

Cartagena de Indias D.T y C., treinta (30) de septiembre de dos mil dos mil veintiuno (2021).

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	<b>REPARACIÓN DIRECTA</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-011-2015-00294-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>FERDY HERNÁNDEZ MARIMON Y OTROS</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN – RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN</b>
<b>Tema</b>	<i>Privación injusta de la libertad – Ley 906 de 2004 – responsabilidad solidaria de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial por la falla en el servicio /Empleado de Aguas de Cartagena</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión No. 004<sup>1</sup> del Tribunal Administrativo de Bolívar, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante<sup>2</sup>, contra la sentencia del 10 de octubre de 2018<sup>3</sup>, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, por configurarse la culpa exclusiva de la víctima.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. La demanda<sup>4</sup>

#### 3.1.1.Pretensiones<sup>5</sup>:

En ejercicio de la presente acción, los demandantes elevaron las siguientes pretensiones:

*“Primera: Condénese a las demandadas a reconocer y pagar al Sr. FREDY HERNANDEZ MARIMON por concepto de indemnización de perjuicios materiales(daño emergente y lucro cesante) la suma de Novecientos Cuarenta y Ocho Millones Cuatrocientos Cinco Mil Cuatrocientos seis pesos (\$948.405.406), más el perjuicio moral discriminados de la siguiente forma: Cuarenta millones de Pesos por daño emergente(Honorarios de*

<sup>1</sup> Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

<sup>2</sup> Fols. 399-407

<sup>3</sup> Fols. 385-395

<sup>4</sup> Fols. 13-21

<sup>5</sup> Fols. 13-14

13-001-33-33-011-2015-00294-01

Abogado) Seiscientos Diecisiete Millones Trescientos Ochenta y Siete mil Setecientos Doce Pesos (\$617.387.7129) correspondientes al lucro cesante consolidado y Doscientos Noventa y Un Millones Diecisiete Mil Seiscientos Noventa y cuatro Pesos (\$291.017.694) que corresponden al lucro cesante futuro y, además, el valor correspondiente a Cien salarios Mínimos legales mensuales vigente por concepto de daño moral, perjuicios causados con ocasión de la privación injusta de su libertad.

Segunda. Condénese a las demandadas a reconocer y pagar a todos los demás demandantes- FREDY HERNANDEZ MARIMON, DOLORES MARIA HERNANDEZ MARIMON, ANGELA MARIA HERNANDEZ MARIMON, NAZARIO HERNANDEZ MARIMON, ALBERTO HERNANDEZ MARIMON, ANTONIO HERNANDEZ MARIMON, NAZARIO HERNANDEZ REYEZ, MIGUELINA HERNANDEZ SIMARRA, JHON FREDY HERNANDEZ RESTREPO, JHON HAROLD HERNANDEZ RESTREPO, JADER DAVID HERNANDEZ RESTREPO, ESTEVEN DAVID HERNANDEZ RESTREPO y FREDDY JOSE HERNANDEZ HERNANDEZ el valor que corresponda, a la fecha de la sentencia, de cien salarios mínimos legales mensuales por perjuicios morales que a ellos les causaron en virtud de la privación injusta de la libertad personal del señor FREDY HERNANDEZ MARIMON".

### 3.1.2. Hechos<sup>6</sup>

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

Manifestó que el señor Fredy Hernández Marimón prestaba sus servicios personales en la empresa Aguas de Cartagena, cuando en fecha 24 de marzo de 2009 al llegar a su lugar de trabajo, fue capturado por agentes de la SIJIN, acusado del delito de peculado por apropiación, argumentándose que se había apropiado de bienes de la empresa.

Se dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, la cual fue confirmada, encontrándose detenido por más de 30 días de manera intramural, concediéndole prisión domiciliaria por un lapso de 5 años.

Posteriormente, fue condenado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, revocándose dicha decisión por el Tribunal Superior del Distrito de Cartagena-Sala Penal el 1 de marzo de 2013.

## 3.2. CONTESTACIÓN

### 3.2.1. Fiscalía General de la Nación<sup>7</sup>

La entidad demandada, como razones de su defensa, manifestó que, en el sub judice no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad en cabeza de la Fiscalía, puesto que su actuación se surtió de conformidad con los lineamientos fijados en la

<sup>6</sup> Fols.14-16

<sup>7</sup> Fol. 181-204 cdno 1 cdno 2

13-001-33-33-011-2015-00294-01

Constitución Política y en las disposiciones procesales vigentes para la época de los hechos.

Así se tiene que, al plenario se allegó declaraciones serias y creíbles de empleados de la empresa Aguas de Cartagena, los cuales al ser analizados comprometían seriamente la responsabilidad del sindicato en la comisión del punible que se le endilgó. Indicó que, la declaración del señor Milton Montes Cruz, quien narró como el acusado, como Jefe de Almacén lo autorizó para que entregara el doble de una orden de retiro de materiales.

Igualmente, este testigo señaló que fueron varias las ocasiones en las que observó el manejo irregular del acusado. Con este testimonio se demostró que el procesado en su condición de Jefe de Almacén sustrajo en varias ocasiones elementos de la bodega, materiales que se encontraban bajo su custodia y sobre los cuales tenía el deber de protección y cuidado. De igual manera, se encuentran otros testimonios de empleados de Aguas de Cartagena que dan fe de las irregularidades existentes en materia de inventario y entrega de material.

