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

**CUARTO: CONDENAR** a las condenadas a pagar, por partes iguales, a favor del señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ por concepto de perjuicios materiales:

*La suma de DOCE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$12.259.981), en la modalidad de lucro cesante.*

*La suma de DOCE MILLONES DE PESOS (\$12.000.000), en la modalidad de daño emergente.*

**QUINTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO: ABSTENERSE** de condenar en costas a las accionadas.

**SÉPTIMO:** Las entidades demandadas darán cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

Para llegar a la anterior decisión, el a quo consideró:

“(…)

*Esta instancia encuentra probado que en contra del señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ se adelantó un proceso penal por el delito del Homicidio Tentado en concurso heterogéneo con la de Tráfico, Fabricación porte de estupefacientes, dentro del cual se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, privándosele de su derecho fundamental a la libertad entre el 16 de mayo de 2014 al 15 de julio de 2015. D ellos hitos de detención da cuenta principalmente la certificación del 16 de agosto de 2016 expedida por el director del Complejo Penitenciario y Carcelario de Ibagué – Picalaña.*

*Asimismo, se probó que, a través de providencia del 14 de julio de 2015, proferida por el Juzgado Segundo del Circuito de Descongestión con Funciones de Conocimiento, y por solicitud de la Fiscalía, se precluyó la investigación a favor del señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ por imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, consideración que impone su calificación como antijurídico, pues pese al noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia en beneficio de la colectividad, se privó de la libertad a un individuo sin que se hubiere podido establecer o determinar su responsabilidad penal, y en ese orden de ideas sufrió un daño que no estaba obligado de soportar.*

Sentencia de Segunda Instancia

(...)

*Del análisis de la providencia que vinculó al procesado y mediante la cual se impuso la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, se advierte vaguedades por parte de la Fiscalía, pues a pesar que el sustento principal fueron las lesiones irrogadas con arma de fuego el patrullero Yeison Acosta Luna en el momento que adelantaba junto con otros uniformado de la Policía Nacional labores investigativas en el sector de las escaleras que comunican los barrios Combeima y Cerro gordo, donde fueron recibidos con disparos; lo cierto es que, con excepción de la presencia en el lugar, no se tuvieron elementos de prueba – indicios – en cuento a que el señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ hubiera percutido el arma de fuego con el que se lesionó el agente Acosta, imputando un hecho punible de gravedad que le permitió al fiscal solicitar la medida de aseguramiento de privación de la libertad preventiva, esto es, por el solo hecho de ser tentativa de homicidio el autor de por si es peligroso para la sociedad, sin que se sustentara la solicitud de conformidad con lo prescrito en el artículo 308 y 309 de la Ley de 2004.*

*Así las cosas, es claro el yerro de apreciación probatoria y la falta de motivación en que incurrieron las demandadas de imponer la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva contra el señor HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ toda vez que el juicio de proporcionalidad que se debió realizar para imponer la medida restrictiva de la libertad, no es de examinar la relación de la dimensión del daño en que pudo haber incurrido el imputado, - tentativa de homicidio y porte de arma de fuego- para proceder a privar de la libertad, es decir que a mayor lesión del bien jurídico tutelado mayor la medida de aseguramiento, toda vez que se estaría incurriendo en legitimar la imposición de una justa retribución anticipada que no es el fin de dichas medidas preventivas en nuestra normativa penal.*

*De conformidad con lo expuesto, el despacho advierte la configuración de una falla en el servicio de la administración de justicia, en cabeza de las co demandadas, toda vez que el término de la ley 904 (sic) de 2004, no se aportaron pruebas suficientes de las cuales fuera posible deducir que las medidas no privativas de la libertad resultaban insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento impuestas al señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ. (...)*

*Adicionalmente, no es posible concluir que se configuró la culpa exclusiva de la víctima, pues la medida de aseguramiento y la decisión de que permaneciera recluido, no tuvieron como fundamento conductas gravemente culposas o dolosas que hubiesen llevado al ente acusador a considera como necesaria la adopción de decisiones con la suficiencia de restringir su derecho a la libertad.*

*Tampoco se cuenta con elementos de juicio para establecer que el daño causado al demandante provenga de manera exclusiva y determinante de la conducta de un tercero, pues, el fiscal y el Juez que impuso la medida de aseguramiento tenía no solo la facultad, sino el deber de valorar y analizar las pruebas allegadas al proceso con miras a establecer la existencia del delito investigado y la responsabilidad penal del procesado.*

(...)"

#### IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Oportunamente, la Fiscalía General de la Nación y la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, interpusieron recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el 31 de marzo de 2020 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en virtud de los cuales solicitan se revoque la decisión de instancia conforme a la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, así:

##### **4.1. Fiscalía General de la Nación<sup>8</sup>:**

<sup>8</sup> Fls. 437-446 y 448-457 del Doc. PDF C01Cuaderno Ppal. del expediente juzgado.

Sentencia de Segunda Instancia

La demandada – Fiscalía General de la Nación sostiene que, la actuación penal surtida en contra del señor Kevin Hernández Gutiérrez se adelantó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 250 de la norma superior y Ley 906 de 2004, disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, y dentro de las cuales se establecieron sus funciones, sin que se le asignara la de imponer medida de aseguramiento, pues, es una facultad atribuida única y exclusivamente al Juez de Control de Garantías, quien y luego de la solicitud que eleve el ente investigador está llamado a valorar las pruebas presentadas y adoptar la decisión que en derecho corresponda e incluso tiene la potestad de decretar pruebas demás de llegar a considerarlo necesario.

Luego arguye que, en el caso en particular no se evidencia, ni se acredita que se haya incurrido en un actuar negligente, omisivo, violatorio y contradictorio de la normas sustancial o procesal del sistema penal acusatorio; y que no puede exigirse al funcionario judicial que al momento de analizar la viabilidad de una medida de aseguramiento o detención preventiva, efectúe un juicio de responsabilidad penal para determinar si el acusado es culpable del hecho imputado, pues, es un análisis propio de las demás etapas procesales, en concreto, del momento en que se profiere sentencia.

Entonces, concluye que, la medida de aseguramiento obedeció a razones jurídicamente atendibles en ese momento determinado, a una decisión que por la época de expedición se ajustaba a todas las exigencias sustanciales y formales de la ley, más no a una actuación indebida por una desfasada subsunción de la realidad fáctica en la hipótesis normativa o a una grosera utilización de la normatividad jurídica; y que, si a partir de ello se puede considerar que hay una falla del servicio, la misma no le resulta atribuible por cuanto no fue adoptada por la entidad.

Con todo, solicita que se revoque la decisión adoptada por el *a quo* y se absuelva a la Fiscalía General de la Nación de cualquier tipo de responsabilidad; y que, si bien la entidad solicitó la medida de aseguramiento ante el Juez de Control de Garantías, no lo hizo de una forma caprichosa, sino con el objeto de que el imputado compareciera al proceso.

#### **4.2. Nación – Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial de Ibagué Tolima<sup>9</sup>.**

De entrada, precisa que, para configurarse o predicarse responsabilidad del Estado, la parte interesada deberá acreditarla existencia de un daño, un conducta activa u omisiva y, un nexo causal entre el primero y el segundo.

Luego arguye que, en el presente caso no es dable predicar la falla del servicio en el actuar del operado judicial, esto, por cuanto considera que las actuaciones de los jueces se dieron en cumplimiento de un deber legal y dando aplicación a los requisitos objetivos consagrados en la Ley 906 de 2004, por lo que la medida adoptada no puede considerar arbitraria.

Es así que, destaca que las actuaciones y decisiones de los agentes judiciales que intervinieron en el proceso penal al que resultó vinculado el señor Hernández Gutiérrez, se emitieron en cumplimiento de la ley y la Constitución Política, y que la medida de aseguramiento decretada en su contra, se dictó con fundamento en los elementos probatorios, e información legalmente obtenida, exhibida por la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual, considera que no existe nexo de causalidad entre el daño antijurídico alegado por los accionantes y la actuación de la Rama Judicial.