Adujo que, al momento de resolver la situación jurídica del procesado tenía material probatorio suficiente para proferir en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, y las exculpaciones dadas por el señor Fredy Hernández se lograron desvirtuar con las declaraciones aportadas al plenario.

Se pronunció de acuerdo con la naturaleza del hecho investigado, las pruebas aportadas hasta ese momento y con la observancia de los criterios fijados por la ley. Ante la inminente culpabilidad de Hernández Marimón la Fiscalía Seccional 20 ante los Jueces Penales del Circuito mediante providencia de 26 de mayo de 2009 profirió Resolución de Acusación en su contra. Posteriormente el Juzgado Segundo penal del Circuito lo condenó a 54 meses de prisión, decisión que fue apelada y la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena en sentencia de 1º de marzo de 2013 decidió revocar el fallo apelado y absolvió al señor Fredy Hernández, al considerar que hay una falta de certeza probatoria y duda frente a la realización de la conducta punible y en aplicación del principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse a favor del imputado.

Indicó que, si bien se absolvió al condenado eso no significa por si solo que la medida de aseguramiento fue ilegal o no contenía los requisitos para su adopción.

Como excepciones propuso las siguientes: (i) Culpa de un tercero; (ii) falta de legitimación en la causa por pasiva y cobro de lo no debido; (iii) culpa

13-001-33-33-011-2015-00294-01

exclusiva de la víctima; (iv) inexistencia de daño antijurídico; (v) ineptitud forma de la demanda; y (vi) genérica.

### **3.2.2. Rama Judicial<sup>8</sup>**

Explica que el proceso se adelantó en vigencia de la Ley 600 de 2000, según el cual el proceso tenía dos etapas: La de Investigación que correspondía adelantarla a la Fiscalía General y culminaba profiriendo medida de aseguramiento, sin intervención de los jueces. La de Juzgamiento, correspondía a los jueces penales.

En el caso que nos ocupa la Fiscalía le correspondió dirigir, realizar y coordinar la investigación e instrucción en el que resultó vinculado el señor Fredy Hernández Marimon y resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento y calificó el sumario con resolución de acusación, considerando que se debe hacer el estudio de los elementos probatorios obrantes en el expediente a fin de determinar si existe responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado y de ser así establecer a cuál de sus entes le es imputable.

Así las cosas, considera que no existe responsabilidad del Estado respecto a la Rama Judicial porque la privación de la libertad tuvo su origen en actuación atribuida al organismo investigador.

### **3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>9</sup>**

Mediante providencia del 10 de octubre de 2018 el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda, de la siguiente forma:

*“PRIMERO. - Declarar configurada la eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.*

*SEGUNDO. - Denegar las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de Reparación Directa interpuso el señor FREDY HERNÁNDEZ MARIMÓN y OTROS contra la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial.*

*TERCERO.- Sin condena en costas. (...).”*

La juez como fundamento de su decisión, encontró demostrado que el señor FREDY HERNÁNDEZ MARIMÓN estuvo privado de la libertad desde el 26 de diciembre del 2008; el 19 de enero de 2009 se le concedió la detención domiciliaria y obtiene su libertad definitiva el 29 de junio de 2013.

<sup>8</sup> Fol. 215-218 cdno 2

<sup>9</sup> Fols. 385-395 cdno 2

13-001-33-33-011-2015-00294-01

Manifestó que, según el proceso penal seguido contra el demandante, se tiene que el mismo se inició por la denuncia que interpuso el Gerente Administrativo de Aguas de Cartagena S.A. por la pérdida de elementos de la bodega de la empresa. Una vez formulada la denuncia por peculado por apropiación, la Fiscalía inició las diligencias correspondientes y, según el informe del investigador de campo, se pudo identificar a los presuntos responsables del delito, entre ellos al señor Hernández Marimón, a quien en varios de los testimonios se le señalaba como responsable de prácticas irregulares con el objeto de extraer elementos de la bodega, de la cual era el responsable.

En atención a lo anterior, concluyó que el daño sufrido por el actor, consistente en la privación de su libertad, se originó en su conducta y estuvo determinada por esta, puesto que el señor FREDY HERNANDEZ realizaba la acción delictiva aprovechándose de las funciones del cargo, del manejo y conocimiento que tenía del mismo, como era el dar órdenes de retiro de materiales, sin soporte alguno, de manera verbal, sin llenar los requisitos exigidos por parte de la empresa, de que esto solo se podía hacer ante petición de un interventor; también recurría a doblar los pedidos de material que originalmente se necesitaban por parte de los interventores.

Finalizó aduciendo que, la privación de la libertad que sufrió el señor Marimón estuvo determinada por la conducta errada del mismo que dio lugar a la investigación penal adelantada en su contra, puesto que constituyó un indicio de autoría suficiente para privarlo de la libertad, constituyéndose la eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.

### **3.4. RECURSO DE APELACIÓN<sup>10</sup>**

La parte demandante, como motivos de su inconformidad, manifestó que, con el fallo apelado se revictimiza al accionante al revelarse en contra de la cosa penal absolutoria, pues, a falta de pruebas del dolo o de la culpa civil, recurrió a los informes del CTI y al contenido de la denuncia como de la sentencia de primera instancia revocada, como pruebas válidas, para estructurar una culpa exclusiva de la víctima, cuando no podía hacer uso de esas pruebas desde el punto de vista de su poder inculpativo en lo penal, dado su nulo, o ningún valor inculpativo. Se erigió, arbitrariamente, esta sentencia, en una nueva instancia penal con capacidad de anular el juicio realizado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Agregó que el A-quo, adoptó un rol de juez penal, valorando pruebas que habían sido desacreditadas en el juicio penal que condujeron al fallo

---

<sup>10</sup> Fols. 399-407 cdno 2

13-001-33-33-011-2015-00294-01

absolutorio, sin que se demostrara que el demandante con su dolo o culpa, motivó la privación de la libertad.

Agregó que, se aplicó en indebida forma la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera, para que el estado se pueda soslayar de su responsabilidad por privación injusta de la libertad, debe demostrar la culpa exclusiva de la víctima que solo se da por dos eventos, de acuerdo al artículo 70 de la ley 270 de 1996, culpa grave o dolo; es decir, que el privado injustamente de la libertad su conducta responsable solo puede enrostrarse bajo dos títulos de imputación: culpa grave o dolo.

### **3.5. ACTUACION PROCESAL**

Por acta del 12 de marzo de 2019<sup>11</sup> se repartió el presente asunto a este Tribunal; disponiendo de la admisión del recurso de alzada mediante auto del 21 de mayo de 2019<sup>12</sup>; y, con providencia del 17 de octubre de 2019<sup>13</sup>, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

### **3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**3.6.1. Parte demandante:** No presentó escrito de alegatos.

**3.6.2. Fiscalía General de la Nación<sup>14</sup>:** Solicitó se confirma la sentencia de primera instancia.

**3.6.3. Rama Judicial<sup>15</sup>:** Solicitó se confirma la sentencia de primera instancia.

**3.6.4. Ministerio Público:** No rindió el concepto de su competencia.

## **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

## **V.- CONSIDERACIONES**

### **5.1. Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

---

<sup>11</sup> Fol. 3 cdno 3

<sup>12</sup> Fol. 5 cdno 3

<sup>13</sup> Fol. 10 cdno 3

<sup>14</sup> Fols.14-18 cdno 3

<sup>15</sup> Fols. 28-33 cdno 3

13-001-33-33-011-2015-00294-01

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

## **5.2. Problema Jurídico**

Para resolver el caso de marras, este Tribunal procederá a estudiar los argumentos expuestos por la parte apelante en su recurso, conforme lo establece el art. 328 del CGP; y para ello, deberá responder los siguientes problemas jurídicos:

*¿Se encuentra demostrada en el proceso, la responsabilidad del Estado-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y RAMA JUDICIAL, por la privación injusta de la libertad del señor FREDY HERNÁNDEZ MARIMÓN o, por el contrario, se demostró la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima?*

## **5.3. Tesis de la Sala**

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, debido a que, no basta con acreditar la absolución, sino que también se debe demostrar o probar que la decisión que le impuso la medida de aseguramiento fue contraria a los postulados establecidos en la Ley 906 de 2004 y, eso es lo que no se evidencia en el caso bajo estudio, ya que la teoría del caso fue desarrollada bajo la presunción de una responsabilidad objetiva y no de carácter subjetivo.

## **5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

### **5.4.1. Responsabilidad Administrativa del Estado**

El medio de control de reparación directa, tiene como fuente constitucional el artículo 90 Superior, desarrollado legalmente por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuya finalidad es la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado con motivo de la causación de un daño antijurídico.

En efecto, los estatutos citados disponen:

*“**ARTICULO 90.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...*

*“**ARTÍCULO 140. REPARACIÓN DIRECTA.** 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*

13-001-33-33-011-2015-00294-01

*cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.*

*Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública..."*

En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que opere la responsabilidad extracontractual del Estado, es imperativo que confluyan los siguientes elementos<sup>16</sup>:

1. El **Daño antijurídico**, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima, quien no está obligada a soportar esa carga. Sin daño, no existe responsabilidad, de ahí que sea el primer elemento que debe analizarse.
2. El **Hecho Dañino**, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y
3. El **Nexo Causal**, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño

#### **5.4.2. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.**

La libertad personal como precepto de rango constitucional se convierte en un bien jurídico de protección frente a cada individuo en particular, y a raíz de ello se desarrolla el tema de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad. Puede sostenerse entonces, que en aquellos eventos en los que una persona es injustamente privada de la libertad, en virtud de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y, por ende, sufre un daño antijurídico, genera en cabeza del Estado la obligación de reparación a la luz de los postulados del artículo 90 de la Constitución Nacional.

En lo relacionado con el tema de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado a través de su Sección Tercera ha construido una línea jurisprudencial sobre el tema, elaborada a partir de la Constitución Política de 1991, y bajo los postulados del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal), derogado por la Ley 600 de 2001 y la normativa vigente, contenida en los artículos 66 a 69 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de Administración de Justicia).

Sea lo primero mencionar lo que estipulaba el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991:

---

<sup>16</sup> Modernamente conocidos como daño antijurídico e imputación.