---

<sup>9</sup> FIs. 437-446 y 460- del Doc. PDF C01Cuaderno Ppal. del expediente juzgado

Sentencia de Segunda Instancia

De igual forma resalta que, la H. Corte Constitucional ha establecido que en los casos de *in dubio pro reo* o atipicidad subjetiva, no resulta admisible que de manera automática se emita condena en contra del Estado, sino que es necesario determinar que la decisión que haya adoptado el operador judicial se hubiere dado de una forma inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria; aspecto que en su criterio no se encuentran debidamente demostrados.

A hilo señala que, el análisis que realizó el Juez de la causa penal se circunscribió a verificar la razonabilidad, proporcionalidad, ponderación y el cumplimiento de los fines legales y constitucionales para la imposición de la medida de aseguramiento, y que para el caso, la misma resultaba necesaria por tratarse de un presunto punible respecto del cual, la propia Ley 906 de 2004 impone como obligatoria tal medida; y en orden de ello destaca que, las funciones de los jueces están claramente delimitadas entre la función de control de garantías (cuyas misiones son las de controlar el abuso de poder y proteger los derechos y, en consecuencia, evitar las restricciones arbitrarias de los derechos) y la de conocimiento que estudia la responsabilidad penal de los imputados.

Por lo puntualizado, solicitó se revoque la sentencia proferida en su contra, por cuanto sus actuaciones fueron ajustadas a derecho.

## V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Los recursos de apelación interpuestos por los extremos procesales accionados, fueron admitido mediante el proveído fechado el 7 de diciembre de dos mil veinte 2020 (Archivo PDF 004\_008-2017-0007-01– Admite apelación sentencia - del expediente del Tribunal), posteriormente, mediante auto adiado el 11 de mayo de dos mil veintiuno 2021 (Archivo PDF 010 Auto ordena alegatos - expediente del Tribunal), se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público con miras a que éste emitiera su concepto de fondo, derecho del cual hizo uso la parte demandante y la Fiscalía General de la Nación<sup>10</sup>.

Al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, la Sala procede a decidir la controversia conforme a las siguientes.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA SEGUNDA INSTANCIA

### 6.1. Precisiones preliminares

#### 6.1.1. *Competencia*

En primer lugar, es menester indicar que de conformidad con la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., esta jurisdicción puede aprehender el conocimiento del presente asunto, pues se trata de una controversia originada en un hecho sujeto al derecho administrativo en el que al parecer están involucradas entidades públicas.

Como corolario de lo anterior, según las voces del artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para resolver el recurso de alzada en contra de las sentencias proferidas por los Jueces Administrativos en primera instancia y como quiera que según la regla general consagrada en el inciso 1º del artículo 243 *ibídem*, los fallos emitidos por los Jueces y Tribunales Administrativos son pasibles de ser apelados, es claro que esta Colegiatura es competente para dirimir el presente asunto en Sala de Decisión tal como lo prevé el artículo 125 *ejusdem*.

<sup>10</sup> Ver documentos PDF 013 y 014 del expediente digital Tribunal.

### **6.1.2. Definición del recurso**

Conforme a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 328 del Código General del Proceso, normativa aplicable al caso de sentencias, por remisión expresa del canon 306 de la Ley 1437 de 2011, cuando ambas partes hubieren apelado, el superior resolverá sin limitaciones; no obstante, ello no es óbice para que esta Colegiatura precise las censuras esgrimidas por los extremos procesales recurrentes en contra de la decisión de primer grado, en los siguientes términos:

Para lo cual se tiene que, los voceros judiciales de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial argumentaron que, a diferencia de lo planteado por el *a quo* en el fallo recurrido, las entidades no son responsables por los daños presuntamente irrogados a los accionantes con ocasión a la privación de la libertad de la que fue objeto el señor Kevin Hernández Gutiérrez, pues, consideran que todas las actuaciones desplegadas dentro de la investigación penal siempre estuvieron sujetas a los parámetros legales y constitucionales, donde se impuso la medida de aseguramiento en cumplimiento de un deber legal y en ejecución de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación; aunado a que dentro del *sub examine* no se logró demostrar la antijuridicidad del daño, elemento necesario para que procesa la responsabilidad argüida por los accionantes.

### **6.1.3 Problema jurídico a resolver**

Consiste en determinar si la Fiscalía General y la Nación – Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial Ibagué-Tolima, son extracontractualmente responsables de los perjuicios irrogados a los demandantes, como consecuencia de la presunta privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor Kevin Hernández Gutiérrez entre el 16 de mayo de 2014 al 15 de julio de 2015, en razón a la causa penal seguida en su contra por el delito de homicidio tentado en concurso heterogéneo de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, y que culminó con decreto de preclusión de la investigación, es decir, si la decisión de instancia se encuentra ajustada a derecho o se ha de modificar y/o revocar en atención a los cargos expuestos en los recursos de alzada.

## **6.2. Análisis sustancial**

Los accionantes en uso del medio de control de Reparación Directa, interpuso demanda en contra de la Nación - Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación, el cual se encuentra definido en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, que literalmente señala:

*“...En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.*

*De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma...”*

Ahora bien, deberá emprenderse el estudio respectivo conforme a lo indicado en el artículo 90 de la Constitución Política, a efecto de establecer la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico, norma que textualmente señala:

*“...El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”* (Resalta la Sala).

Sentencia de Segunda Instancia

En este orden de ideas, esta Colegiatura abordará el estudio de las presentes diligencias a partir de la valoración íntegra de las piezas probatorias que reposan en el cartulario, las cuales revelarán la situación jurídica y fáctica materia de la *litis*, para que, con posterioridad a esto, se esboce el estudio acerca del régimen aplicable al caso en concreto, de conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales que correspondan.

### **6.2.1. Pruebas relevantes**

La Sala observa que al expediente fueron aportados oportunamente y en forma legal, los elementos de carácter relevante que a continuación se relacionan:

#### **Documentales:**

##### ***Expediente principal***

- a.** Copia de los Registros civiles de nacimiento de Kevin Hernández Gutiérrez, María del Carmen Gutiérrez López, Reinel Hernández, Sxleyder Muñoz Gutiérrez, Keyner Smith Muñoz Gutiérrez, Sharik Muñoz Gutiérrez, Marilyn Dayanna Aguirre Gutiérrez, Yulieth Alexandra Hernández Gutiérrez, Whitney Sthephany Hernández López, Melani Sofia López Jaramillo, María Ruth Varón Hernández, María Jesús López López. (Fols. 33 – 55 del 01Cuad. Ppal. N° 1 del expediente juzgado).
- b.** copia del contrato de servicios profesionales, suscrito entre el señor Kevin Hernández Gutiérrez y el abogado Humberto Rojas Martínez, para efectos de ejercer su defensa dentro del proceso penal por el delito de “Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego partes o municiones. (Fols. 30-32 del 01Cuad. Ppal. N° 1 del expediente juzgado).
- c.** Copia de declaraciones extra procesos rendidas por las señoras Dayanna Karolay López Jaramillo, Diana patricia López Jaramillo, y el señor Omar Fernando Guzmán Sanabria ante la Notaria Primera de Ibagué, y conforme a la cual se acredita la convivencia y vida en común del accionante Kevin Hernández Gutiérrez con la señora Dayanna Karolay López Jaramillo. (Fis. 56-58 del 01Cuad. Ppal. N° 1 del expediente juzgado).
- Copias auténticas de piezas procesales que integran el expediente de la causa penal adelantado contra el señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ por los delitos de tentativa de homicidio y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, y fabricación, tráfico y porte o tenencia de armas de fuego, accesorio, partes o Municiones, proceso identificado con el número de radicación 73001-6000-450-2014-017800. (fls. 69 – 91, y 269 del Doc. 01 Cuaderno Principal), y del cual se advierte:
  - i) Copia del formato de solicitud de audiencia preliminar – legalización registro voluntario, control legalidad captura, legalización formulación de la imputación, solicitud de imposición medida de aseguramiento, elevada el 15 de mayo de 2014 por el Fiscal 16 Seccional URI de Ibagué - Tolima.
  - ii) Copia del acta de audiencia preliminar - legalización de captura y registro voluntario, formulación de imputación, e imposición de medidas de aseguramiento adelantadas ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías y el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías el 15 de mayo de 2014.
  - iii) Copia de la boleta de detención 0457 del 15 de mayo de 2014, por medio de la cual el Juzgado Sexto Penal Municipal Con Funciones de

Sentencia de Segunda Instancia

Control de Garantías de Ibagué Tolima, ordena medida de aseguramiento en establecimiento Carcelario y Penitenciario.

- iv) Copia de escrito de acusación del 09 de julio de 2014, suscrito por el Fiscal Noveno Seccional de Ibagué – Tolima, unidad de vida, y del cual se extracta lo siguiente como fundamento de la acusación:

*“Los hechos ocurrieron el 14 de mayo del año 2014 aproximadamente a las 20:00 horas, en el sector de las escaleras que comunican los Barrios Combeima y Cerro Gordo parte alta, cuando personal de la Policía nacional realizaba labores investigativas con el fin de verificar expendios de sustancias estupefacientes, siendo recibidos con disparos con arma de fuego desde la zona boscosa del lugar, en el hecho se atentó contra la vida del patrullero YEISON ACOSTA LUNA, quien valorado por medicina legal, determinó el mecanismo traumático de lesión, proyectil de arma de fuego y una incapacidad médico legal provisional de cincuenta y cinco días.*

*De las labores realizadas se capturó a KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ y MARCO ANTONIO QUIROGA QUINTERO, este último presentaba heridas causadas por arma de fuego. (...)*”

- v) Acta de audiencia y proveído - trámite de audiencia – solicitud de preclusión del 14 marzo de 2015 proferidos por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué con Función de Conocimiento, y mediante la cual se observa que dicha autoridad judicial resolvió **“DECLARAR la PRECLUSIÓN solicitada por la Fiscalía Novena Seccional, a favor del imputado KEVIN HERMANDES GUTIÉRREZ, por las conductas punibles de TENTATIVA DE HOMICIDIO Y FABRICACIÓN, TRAFICO O PORTE DE ARMAS DE FUEGO PARTES O MUNICIONES”**, y asimismo, dispuso la libertad inmediata de procesado y libró boletada de libertad.

De las consideraciones expuestas por el juzgado de la causa penal se destaca: *“Conviene precisar que la conducta por la se solicitó la preclusión, no son otras que la de “tentativa de homicidio y fabricación, tráfico o porte de estupefacientes”, dicha solicitud encuentra este juzgador tiene toda vocación de prosperar, pues si bien es cierto está probado que el patrullero YEISON ACOSTA LUNA fue lesionado con arma de fuego, al momento de encontrarse en las escaleras que comunican los barrios Combeima y cerro gordo, cuando relazaban (sic) labores investigativas con el fin de verificar expendios de estupefacientes, también es cierto que ACOSTA LUNA señala que no observó que KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ hubiere participado en los hechos además refiere que el procesado no cuenta con las características físicas de las personas que propinaron la agresión.*

*No obstante, BLANCA FERREIRA de GUTIÉRREZ señalaba que luego de que se escucharon los disparos el procesado ingresó a su vivienda, luego llegó la policía y lo capturó, agrega BLANCA FERREIRA que HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ no participó en los hechos que dieron lugar a este proceso.*

*Al no haberse allegado elementos de prueba, que permitan establecer la responsabilidad penal del procesado y por el contrario los elementos que fueron allegados al proceso permiten inferir que persiste la duda de que el procesado hubiere percutido el arma de fuego con que se lesionó a ACOSTA LUNA, es que se torna procedente la preclusión en favor de HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ por la duda a que ha hecho referencia la señora fiscal.*

Sentencia de Segunda Instancia

*Al precluirse la investigación en favor de KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, se dispone la libertad inmediata del procesado, para lo cual se deberá librar la boleta de libertad, por cuenta de esta actuación, siempre y cuando no se requerido por otra autoridad.”*

- Copia de constancia expedida por el director (E) del Establecimiento Penitenciario de Ibagué – COIBA el 16 de agosto de 2016, y conforme a la cual se tiene que el señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ fue capturado el 15 de mayo de 2014, y que finalmente fue dejado en libertad el 15 de julio de 2015. (Fls. 90 del 01Cuad. Ppal. del expediente juzgado).
- Copia de certificación laboral suscrita por la Gerente de La Clave del Color el 10 de mayo de 2017, y conforme a la cual se tiene que el señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ laboró para tal empresa en el cargo de auxiliar de obra blanca y acabados desde el 13 de junio de 2013 al 14 de mayo de 2014, y devengaba la suma de \$80.000 pesos diarios, cancelados semanalmente. (Fls. 262 del 01Cuad. Ppal. del expediente juzgado).

**Testimoniales:**

Testimonios rendidos por los señores (a) BLANCA LILIA FERREIRA DE GUTIÉRREZ, LUZ DARY FERREIRA, y JORGE ELIECER PINZÓN MONTALVO, en el trámite de la audiencia de pruebas celebrada el 20 de mayo de 2019<sup>11</sup>, quienes de forma unánime manifestaron conocer al señor Kevin Hernández Gutiérrez, y constarle su convivencia con la señora Dayanna Karolay López Jaramillo, como estaba conformado su núcleo familiar; así como, el motivo por el que estuvo privado de la libertad, y la situación que vivió su familia a raíz del proceso penal y la medida de aseguramiento que se le impuso.

Finalmente, se observa que indicaron el oficio o labor que desarrollaba y del cual dependía sus ingresos y el sustento de su familia.

**Pruebas periciales:**

**– parte demandante**

Evaluación psicológica, rendida por la Dr. ESPERANZA HUEPA ESQUIVEL, perito psicóloga T.P. 18 072 002, aportado por la parte actora con el fin de determinar los daños causados al señor Kevin Hernández Gutiérrez y su núcleo familiar para el momento de la captura, durante el periodo que permaneció privado de la libertad y tiempo posterior a la misma, e indica que tal situación dejó secuelas tanto emocionales, morales, psicológicas, daño a la vida laboral, social y económica.

Igualmente, se advierte que en el trámite de la continuación de audiencia de pruebas adelantada el 20 de mayo de 2019<sup>12</sup>, la Dra. ESPERANZA HUEPA ESQUIVEL sustentó el dictamen pericial rendido y que reposa a folios 254- 259 del cuaderno principal – expediente digital juzgado.

Establecido lo anterior, la Sala estudiará a continuación los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, para lo cual atenderá los cargos formulados por la parte recurrente en su escrito de alzada y valorará los medios de convicción obrantes en el cartulario.

<sup>11</sup> Ver folios 289-390 PDF- 01Cuaderno principal. del expediente.

<sup>12</sup> Ver folios 393-395 PDF- 01Cuaderno principal. del expediente.

### **6.2.2. Régimen de responsabilidad extracontractual del Estado:**

Como se estableció en precedencia, se tiene que el artículo 90 de la Carta Política, dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por las acciones u omisiones de las autoridades públicas. En desarrollo de este precepto, la jurisprudencia del Consejo de Estado en consonancia con los precedentes de la Corte Constitucional ha precisado que para que exista responsabilidad del Estado deben darse tres elementos así: el hecho dañoso, el daño antijurídico y el nexo causal entre el primero y el segundo.