13-001-33-33-011-2015-00294-01

*“ARTÍCULO 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. **Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible,** tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.”*

Por otro lado, la regulación contenida en la Ley 270 de 1996, norma vigente en esta materia, establece en su articulado respectivo lo siguiente:

*“ARTÍCULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.*

*ARTÍCULO 67. PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:*

*1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.*

*2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.*

**ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.**

*ARTÍCULO 69. DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación.”*

Aun así, a lo largo de los años, la posición asumida por el Consejo de Estado, en cuanto al título de imputación en casos de privación injusta de la libertad ha variado, la **primera línea jurisprudencial** determinaba que la responsabilidad del Estado se fundamentaba 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 razonada de las distintas circunstancias del caso; es decir, la debía entenderse que la responsabilidad era subjetiva en la medida en que debía evaluarse la conducta del juez. Posteriormente se indicó que cuando mediaran indicios serios en contra del procesado, este debe soportar la carga de la privación de la libertad, de tal forma que la absolución final no es determinante para considerar que existió una indebida detención. La **segunda línea jurisprudencial** establece que en los casos en los que el proceso penal termine por absolución porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, la responsabilidad era objetiva; por lo que es irrelevante el estudio de la conducta del juez; pero, en los eventos en que se presenten casos que no encuadren dentro de las hipótesis descritas, debía acreditarse el error jurisdiccional, en cuanto al carácter injusto de la

13-001-33-33-011-2015-00294-01

detención. La **tercera línea jurisprudencial**, básicamente amplió el espectro de la responsabilidad por privación injusta de la libertad, incluyendo dentro de esta el evento en el que se obtenga la absolución debido a la aplicación del principio *in dubio pro reo* (R. objetiva).

Ahora bien, por medio de sentencia del 15 de agosto de 2018 el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo unificó su jurisprudencia en torno a la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, precisando lo siguiente:

- El estudio de la responsabilidad del estado debe centrarse directamente en el artículo 90 de la Constitución Política Colombiana, no en normas de orden legal; por ello, el juez debe analizar si en el caso concreto se ha producido un daño antijurídico que la víctima no se encuentre en el deber jurídico de soportar, y si el mismo resulta imputable al Estado.
- Al hacer el análisis respectivo del caso, debe tenerse presente que ni la Constitución Política, ni la ley establecen el título de imputación el juez en uso del principio *iura novit curia* y en consideración a la situación fáctica debe decidir el título de imputación que mejor convenga se adecue al caso.
- En caso de aplicarse la responsabilidad subjetiva, no debe entenderse con ello que exista responsabilidad personal del operador judicial.
- El principio de la presunción de inocencia no es incompatible con la medida preventiva y privativa de la libertad. Lo anterior, teniendo en cuenta que éstas últimas son de carácter cautelar, mas no punitivo - según el numeral 3 del artículo 37 del Código Penal "*la detención preventiva no se reputa como pena*"; en ese orden de ideas, la presunción de inocencia se mantiene intacta mientras a la persona investigada "*no se le haya declarado judicialmente culpable*" (art. 29 C.P.),.
- El bien jurídico de la libertad no tiene el carácter de absoluto, por lo tanto, la imposición de medidas que lo limitan resulta legítima, siempre y cuando se den todos los presupuestos legales que así lo permitan o lo exijan. Aclara que las medidas a través de las cuales se puede restringir la libertad son, igualmente, de carácter constitucional, si se tiene en cuenta que el artículo 28 de la Carta Política dispone que las personas pueden ser detenidas o arrestadas en virtud de mandato escrito del juez, "*con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley*" y, por otro lado, que la detención, a propósito de su carácter preventivo y excepcional, se impone con estricto cumplimiento de los



13-001-33-33-011-2015-00294-01

- requisitos que ella exige, mientras se define la responsabilidad del investigado.
- Entonces, la medida de detención preventiva de una persona no está condicionada a la existencia de una prueba categórica e indefectible de su responsabilidad penal, sino a que medie un mandamiento escrito de la autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por un motivo previamente definido en la ley (como la existencia de indicios en su contra), requisitos sin los cuales su imposición sí se torna injusta e, incluso, ilícita y da lugar a que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado.
  - No basta con acreditar simplemente la existencia de la privación de la libertad y la ausencia de la condena, sino que también **debe analizarse la conducta del procesado toda vez que la misma puede resultar preponderante para evaluar la ocurrencia del daño.** En ese sentido se exige 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.

Sobre este aspecto, la sentencia del 11 de abril de 2019<sup>17</sup>, explica:

*5.2. Dicho criterio jurisprudencial, sin embargo, fue modificado recientemente en la **sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018**, proferida por la Sala Plena de esta Sección, en la cual se concluyó que no basta con probar la restricción de la libertad y la posterior ausencia de condena, sino que es menester analizar si el daño derivado de la privación de la libertad es o no antijurídico, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, lo que implica tres pasos: i) si el privado de la libertad incurrió en dolo o culpa grave; ii) cuál es la autoridad llamada a reparar y, iii) en virtud del principio iura novit curia encausar el asunto bajo el título de imputación que se considere pertinente y, claro está, de acuerdo con el caso concreto y expresando de forma razonada los fundamentos de la decisión. La Sala señaló en la mencionada sentencia<sup>18</sup>:*

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN. Bogotá D.C., once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 500012331000200900336 01(53010)

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 15 de agosto de 2018, expediente 46.947, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