En este orden de ideas, extracta la Sala que tres (3) han sido tradicionalmente los elementos que la jurisprudencia ha estimado necesarios para la determinación del daño y su correspondiente imputación al Estado, ya sea con base en un título jurídico subjetivo u objetivo, para lo cual deberá presentarse los elementos inherentes de la existencia (i) un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial (ii) una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública y (iii) un nexo de causalidad entre el daño y la conducta, donde le corresponde a los actores para salir adelante en sus pretensiones, demostrar la ocurrencia de todos los elementos integradores de éste tipo de responsabilidades.

Bajo este panorama, esta Corporación efectuará el correspondiente análisis a fin de determinar si en el *sub-lite* existen hechos demostrativos de que se produjo un daño<sup>13</sup>, como consecuencia directa de la acción u omisión que pudiere ser atribuible a la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, para lo cual se ha de abordar el régimen de responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad.

### **6.2.3. Régimen de responsabilidad aplicable en materia de privación de la libertad:**

En efecto se tiene que, la responsabilidad del Estado nace del artículo 90 constitucional, a partir del denominado daño antijurídico; así mismo, y a partir de dicha norma, se desprenden diferentes teorías de la forma de responsabilidad estatal, esto es en principio la responsabilidad objetiva, por medio de la falla en el servicio, la cual puede ser probada o presunta, además es importante recalcar la existencia de la responsabilidad desde el punto de vista objetivo o sin culpa, caso en el cual al actor le basta con establecer el daño y el nexo de causalidad entre el hecho y el daño y le corresponde al Estado desvirtuar el nexo de causalidad, pues la prueba de la diligencia y cuidado no lo exime de responsabilidad.

En torno al régimen de responsabilidad por la privación injusta de la libertad varias han sido las líneas jurisprudencias de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado: una primera, que podría calificarse de restrictiva, parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados<sup>14</sup>.

Posteriormente, se dice que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Sentencia del Consejo de Estado, del 29 de mayo de 2014, Exp. 29882, CP. Ramiro Pazos Guerrero; Sentencia del Consejo de Estado- Sección Tercera- Subsección B, dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017), Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Radicación número: 13001-23-31-000-2002-00945-01(35818), Actor: TISSOT S.A, Demandado: EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS – ECOPETROL

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de 1 de octubre de 1.992, exp. (7058).

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de 25 de julio de 1.994, exp. (8666).

Sentencia de Segunda Instancia

Una segunda línea entiende que, en los tres eventos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 -absolución cuando el hecho no existió, el sindicato no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa<sup>16</sup>. Se consideró que, en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “*injusto*” sino “*injustificado*” de la detención<sup>17</sup>.

Una tercera tendencia jurisprudencial morigera el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, pues ello implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada; además, amplía, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicato sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*<sup>18</sup>.

La línea jurisprudencial del Consejo de Estado había sido pacífica en determinar que si se configura la libertad de una persona bajo los supuestos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*, se acoge un criterio objetivo, con fundamento en que la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluya la investigación o es absuelto porque nada tuvo que ver con el delito investigado, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia<sup>19</sup>.

De igual forma, la jurisprudencia ha señalado que las hipótesis establecidas en el artículo 414 antes citado, al margen de su derogatoria, continúan siendo aplicadas a hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sin que ello implique una aplicación ultractiva del aludido precepto legal, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, pues, en virtud del principio *iura novit curia*, el juez puede acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar su decisión<sup>20</sup>.

Respecto del título de imputación objetivo en los casos de privación injusta de la libertad la Alta Corporación tuvo oportunidad de unificar su jurisprudencia a través de la Sala Plena de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, que en providencia del 17 de octubre de 2013, con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, señaló que tratándose de la privación injusta de la libertad, el análisis debía ser eminentemente **objetivo**; por lo tanto, si se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluye la investigación o es absuelta porque nada tuvo que ver con el delito investigado, la administración estará obligada a responder sin importar las condiciones que rodearon la medida, **siempre que no se presente una de los eximentes de responsabilidad** (fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima).

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de 15 de septiembre de 1994, exp. (9391).

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de 17 de noviembre de 1.995, exp. (10056).

<sup>18</sup> Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 1997, Exp. 11.754. No obstante, el ponente de la presente sentencia advierte que no comparte la extensión de la responsabilidad del Estado a los casos en que se haya aplicado el principio del *in dubio pro-reo*.

<sup>19</sup> Consejo De Estado. Sección Tercera. Subsección A-Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. 30 de enero de 2013. Radicación número: 85001-23-31-000-2001-00056-01(25324). Actor: María Yolanda Rincón García Demandado: Nación - Rama Judicial - Fiscalía General De La Nación. Referencia: Acción de Reparación Directa.

<sup>20</sup> En este sentido, la Sección Tercera, Subsección C en Sentencia de 19 de octubre 2011, Exp.: 19.151, precisó: “...no se avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. No quiere ello significar, entonces, que se estén modificando los efectos en el tiempo de una norma que se encuentra claramente abrogada. Sin embargo, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio *iura novit curia*, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma (...).”

Sentencia de Segunda Instancia

Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia SU/072 de 2018<sup>21</sup>, desplegó un estudio respecto del régimen aplicable en materia de privación injusta de la libertad, para lo cual reiteró lo ya manifestado por la Alta Corporación en sentencia C-037 de 1996, en la cual se efectuó el control de constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, insistiendo en que los elementos de responsabilidad del Estado son consustanciales a cualquier proceso de verificación de responsabilidad de la Administración, para lo cual ha tenerse en cuenta el contexto y la necesidad de efectuar el análisis sobre la acción u omisión desencadenante del perjuicio.

A continuación, la Corte Constitucional acudió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), que en la causa Yarce y otras vs. Colombia, rememoró e hizo varias precisiones sobre el artículo 7° de la CIDH<sup>22</sup>, en el sentido de precisar que *“Si la normativa interna, tanto en el aspecto material como en el formal, no es observada al privar a una persona de su libertad, tal privación será ilegal y contraria a la Convención Americana, a la luz del artículo 7.2<sup>23</sup>”*; y posteriormente subrayó que la detención o prisión preventiva deben observar los siguientes requisitos: **a)** Que los fines sean legítimos y razonables; **b)** Que la medida esté basada en elementos probatorios suficientes; **c)** que la medida sea susceptible de revisión periódica y **d)** que además de legal, no se arbitraria.

Con respecto a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad en aquellos casos donde se cuestione la privación injusta de la libertad de una persona, la Corte hizo énfasis en que la Subsección C, de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, en sentencia del 26 de septiembre de 2012<sup>24</sup>, precisó que si bien la teoría del daño antijurídico – el que el ciudadano no está obligado a soportar- es un baluarte imprescindible de la responsabilidad del Estado, ello no supone “una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal<sup>25</sup>, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”<sup>26</sup>, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho<sup>27</sup>”. (Destaca la Sala).

**“En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial<sup>28</sup>, en el cual la contradicción y la valoración de la prueba, se materializan en el juicio oral, es desproporcionado exigirle al Fiscal y al juez con función de control de garantías que hagan valoraciones propias de otras fases procesales en aras de definir, en etapas tan tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria que se mostraban uniformes, la imposibilidad de que el procesado hubiera ejecutado la conducta, ya que, se reitera, quien tiene la competencia para decidir acerca de la contundencia demostrativa de aquellos elementos es un funcionario judicial que actúa en etapas posteriores a las previstas para definir asuntos como la libertad.”**

<sup>21</sup> M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

<sup>22</sup> Sentencia del 22 de noviembre de 2016.

<sup>23</sup> Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez. Vs. Ecuador, supra, párr. 57, y Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Série C No. 275, párr. 126.*

<sup>24</sup> Expediente 70001-23-31-000-1998-00017-01(21232).

<sup>25</sup> “La profesora BELADÍEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADÍEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

<sup>26</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.204.

<sup>27</sup> “(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”. ob., cit., p.308.

<sup>28</sup> Artículo 203 y ss del C.P.P”

*Es incuestionable, entonces, que solo ante la contradicción en el juicio oral se puede evidenciar que los testimonios, las pericias y los demás tipos de prueba obtenidos por el Estado tenían fallas o admitían lecturas contrarias.” (Subrayas y Negrilla fuera de texto original).*

Luego, se tiene que la Corte Constitucional reiteró las consideraciones plasmadas en la sentencia SU-353 de 2013, en donde al analizar un caso de responsabilidad del Estado con origen en otro tipo de fuente de daño, concluyó que el uso de fórmulas estrictas de responsabilidad no se aviene a una correcta interpretación de los presupuestos que definen la responsabilidad del Estado, lo que significa que estudiar los casos en los cuales se ventile la privación injusta de una persona en aplicación de un exclusivo régimen de responsabilidad, desconoce el principio de *iura novit curia*; es así que, el juez puede escoger entre un título de imputación subjetivo u objetivo, de acuerdo con el carácter demostrativo de la prueba recaudada o la absoluta inexistencia de la misma, y agrega que la nominación de las causales de privación injusta de la libertad no se agota en las que prescribía el derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991.

*“De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse<sup>29</sup>.*

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior es dable señalar que el órgano guardián de la norma superior, en dicha providencia reconoció la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad, pero, solo en los eventos en los que el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica, situación en que la restricción de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada, y en donde el daño antijurídico se muestra sin mayores esfuerzos; pues, en su criterio desde el inicio de la investigación el fiscal o juez deben tener claro que el hecho sí se presentó y que es objetivamente típico, ya que disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos<sup>30</sup>.

Bajo los anteriores parámetros, es que la Corte Constitucional, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

Ahora bien, para esta Sala es importante hacer referencia a la sentencia de Unificación emitida por el Honorable Consejo de Estado el 15 de agosto de 2018, a partir de la cual se modifica la línea jurisprudencial imperante en materia del régimen jurídico aplicable a los casos en los que se ve inmersa la privación injusta de la libertad de una persona, y donde además se establecen los parámetros para que se configure la responsabilidad del Estado en tales eventos.

La mencionada jurisprudencia, empieza por establecer las condiciones en las cuales se da paso al reconocimiento de la responsabilidad del Estado en los casos en los que se vislumbra el daño a causa de la privación injusta de la libertad de un sujeto que se vio inmerso en un proceso penal y que culminó con una decisión absolutoria en favor del sujeto de la medida restrictiva de la libertad.

<sup>29</sup> Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P.: José Fernando Reyes Cuartas; Acápites 104 y 119.

<sup>30</sup> Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P.: José Fernando Reyes Cuartas; Acápites 105. “...en el primer evento basta con desplegar todo el aparato investigativo para establecer si fenomenológicamente hubo una alteración de interés jurídico penal. (...)El segundo evento es una tarea que reviste una mayor sencillez en tanto depende solo de un criterio jurídico esencialmente objetivo; se trata de un cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipificarían; de esa manera, muy pronto debe establecer el Fiscal o el juez si la conducta encaja en alguna de las descripciones típicas contenidas en el catálogo punitivo. (...)”.

Sentencia de Segunda Instancia

De conformidad con los antecedentes jurisprudenciales que se esbozan a lo largo de la mencionada providencia, el Honorable Consejo de Estado advirtió que se estaba dando una imposición de responsabilidad casi sin medida a cargo del Estado en todos los casos en los cuales una persona era privada de su libertad con ocasión de un proceso penal seguido en su contra y que terminaba con la absolución del mismo, teniendo en cuenta que en concordancia con la aplicación del régimen de responsabilidad objetivo bajo la óptica del de imputación del daño especial, era deber del juez verificar como primera medida la existencia de un daño, que en este caso es la privación o restricción injusta del derecho a la libertad, y adicionalmente, que dentro del proceso penal se obtuviera sentencia absolutoria, ya hubiera sido porque **a)** El hecho o la conducta delictiva no existió; **b)** la conducta investigada no constituía delito; **c)** el delito no fue cometido por el sindicado o procesado; y **d)** en aplicación del principio del *in dubio pro reo*.

Como fundamento de lo anterior, el H. Consejo de Estado fincó su actual postura partiendo de los siguientes derroteros:

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

A juicio del Consejo de Estado, mantener indemne la tesis que ha gobernado hasta el momento en materia de privación injusta de la libertad, afecta en su totalidad el interés general, en el entendido que las decisiones condenatorias contra del Estado que devienen de este tipo de daños, afectan de manera significativa el erario de la Nación, pues, es de notar, que se abre la posibilidad para que todas las personas que resulten absueltas en un proceso, entren a exigir al Estado una indemnización, que desde el punto de vista subjetivo, debería probarse de entrada si el daño presuntamente alegado tiene el carácter de antijurídico en concordancia con el artículo 90 de la Constitución Política. Sobre este tópico, el Consejo de Estado, mencionó:

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

Sentencia de Segunda Instancia

En este 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 solo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no cometió el delito, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la privación 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 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". (Resalto de la Sala).

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.” (Resalto de la Sala).

Sea entonces importante precisar que el órgano de cierre jurisdiccional determinó unos criterios a partir de los cuales se podrá establecer si la restricción de la libertad

Sentencia de Segunda Instancia

de una persona se torna o no injusta, esto, de acuerdo a un carácter demostrativo de la prueba recaudada, que llevarán a fijar la antijurídica del daño, así<sup>31</sup>:

“... el juez deberá verificar:

1. Si el daño (Privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;
2. Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil –análisis que hará, incluso de oficio, y si con ello dio lugar a la apertura al proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (Artículos 70 de la Ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,
3. Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño (Subrayado de la Sala)

*En virtud del principio de Iura Novit Curia, el juez podrá encausar el análisis del asunto siempre de forma razonada, bajo las premisas del título jurídico de imputación que conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecua al caso concreto.” (Subraya fuera de texto original).*

Como se observa, tanto la Honorable Corte Constitucional, como el órgano de cierre establecieron que la antijuridicidad del daño deberá analizarse a partir de la conducta del imputado o sindicado, esto, con el fin de determinar si esta fue dolosa o gravemente culposa, y si dio lugar a la medida de la restricción de la libertad a través de la imposición de la medida de aseguramiento.

Adicionalmente, dicha postura jurisprudencial fue reiterada en la sentencia de unificación emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 18 de julio de 2019<sup>32</sup>, conforme a la cual se unificó los parámetros para el reconocimiento de perjuicios materiales – daño emergente y lucro cesante en materia de la privación injusta de la libertad. Al respecto, y sobre el título de imputación señaló:

*“La Sala indica que, para tal fin, se torna imprescriptible para el verificar, en primer lugar, si quien fue privado de la libertad incidió en la generación del 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 y u organismo del Estado llamado a reparar el daño.”*

Es así como, el órgano de cierre adicionalmente estableció que la antijuridicidad del daño deberá analizarse a partir de la conducta del imputado o sindicado, esto, con el fin de determinar si esta fue dolosa o gravemente culposa, y si dio lugar a la medida de la restricción de la libertad a través de la imposición de la medida de aseguramiento.

No obstante, es de advertir que la decisión de Sala Plena del 15 de agosto de 2018, conforme a la cual se dio un giro en asuntos de privación injusta de la libertad, fue dejada sin efectos a través de fallo de tutela proferido por la Sección Tercera, Subsección B del H. Consejo de Estado el 15 de noviembre de 2019<sup>33</sup>, como una medida que atendió las particularidades específicas del caso, y concretamente ante la manifestación que se realizó en el análisis del nexo causal, donde se concluyó

<sup>31</sup> Sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 (exp. 66001-23-31-000-2010-00235-01) N.I. 46-947 sección tercera, Consejo de Estado) M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 18 de julio de 2019, expediente (44,572).