13-001-33-33-011-2015-00294-01

*“Así las cosas y como al tenor de los pronunciamientos de esta Sala la privación de la libertad de una persona puede ser imputada al Estado siempre y cuando ella no haya incurrido, bajo la perspectiva de lo civil, en culpa grave o dolo civil, es menester determinar si, a la luz del artículo 63 del Código Civil<sup>19</sup>, la conducta de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal y si, por consiguiente, fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos.*

*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 sindicato 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.*

## **5.5. Caso concreto.**

### **5.5.1. Hechos relevantes probados:**

---

<sup>19</sup> “La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

“Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

“El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

“Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Certificado expedido por el INPEC, en el que se relaciona que el actor estuvo recluido en el establecimiento desde el día 26 de diciembre de 2008, concediéndosele la detención domiciliaria el 19 de enero de 2009, y quedando en libertad el 29 de junio de 2013<sup>20</sup>.
- Certificado expedido por Aguas de Cartagena, en el que hace constar que el actor laboró desde el 1 de febrero de 1996 hasta el 24 de marzo de 2009, mediante contrato a término indefinido, desempeñándose en el cargo de coordinador de inspecciones<sup>21</sup>.
- Informe de Policía Judicial No. 377 del 29 de abril de 2008<sup>22</sup>.
- Auto del 24 de diciembre de 2008, por medio de la cual la Fiscalía Seccional Delegada 20, define la situación jurídica del accionante, decretando medida de aseguramiento en detención preventiva como autor del delito de peculado por apropiación<sup>23</sup>.
- Auto del 16 de enero de 2009, por el cual la Fiscalía Seccional Delegada 20, resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución del 24 de diciembre de 2008, por el cual se definió la situación jurídica del accionante<sup>24</sup>.
- Providencia del 29 de enero de 2009, que resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución del 24 de diciembre de 2008<sup>25</sup>.
- Resolución de acusación del 26 de mayo de 2009, expedida por la Fiscalía Seccional Delegada 20, en contra del señor Fredy Hernández, como auto del delito de peculado por apropiación<sup>26</sup>.
- Sentencia del 2 de diciembre de 2010, por la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, condena al actor a 54 meses de prisión como auto del delito de peculado por apropiación, concediendo la prisión domiciliaria<sup>27</sup>.
- Sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena el 01 de marzo de 2013, por medio de la cual revoca la decisión anterior<sup>28</sup>.

### **Expediente Juzgado Segundo Penal<sup>29</sup>:**

<sup>20</sup> Fols 38 cdno 1 y 266 cdno 2

<sup>21</sup> Fol. 56 cdno 1

<sup>22</sup> Fols. 62-71 cdno 1

<sup>23</sup> Fol. 89- 99 cdno 1 y 86-97 cdno 2 pruebas

<sup>24</sup> Fols. 72-76 cdno 1 y 163-167 cdno 2 pruebas

<sup>25</sup> Fols. 182-187 cdno 2 pruebas

<sup>26</sup> Fols 82-88 cdno 1 y 250-260 cdno 2 pruebas

<sup>27</sup> Fol. 100-122 y 195-217 cdno 1

<sup>28</sup> Fols. 123-159 cdno 1 y 15-52 cdno 3 pruebas

<sup>29</sup> Consta de 8 cdnos pruebas



13-001-33-33-011-2015-00294-01

- Declaración recepcionada a los señores Fredy Hernández el 15 de febrero de 2010 y Arnold Julio Salom<sup>30</sup>.
- Declaraciones de Constancia María Guzmán Barrios, Arnold Julio Salom, Milton Montes de la Cruz y Roberto Enrique Faria Díaz<sup>31</sup>.
- Audiencia de alegatos celebrada el 5 de octubre de 2010<sup>32</sup>.

#### **Expediente proceso penal:**

- Copia de la denuncia instaurada por Axel Rhenals Gerente de Aguas de Cartagena, contra desconocidos por la pérdida de elementos de la entidad<sup>33</sup>.
- Auto del 28 de marzo de 2008, proferido por la Fiscalía Seccional 20, por medio del cual da apertura a la investigación preliminar dentro del proceso No. 238 337<sup>34</sup>.
- Inspección judicial practicada en las instalaciones de Aguas de Cartagena el 8 de abril de 2008<sup>35</sup>.
- Declaración de Constancia María Guzmán Barrios<sup>36</sup>.
- Declaración de Arnold Julio Salom<sup>37</sup>.
- Declaración de Marcos de Jesús Ramos Pajaro<sup>38</sup>.
- Declaración de David Falquez de la Espriella<sup>39</sup>.
- Declaración de Jorge Humberto Muñoz Ochoa<sup>40</sup>.
- Declaración de Eusebio Mesa Atencio<sup>41</sup>.
- Declaración de Luis Eduardo Medina Funez<sup>42</sup>.
- Declaración de Milton Montes de la Cruz<sup>43</sup>.
- Declaración de Silvio del Cristo Castro Cabarcas<sup>44</sup>.
- Declaración de Manuel del Cristo Meléndez Villanueva<sup>45</sup>.
- Declaración de Axel Rhenals Turriago<sup>46</sup>.
- Auto del 25 de agosto de 2008, por el cual se decreta la apertura de instrucción en contra de Fredy Hernández y otros<sup>47</sup>.