<sup>33</sup> Sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 (exp. 66001-23-31-000-2010-00235-01) N.I. 46-947 sección tercera, Consejo de Estado) M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Sentencia de Segunda Instancia

que el mismo fue roto por el actuar irregular de la ciudadana, y por ende daba pie a la configuración de la culpa de la víctima, ante lo que el juez constitucional advirtió que en casos como éste no podrá exonerarse al Estado con base en esta causal, pues desconoce la decisión penal absolutoria y en ese sentido es que debía modificarse la decisión.

Lo anterior permite concluir que, el criterio de unificación plasmado en la sentencia del 15 de agosto de 2018 con ponencia del consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera, desapareció formalmente.

Es así como, la Sección Tercera del Consejo Estado dando cumplimiento a la decisión constitucional, recientemente profirió la sentencia del 6 de agosto de 2020<sup>34</sup>, a través de la cual se tiene que si bien no se impuso criterios de unificación, si abordó el análisis del caso con base en las posturas de la Corte Constitucional contenidas en las sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018, determinando que para que un daño pueda catalogarse como antijurídico, y adicionalmente pueda ser imputable a la administración, resulta indispensable analizar el carácter de injusto de la privación de la libertad, esto, a la luz de los **criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento**. En concreto el órgano de cierre jurisdiccional precisó que:

*“Establecido lo anterior, es necesario verificar si el daño es imputable o no a las demandadas. La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-037 de 199660, analizó la constitucionalidad de, entre otros, del artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y señaló que en los casos de privación injusta de la libertad 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. Sobre el particular, consideró:*

*“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6°, 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”.*

**De conformidad con el criterio expuesto por dicha Corporación, el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, de ahí que se deba determinar en cada caso si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido, pues de no serlo, se puede llegar a comprometer la responsabilidad del Estado.**

*Concordante con lo anterior, la Corte Constitucional señaló en la sentencia SU-072 de 201861, que ningún cuerpo normativo -a saber, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establece un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; entonces, el juez es quien, en cada caso, debe realizar un análisis para*

<sup>34</sup> 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.

Sentencia de Segunda Instancia

determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada, o en otros términos, si devino o no en injusta. (...).

*Así las cosas, 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.” (Resaltos de la Sala).*

En este orden determinó 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.”*

En conclusión, la línea jurisprudencial de nuestro órgano de cierre en contexto con la decantada por la H. Corte Constitucional, permite concluir a la Sala que el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina precluido, como ocurre en el *sub lite*, 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, es decir, si la medida de aseguramiento atendió los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad, lo cual deberá ser objeto de análisis en cada caso.

En este punto se ha de establecer que el máximo tribunal de lo constitucional en el citado precedente de unificación jurisprudencial, determinó que el que el uso de fórmulas estrictas de responsabilidad no se aviene a una correcta interpretación de los presupuestos que definen la responsabilidad del Estado, lo que significa que estudiar los casos en los cuales se ventile la privación injusta de una persona en aplicación de un exclusivo régimen de responsabilidad, desconoce el principio de *iura novit curia*; es así que, el juez puede escoger entre un título de imputación subjetivo u objetivo, de acuerdo con el carácter demostrativo de la prueba recaudada o la absoluta inexistencia de la misma, y agrega que la nominación de las causales de privación injusta de la libertad no se agota en las que prescribía el derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991.

*“De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse<sup>35</sup>”.*

Bajo los anteriores parámetros, es que la Corte Constitucional, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

Establecido lo anterior, la Sala verificará si concurren en el *sub lite* los elementos estructurales de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad.

<sup>35</sup> Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P.: José Fernando Reyes Cuartas; Acápite 104 y 119.

## **6.2.4. De la Responsabilidad extracontractual en el caso concreto**

### **6.2.4.1. El daño**

Este elemento ha sido definido como el menoscabo, detrimento, alteración o afectación negativa, de un bien o interés jurídico protegido con características de ser injusto en la medida que la víctima o lesionado no se encuentra obligado a soportarlo.

Con el fin de abordar integralmente la problemática que supone el recurso de apelación interpuesto, la Sala analizará la demostración del daño, toda vez que se trata del primer elemento que debe dilucidarse para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado. Una vez establecida la alegada afectación de los intereses de la parte demandante, se entrará a estudiar la posibilidad de imputarla a la demandada.

De conformidad con el caudal probatorio obrante en el cartulario, la Sala tiene por demostrado el daño invocado por la parte actora, pues se encuentra acreditado en razón al proceso penal tramitado en contra del señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ quien estuvo privado de su libertad con medida de aseguramiento de detención preventiva en centro penitenciario y carcelario durante el periodo comprendido entre el 16 de mayo de 2014 hasta el día 15 de julio de 2015, fecha en que se dispuso la libertad inmediata, esto es, un total de **1 años y 2 meses**.

En este punto, se ha de señalar que la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido que, resulta insuficiente la constatación de la existencia del daño para configurar la responsabilidad extracontractual del Estado; situación que impone a la Sala desplegar el respectivo análisis de imputación, que permita determinar si éste es resulta ser antijurídico, imputable fáctica y jurídicamente a la administración, como lo alega la parte actora.

### **6.2.4.2. La imputación de la responsabilidad y su fundamento**

Con miras a desatar las censuras formuladas por el extremo apelante y por contera, de establecer si los títulos de imputación aplicados por el *a quo* al *sub-lite*, son adecuados, es menester para esta Corporación efectuar las siguientes precisiones:

*Prima facie* debe recordarse por esta instancia judicial que, la imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública por el daño antijurídico padecido y que por lo tanto en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de responsabilidad; esto del régimen subjetivo (falla en el servicio) o del régimen objetivo (riesgo excepcional y daño especial).

Ahora, cabe aclarar que la actual postura del órgano de cierre de esta jurisdicción, ha establecido que, para la determinación del daño y su correspondiente imputación, es menester analizar dichos elementos a la luz de los títulos de imputación que han sido creados por vía jurisprudencial.

Como se precisó en parte precedente, el régimen aplicable a casos análogos al que es objeto de estudio, ya no podrá ser por regla general, el objetivo bajo la óptica del título de imputación del daño especial, habida cuenta que, el Consejo de Estado, modificó la postura invariable que sobre esta temática había decantado desde el año 2013, y precisó que en esta clase de asuntos, el juez, prevalido de los principios de la sana crítica y *iura novit curia*, y teniendo en cuenta los hechos y los elementos de convicción obrantes en cada proceso, podrá conducir el análisis del título jurídico de imputación que considere pertinente, siempre y cuando, el mismo se adecúe a los supuestos facticos esbozados en el proceso, y dicha decisión se encuentre

Sentencia de Segunda Instancia

debidamente fundamentada. Así lo señaló en dicho fallo de unificación, en los siguientes términos:

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

Así mismo, resulta necesario examinar el **carácter injusto de la privación de la libertad**, a la luz de los criterios de **razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento**, puesto que, el hecho que una persona resultara privada de la libertad y a la postre, terminara con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Es claro que la parte actora endilga responsabilidad a cargo de la Fiscalía General de la Nación, y de contera a la Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial de Ibagué- Tolima, por la presunta privación injusta de la libertad del señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, por cuanto fueron estas entidades las que ordenaron la medida de aseguramiento del mencionado señor, es decir, se demanda en este caso porque al desarrollar su actividad, pudieron causar un daño antijurídico, siendo menester de la Sala estudiar si las decisiones proferidas por las demandadas se ajustaron a los supuestos previstos en la normatividad procesal penal vigente para la época en que ocurrieron los hechos que dieron origen a la investigación.

Para arribar el estudio al caso concreto, tendremos como base legal la vigencia de la norma penal para el momento de la ocurrencia de los hechos, es decir, la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se fijó en Colombia el sistema penal acusatorio, pues, del material probatorio existente es preciso advertir que las actuaciones surtidas por el Juez Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Ibagué, y el Juez Segundo Penal del Circuito de Descongestión con Funciones de Conocimiento de Ibagué, dentro de la causa penal que se adelantó en contra del señor Hernández Gutiérrez se desarrollaron bajo la ritualidad del nuevo estatuto de procedimiento penal.