<sup>30</sup> Fol. 63-68 cdno 1 pruebas

<sup>31</sup> Fols. 145-151 cdno 1 pruebas

<sup>32</sup> Fols. 177-185 y 187-191 cdno 1 pruebas

<sup>33</sup> Fols. 1 cdno 2 pruebas

<sup>34</sup> Fols. 2 cdno 2 pruebas

<sup>35</sup> Fols. 12-13 cdno 2 pruebas

<sup>36</sup> Fols. 14-15 y 41-42 cdno 2 pruebas

<sup>37</sup> Fols. 16-17 y 31-32 cdno 2 pruebas

<sup>38</sup> Fols. 18-20 cdno 2 pruebas

<sup>39</sup> Fol. 21-23 cdno 2 pruebas

<sup>40</sup> Fol. 24-27 cdno 2 pruebas

<sup>41</sup> Fols. 28-30 cdno 2 pruebas

<sup>42</sup> Fols. 33-35 cdno 2 pruebas

<sup>43</sup> Fols. 36-38 cdno 2 pruebas

<sup>44</sup> Fols. 39-40 cdno 2 pruebas

<sup>45</sup> Fols. 43-44 cdno 2 pruebas

<sup>46</sup> Fols. 47-48

<sup>47</sup> Fol. 49

- Indagatoria rendida por el demandante el 6 de noviembre de 2008<sup>48</sup>.
- Indagatoria rendida por Luis Eduardo Medina Funez<sup>49</sup>.
- Indagatoria rendida por Oswaldo López Corena<sup>50</sup>
- Indagatoria rendida por Luis Carlos Pérez de la Hoz<sup>51</sup>
- Declaración rendida por Arnold Julio Salom<sup>52</sup>.
- Declaración rendida por Milton Montes de la Cruz<sup>53</sup>
- Declaración rendida por Constancia Guzmán Barrios<sup>54</sup>
- Declaración de Manuel del Cristo Meléndez Villanueva<sup>55</sup>.
- Declaración de Axel Rhenals Turriago<sup>56</sup>.
- Cdno de hoja de vida del señor Fredy Hernández<sup>57</sup>

### **5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial**

Conforme a los argumentos que plantea la parte demandante en el recurso de apelación, se procederá a verificar si en el caso concreto están acreditados los presupuestos que permitan determinar la responsabilidad que se le imputa a la Nación- Fiscalía General

#### **5.5.2.1 El daño**

El daño es conocido doctrinalmente, como el detrimento que es provocado a una persona en su integridad o en sus bienes que no tiene el deber de soportarlo ocasionado por el actuar o la omisión de una entidad estatal o de un particular que cumpla funciones administrativas.

En el presente caso, se configura con la restricción de la libertad que se le impuso al señor Fredy Hernández Marimón desde el día 26 de diciembre de 2008, concediéndole la detención domiciliaria el 19 de enero de 2009, y quedando en libertad el 29 de junio de 2013<sup>58</sup>, con ocasión a la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2010, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, en el que lo condenó a 54 meses de prisión como autor del delito de peculado por apropiación concediendo la prisión domiciliaria<sup>59</sup>; y

---

<sup>48</sup> Fol. 54-60

<sup>49</sup> Fols. 61-63

<sup>50</sup> Fol. 64-65

<sup>51</sup> Fols. 67-69

<sup>52</sup> Fol. 73-74

<sup>53</sup> Fols. 75-76

<sup>54</sup> Fols. 78-80

<sup>55</sup> Fols. 82-83

<sup>56</sup> Fols. 84-85

<sup>57</sup> Cdno 7 pruebas

<sup>58</sup> Fols. 38 cdno 1 y 266 cdno 2

<sup>59</sup> Fol. 100-122 y 195-217 cdno 1

13-001-33-33-011-2015-00294-01

posteriormente, revocada a través de sentencia del 01 de marzo de 2013 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena<sup>60</sup>.

### **5.5.2.2 La imputación**

En el caso concreto, el daño alegado por los demandantes consiste en la restricción de la libertad a la que se vio sometido al ser imputado y luego condenado como responsable del delito de peculado por apropiación.

La parte demandante, como motivos de su inconformidad, manifestó en primer lugar que, con el fallo apelado se revictimiza al accionante al revelarse en contra de la cosa penal absolutoria, pues, a falta de pruebas del dolo o de la culpa civil, recurrió a los informes del CTI y al contenido de la denuncia como de la sentencia de primera instancia revocada, como pruebas válidas, para estructurar una culpa exclusiva de la víctima, cuando no podía hacer uso de esas pruebas desde el punto de vista de su poder incriminatorio en lo penal, dado su nulo, o ningún valor incriminante. Se erigió, arbitrariamente, esa sentencia, en una nueva instancia penal con capacidad de anular el juicio realizado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Respecto a este argumento, sea lo primero indicar que la jurisprudencia marco de esta providencia la cual ha sido reiterada desde la unificación de 2018, ha establecido que, no basta con acreditar simplemente la existencia de la privación de la libertad y la ausencia de la condena, sino que también debe analizarse la conducta del procesado toda vez que la misma puede resultar preponderante para evaluar la ocurrencia del daño. Adicionalmente, no es cierto lo afirmado que, no podía hacer uso de esas pruebas desde el punto de vista de su poder incriminatorio en lo penal, dado su nulo, o ningún valor incriminante por las mismas razones antes expuestas, debido a que, el hecho de existir sentencia absolutoria por falta de pruebas, no opta para dejar sin efectos el material probatorio allegado.