Ahora bien, conforme lo ordenado en el artículo 250 de la Constitución Política<sup>36</sup>, 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, para lo cual podrá solicitar, entre otras cosas, que el juez de control de garantías ordene las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal<sup>37</sup>.

Respecto de la solicitud y procedencia de la medida de aseguramiento, el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 establece: *“El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda”*.

En relación con lo anterior el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 dispuso que el ente investigador solicitará al juez de control de garantías su imposición con indicación

<sup>36</sup> Modificado por el Acto Legislativo No. 3 del 19 de diciembre de 2002

<sup>37</sup> Facultad ratificada por el legislador en el numeral 8 del artículo 114 de la Ley 906 de 2004, según el cual, a la Fiscalía General de la Nación le corresponde “[s]olicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas”.

Sentencia de Segunda Instancia

de “la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia”.

A su vez, el artículo 308 de la referida normativa estableció que el juez de control de garantías decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla con 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.”

De igual manera, el artículo 313 *ibídem* indicó que, satisfechos los requisitos del artículo 308, la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario procederá en los siguientes casos:

- “1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
7. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
  8. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes

Ahora, y teniendo en cuenta el anterior panorama jurisprudencial, es preciso advertir que si bien y dentro del *sub examine* se observa que la investigación que se adelantó en contra del señor Hernández Gutiérrez fue precluida por solicitud del ente prosecutor, no es menos cierto que, la misma no se configura en la causal de aplicación del régimen objetivo, por cuanto el hoy demandante fue vinculado a la investigación penal y finalizó con preclusión por “*imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia*” numeral 6º artículo 332 del C.P.P., y no porque el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica.

Sobre el particular, se reitera que las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional<sup>38</sup> y del Consejo de Estado<sup>39</sup>, 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, y en tal orden, la responsabilidad penal y/o antijuridicidad del daño 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 ante la preclusión decretada por “*imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia*”, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración, es decir, si la misma devino de una falla del servicio.

Entonces, y de cara al *sub lite* es pertinente que la Sala se remita a la instancia en la cual, dentro del proceso penal adelantado contra del señor Hernández Gutiérrez, la Fiscalía General de la Nación solicitó la medida de aseguramiento y el Juez de control de garantía decidió concederla.

<sup>38</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

<sup>39</sup> 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).

Sentencia de Segunda Instancia

En efecto, en el cartulario de la presente controversia judicial reposan piezas procesales que integran la causa penal distinguida con radicación única N°. 73001-6000-450-2014-01780 NI. 30160, seguida contra el señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ por el delito de tentativa de homicidio en concurso heterogéneo con el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorio partes o municiones agravado cuyo trámite y conocimiento fue asignado a los Juzgados Juez Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Ibagué, y el Juez Segundo Penal del Circuito de Descongestión con Funciones de Conocimiento de Ibagué.

De entrada, se logra establecer que, y según audiencia concentrada que la Fiscalía 16 Seccional URI de Ibagué – Tolima, solicitó la realización de la audiencia preliminar ante la captura del señor Hernández Gutiérrez, la cual fue adelantada por el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías el 15 de mayo de 2014, quien resolvió aspectos tales como: i) legalización de captura de Hernández Gutiérrez; ii) impartió legalidad a la formulación de imputación por el delito de tentativa de homicidio en concurso heterogéneo con el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorio partes o municiones agravado; y iii) resolvió imponer medida de aseguramiento preventiva en centro penitenciario y carcelario, y libró boleta de detención No. 0457 del mismo día, mes y año; sin embargo, no se observa cuáles fueron los elementos materiales probatorios presentados y que hubieren sido el fundamentos de la solitudes.

Que según escrito de acusación presentado por el ente prosecutor, este Tribunal observa que los hechos que dieron lugar a la investigación se presentaron siendo aproximadamente las 20:00 horas del 14 de mayo de 2014, en el sector de las escaleras que comunica los Barrios Combeima y Cerro Gordo parte alta de la Ciudad de Ibagué, cuando personal de la Policía Nacional realizaba labores investigativas con el fin de verificar expendios de estupefacientes y fueron recibidos con disparos de arma de fuego desde una zona boscosa del lugar, y resultó herido el Patrullero Yeison Acosta Luna, y que luego de ello, y según labores realizadas por uniformados de la institución castrense resultó capturado el señor Hernández Gutiérrez, y otro.

Luego se observa que, la Fiscal asignada elevó solicitud de preclusión a favor del señor Hernández Gutiérrez sustentada en la causal 6ª del artículo 332 del C.P.P., esto, ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, e indicó que, no había lugar a continuar el proceso contra el imputado habida cuenta que existía duda frente a su participación en las conductas punibles de tentativa de homicidio y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego parte o municiones, y que de la entrevista rendida por el Patrullero Yeison Acosta Luna – víctima de la causa penal, se había establecido que este no reconoció a Hernández Gutiérrez como su agresor, es decir, que no existía elemento de prueba suficiente para destruir la presunción de inocencia que le asistía al procesado.

Es así que, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión Funciones de Conocimiento de Ibagué el 14 de julio de 2015, adelantó audiencia de preclusión, y luego de abordar el respectivo análisis señaló *“Conviene precisar que la conducta por la que se solicitó la preclusión, no son otras que la de “tentativa de homicidio y fabricación, tráfico o porte de estupefacientes”, dicha solicitud encuentra este juzgador tiene toda vocación de prosperar, pues si bien es cierto está probado que el patrullero YEISON ACOSTA LUNA fue lesionado con arma de fuego, al momento de encontrarse en las escaleras que comunican los barrios Combeima y cerro gordo, cuando relajaban (sic) labores investigativas con el fin de verificar expendios de estupefacientes, también es cierto que ACOSTA LUNA señala que no observó que KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ hubiere participado en los hechos además refiere que el procesado no cuenta con las características físicas de las personas que propinaron la agresión.*

*No obstante, BLANCA FERREIRA de GUTIÉRREZ señalaba que luego de que se escucharon los disparos el procesado ingresó a su vivienda, luego llegó la policía y lo capturó, agrega*

Sentencia de Segunda Instancia

*BLANCA FERREIRA que HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ no participó en los hechos que dieron lugar a este proceso.*

*Al no haberse allegado elementos de prueba, que permitan establecer la responsabilidad penal del procesal y el por el contrario los elementos que fueron allegados al proceso permiten inferir que persiste la duda de que el procesado hubiere percutido el arma de fuego con que se lesionó a ACOSTA LUNA, es que se torna procedente la preclusión en favor de HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ por la duda a que ha hecho referencia la señora fiscal.*

*Al precluirse la investigación en favor de KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, se dispone la libertad inmediata del procesado, para lo cual se deberá librar la boleta de libertad, por cuenta de esta actuación, siempre y cuando no se requerido por otra autoridad.”*

En consecuencia, la referida autoridad judicial resolvió declarar la preclusión de la investigación en favor del señor KEVIN HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ por el delito de tentativa de homicidio en concurso heterogéneo con el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorio partes o municiones agravado, y asimismo, dispuso libertad inmediata del procesado y librar su boleta de libertad.

La anterior, decisión no fue objeto de reproche, quedando debidamente ejecutoriado, debido a que no se interpuso recurso alguno en dicha diligencia.

En ese orden de ideas, corresponde en este punto determinar la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida que ordenó la detención preventiva, y así establecer si el daño de la privación se configura como antijurídico.