Es necesario precisar que la privación injusta de libertad como presupuesto de responsabilidad del Estado, no privilegia un régimen de imputación en específico. La jurisprudencia actual tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, pregonan que para analizar y determinar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad no se privilegia un régimen objetivo, sino que, de acuerdo con las particularidades del caso y de la decisión que se adopte por el juez penal de conocimiento, se determinaría si el deber de reparar se fundamenta en la falla o falta del servicio o se aplica un régimen objetivo por daño especial.

<sup>60</sup> Fols. 123-159 cdno 1 y 15-52 cdno 3 pruebas



13-001-33-33-011-2015-00294-01

En todo caso, es requisito esencial evaluar la legalidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento dictada, por ser la decisión que determina la restricción de la libertad y, además, se deberá analizar sí la actuación de la víctima dio lugar a la medida restrictiva que se le imputa, es decir, si se configura la culpa exclusiva de la víctima.

El presente asunto, dio inicio con la denuncia instaurada por el señor Axel Rhenals en calidad de Gerente de Aguas de Cartagena el 14 de marzo de 2008, contra desconocidos por la pérdida de elementos de la entidad<sup>61</sup>.

*“Por medio de la presente, nos permitimos presentar denuncia contra desconocidos por pérdidas y/o desapariciones de diferentes elementos de las Bodegas del Almacén de Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., que consideramos son repetitivas y datan ya de tiempo atrás.*

*Se trata de elementos y materiales tales como: mangueras plásticas, racores, uniones, lomillos, medidores, tapas de alcantarillado, cajillas de medidores, elementos de acometidas, y otros implementos de sistemas de acueducto y alcantarillado. Su cuantía podría alcanzar valores entre \$50.000.000 y \$150.000.000.*

*Dado que no tenemos forma de señalar directamente interno o externo, recurrimos a ustedes para que con base en la investigación respectiva, se sirvan ayudarnos a identificar el o los culpables”.*

Por medio de Auto del 28 de marzo de 2008, proferido por la Fiscalía Seccional 20, se dio apertura a la investigación preliminar dentro del proceso No. 238 337<sup>62</sup>, realizándose inspección judicial practicada en las instalaciones de Aguas de Cartagena el 8 de abril de 2008<sup>63</sup>.

En el informe de Policía Judicial No. 377 del 29 de abril de 2008<sup>64</sup>, se recepcionarán sendos testimonios, en los que se indicó entre otras cosas, que el demandante se encontraba involucrado en la pérdida de aproximadamente 90 tornillos de una por cuatro pulgadas sacados del almacén sin inventarios, empacados en tres sacos, posteriormente, sustrajo una tubería de 8 pulgadas corrugada las cuales autorizó el señor Hernández que fueran entregadas por el doble de dicha cantidad, sin que hubiera constancia de salida sin modificación de la cantidad. Adicionalmente, algunos testigos cercanos al actor, afirmaron que, el señor Hernández les ordenaba de forma verbal la entrega de materiales, indicando que el vale de salida fuera firmado por el conductor del vehículo; por otro lado, ordenó la salida de unas tuberías por el doble de la cantidad autorizada sin realizar las debidas modificaciones.

<sup>61</sup> Fols. 1 cdno 2 pruebas

<sup>62</sup> Fols. 2 cdno 2 pruebas

<sup>63</sup> Fols. 12-13 cdno 2 pruebas

<sup>64</sup> Fols. 62-71 cdno 1



13-001-33-33-011-2015-00294-01

Como conclusión del modus operandi de dicho informe, se dejó por sentado lo siguiente:

*El señor FREDY HERNANDEZ traslada o manda a trasladar elementos de la bodega de inventarios (almacén) a la bodega de elementos recuperados o a la puerta de la bodega de la Herramientería al señor LUIS EDUARDO MEDINA FUNEZ, bodega desde la cual es entregada a los contratistas ya sea LUIS CARLOS PEREZ u OSWALDO LOPEZ para que posteriormente sea retirado de la planta. El procedimiento documental es que una vez los elementos se encuentran listos para retirarlos en la bodega de recuperados, el señor FREDY HERNANDEZ genera un vale provisional de salida de dichos elementos (como se demuestra con las fotocopias de vales aportados). Ahora, hay que aclarar que solo los elementos nuevos que adquiere la empresa son\_ los que entran en el sistema que lleva el inventario (bodega de almacén) y la bodega de los elementos recuperados es donde se llevan los elementos que han sido reemplazados en obras realizadas, algunos de los cuales se les hacen reparaciones para ser nuevamente utilizados. También pueden ingresar a la bodega de recuperados, aquellos elementos que han sido entregados a los contratistas u operadores y que no han sido utilizados (nuevos y devueltos ).*

*En cuanto al control que se tienen de los elementos en el almacén, es que todos los elementos que se encuentran en dicha bodega deben estar registrados en el sistema y solo se retiran de allí, con una orden autorizada ya sea por un ingeniero (autorizado), coordinador de obra (Acuacar) o por orden del señor Coordinador FREDY HERNANDEZ, razón por la cual el señor MILTON MONTES DE LA CRUZ en su jurada menciona sobre el vale de retiro modificado. Mientras que para el retiro de los elementos de la bodega de recuperados, se expide un vale provisional para autorizar la salida, documento que normalmente expide el señor FREDY HERNANDEZ".*