Ahora, y de acuerdo a las pruebas anteriormente relacionadas es preciso destacar que, pese a que el ente investigador solicitó la medida de aseguramiento en razón a la captura del señor Hernández Gutiérrez luego de una agresión con disparos de arma de fuego desde una zona boscosa que sufrió una patrulla de uniformados que se disponía a realizaba labores investigativas con el fin de verificar expendios de estupefacientes en los Barrios Combeima y Cerro Gordo parte alta de la Ciudad de Ibagué, y en donde resultó lesionado un patrullero de la Policía, no se observa, que se hubiere indicado que este fue el sujeto que accionó alguna tipo de proyectil, o si quiera se le hubiere aprehendido con algún elementos que lo hubieren comprometido en la comisión del delito, pues, los hechos sólo relatan la situación de la diligencia y ataque; es decir, no se contó con una evidencia física e información legalmente obtenida que le permitían inferir razonablemente la autoridada o participación del procesal, y que respaldara no sólo la medida de aseguramiento sino la imputación de los punibles indilgados, o al menos así no aparece acreditado dentro de la presente causa judicial.

Entonces, la Sala encuentra que la privación de la libertad padecida por el señor Kevin Hernández Gutiérrez estuvo soportada solo en unas lesiones irrogadas con armada de fuego al Patrullero Acosta Luna cuando este se disponía a realizar labores investigativas, lo cual en nada lo relacionaban como el responsable de las mismas, pues, fue precisamente esto lo que llevó a la Fiscalía a solicitar la preclusión de la investigación y de paso al juez de conocimiento a aceptarla luego de haber transcurrido 1 año y 2 meses de su captura, que y como bien lo indicó el *a quo* de la presente acción de reparación directa, con excepción a la presencia del Hernández Gutiérrez en el sector donde ocurrieron los hechos no se tenía elemento alguno o indicio de gravedad que permitiera sustentar la medida de aseguramiento y su urgencia, y que con esto se pone de presente el yerro de apreciación probatorio y falta de motivación en que incurrieron las demandadas al imponer la medida preventiva.

De acuerdo a lo anterior, es posible inferir de manera clara que, en el caso concreto la Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial incurrieron en una falla del servicio, esto, por cuanto no se contaban con elementos materiales probatorios, evidencias físicas o información legalmente obtenida que resultara suficiente, ni siquiera en

Sentencia de Segunda Instancia

grado de inferencia, para tener al señor Kevin Hernández Gutiérrez como autor o participe de las conductas de tentativa de homicidio en concurso heterogéneo con el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorio partes o municiones agravado que le fueron imputadas, e imponer la medida de aseguramiento, consolidándose de esta manera el daño antijurídico sufrido por los demandantes, especialmente por la víctima directa de la detención domiciliaria quien no tenía el deber de soportar dicha carga, tal y como en efecto lo consideró la juez contencioso administrativo de instancia en la sentencia recurrida.

A esta altura se precisa que, correspondía a la entidad accionada demostrar, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, si se dio algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiese entenderse configurada una causal de exoneración: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o culpa exclusiva y determinante de la víctima, sin que ninguna de ellas hubiera sido acreditada en el plenario, pues, como en efecto lo determinó la juez *a quo* administrativa, la medida de aseguramiento y la decisión que permaneciera recluido el señor Hernández Gutiérrez no tuvo como fundamentos conductas gravemente culposas o dolosas, ni mucho menos que proviniera de manera exclusiva y determinante de un tercero, y que tanto el Fiscal como el juez no solo tenían la facultad, sino el deber de analizar las pruebas allegadas al proceso con miras a establecer la existencia del delito investigado y la responsabilidad penal del procesado.

Bajo este panorama, una vez comprobado que se encuentra estructurada la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad del señor Kevin Hernández Gutiérrez, es claro que los cargos formulados por las entidades demandadas no tienen vocación de prosperidad, y, en consecuencia, es fuerza para la Sala confirmar la decisión adoptada por el juez de instancia que declaró la administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en el *sub examine*.

Por último, como quiera que el periodo tomado por el juez y conforme al cual el juez taso el *quantum* indemnizatorio reconocido en primera instancia no fue objeto de reparo en la alzada, esta Corporación dejará incólumes las condenas impuestas a las accionadas en el fallo apelado.

## **7. Condena en costas**

En primer lugar, vale precisar que las costas procesales constituyen una carga económica que comprende, por una parte, las expensas, es decir, todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.) y, de otro lado, las agencias en derecho, correspondientes a los gastos efectuados por concepto de apoderamiento. Aunque las agencias en derecho representan una contraprestación por los gastos en que la parte incurrió para ejercer la defensa judicial de sus intereses, es al juez a quien corresponde fijarlos de acuerdo a las tablas que para el efecto expide el Consejo Superior de la Judicatura.

El artículo 188 del C.P.A.C.A. señala:

*“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.”*

La lectura del texto normativo permite establecer que el legislador eliminó la condición subjetiva de malicia o temeridad que debía observar el juez administrativo en la parte vencida para imponer la condena en costas con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), ubicándose ahora en el plano puramente objetivo, en donde se deberá condenar en costas al vencido en el

Sentencia de Segunda Instancia

proceso, independientemente de las causas del vencimiento, es decir, sin entrar a examinar la conducta de la parte que promovió o se opuso a la demanda, incidente etc.; criterio adoptado por la Sección Segunda, Subsección A, del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 7 de abril de 2016, M.P. William Hernández Gómez, entre otras, el cual, a su vez tiene fundamento en la sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo del artículo 365 del C.G.P.

A *Contrario sensu*, no se acoge la interpretación establecida por las otras Secciones del Consejo de Estado, toda vez que estas hacen referencia a una valoración o ponderación subjetiva de la conducta desplegada por el sujeto procesal que resulte vencido en el proceso, verbigracia, la temeridad y mala fe, aspectos que no condicionan la imposición de condena en costas reglada el artículo 365 del Código General del Proceso y 188 del C.P.A.C.A.; si no que correspondían a conductas que debían ser apreciadas en vigencia del derogado Decreto 01 de 1984 como presupuesto para emitir la condena en costas.

En el *sub lite*, como quiera que no se ha resuelto favorablemente la alzada interpuesta por accionadas (Art. 365-1 C.G.P.), y se impone confirmar la sentencia objeto de la apelación (Art. 365-3 *ibídem*) y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público (Art. 188 C.P.A.C.A), es menester de la Sala hacer la correspondiente condena en costas en esta instancia a favor de la parte accionante, y a cargo de la parte vencida - entidades demandadas, siempre que se demuestre en el expediente que se causaron y en la medida de su comprobación, para lo cual se fija la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho que deberá, que deberá ser cancelado en partes iguales por cada una de las demandas – 50% del valor, y se ordena que por la Secretaría del juzgado de origen se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

## 8. Síntesis

Planteado el escenario procesal de la forma vista, esta Corporación confirmará la sentencia apelada proferida el 31 de marzo de 2020 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, esto, de conformidad con los razonamientos insertos en parte precedente, y por lo tanto, se profiere la siguiente:

## DECISIÓN

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

## FALLA

**PRIMERO:** **CONFÍRMASE** la sentencia apelada proferida el treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinte (2020), por medio la cual el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, conforme con las consideraciones expuestas en parte motiva de la presente sentencia.

**SEGUNDO:** **CONDENAR** en costas a las demandadas **NACIÓN — RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, siempre que en el expediente se demuestre que se causaron y en la medida de su comprobación, para lo cual se fija un (1) salario mínimo legal mensual vigente, por concepto de agencias en derecho, que deberá ser cancelado en partes iguales por cada una de las accionadas – 50% del valor, y se ordena que por Secretaría del juzgado de origen

Sentencia de Segunda Instancia

se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

**TERCERO:** Una vez en firme la presente decisión, DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen para lo de su competencia, previas las anotaciones de rigor.

Conforme a las directrices de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante los cuales se han tomado medidas por motivos de salubridad pública, la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala a través de medios electrónicos y se notificará a los interesados por el mismo medio.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA**  
Magistrado



**JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO**  
Magistrado

**CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ**  
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Arturo Arturo Mendieta Rodriguez Rodriguez

Magistrado

Oral 4

Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: a7879ff74b32969cb2e1400e437017ee8c7ac2002a5386c341988049b6c446ba

Documento generado en 08/07/2022 03:13:51 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>