En atención a lo anterior, mediante Auto del 24 de diciembre de 2008, la Fiscalía Seccional Delegada 20, definió la situación jurídica del accionante, decretando medida de aseguramiento en detención preventiva como autor del delito de peculado por apropiación<sup>65</sup>, en dicho acto se indicó lo siguiente:

*"En cuanto a la responsabilidad del señor FREDY HERNANDEZ MARIMÓN en los hechos que nos ocupa,- se tiene que este se desempeñó como coordinador de Almacén de la empresa de aguas ele Cartagena S.A E.S.P.. Luego de las labores de indagación realizadas por el investigador del cuerpo técnico de Investigaciones resulto ser señalado como la persona que ordenaba trasladar algunos elementos de las bodegas de almacén de la empresa Acuacar sin el cumplimiento del debido procedimiento, con fines de apropiación, concertado en algunos casos con el señor LUIS EDUARDO MEDINA FUNEZ, auxiliar de herramienta de esa, entidad, y quien estaba bajo su mando.*

*Luego de hacer un análisis ponderado de las pruebas allegadas, este Despacho estima que hasta este estadio procesal la responsabilidad penal del encartado señor FREDY HERNANDEZ MARIMÓN se encuentra seriamente comprometida, todas las declaraciones analizadas coinciden en revelar una serie de irregularidades e Inconsistencia en los procedimientos establecidos para el manejo de los elementos pertenecientes al área de almacén de la empresa Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. , realizados por el procesado que confrontados a las regias de la experiencias solo se explican como los medios o mecanismos de los que se valía el encartado para apropiarse de los elementos. Es claro para el Despacho que el proceso*

<sup>65</sup> Fol. 89- 99 cdno 1 y 86-97 cdno 2 pruebas

13-001-33-33-011-2015-00294-01

*FREDY HERNANDEZ MARIMÓN tenía la custodia material y el poder de disposición de esos bienes, que por mandato suyo los auxiliares bajo su mando realizaron acciones no autorizadas y que se apartaban de los lineamientos establecidos al interior de la empresa para tales efectos”.*

La anterior decisión fue confirmada mediante los autos del 16 de enero de 2009, por el cual la Fiscalía Seccional Delegada 20, resolvió el recurso de reposición interpuesto por el demandante<sup>66</sup>; y el del 29 de enero de 2009, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la misma<sup>67</sup>.

Posteriormente, por Resolución del 26 de mayo de 2009 se formuló acusación, en contra del señor Fredy Hernández, como autor del delito de peculado por apropiación<sup>68</sup>, en la misma se indicó lo siguiente: *“para esta instancia se encuentra acreditada la exigencia mínima exigida para proferir entonces, resolución de Acusación al señor FREDY HERNANDEZ MARIMÓN, puesto que las probanzas arrojadas a la actuación son indicativas que este individuo aprovechado su condición de empleado de Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., organizó a su interior una estrategia criminal donde con base en maniobras irregulares e irreglamentarias ponía a su disposición los elementos y materiales de la empresa, prevaleciendo de su mando sobre los auxiliares y demás subalternos, y de su posición dominante para engañar a los conductores y contratistas que creyeron estar colaborando en retiro de materiales de una forma lícita. Es incuestionable el dolo o voluntad de actuar de este procesado, que se infiere equivocadamente de su mendacidad al dar explicaciones incoherentes sobre el hecho relacionado no solo con los tornillos, sino al duplicar las cantidades de los pedidos y retirar abusivamente materiales sin ningún tipo de control, tan solo supeditado a su suprema autoridad”.*

A través de sentencia del 2 de diciembre de 2010, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, condenó al actor a 54 meses de prisión como autor del delito de peculado por apropiación, concediendo la prisión domiciliaria<sup>69</sup>, como razones de su decisión, manifestó que, del material recaudado como era el inventario allegado por Aguas de Cartagena y los testimonios recepcionados, se inferían las pérdidas exactas de ciertos bienes de la empresa que se encontraban en custodia del señor Fredy Hernández.

La anterior decisión fue revocada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena mediante sentencia del 01 de marzo de 2013<sup>70</sup>, indicó que el A-quo había pasado por desapercibido que el inventario allegado no tenía constancia de la fecha de elaboración de las constancias de entradas y salidas de los almacenes que reporta, por lo que adujo que, dicho documento debió ser estudio en armonía, por lo que al no allegarse el kardex y los registros de salida que se utilizaron para su elaboración, no era posible conocer realmente el detalle y cantidad de elementos recibidos por el procesado al momento de tomar posesión del cargo.

<sup>66</sup> Fols. 72-76 cdno 1 y 163-167 cdno 2 pruebas

<sup>67</sup> Fols. 182-187 cdno 2 pruebas

<sup>68</sup> Fols 82-88 cdno 1 y 250-260 cdno 2 pruebas

<sup>69</sup> Fol. 100-122 y 195-217 cdno 1

<sup>70</sup> Fols. 123-159 cdno 1 y 15-52 cdno 3 pruebas

13-001-33-33-011-2015-00294-01

Por otro lado, manifestó dicha Corporación que las personas que rindieron testimonios, coincidieron al afirmar que, cuando se posesionaron en los cargos no se les hizo acta de entrega sobre los elementos a su disposición, lo que, a su juicio, indicaba una inexistencia de inventarios y procedimientos de control, evidenciándose un desorden administrativo que no permitían establecer los elementos a cargo del señor Fredy Hernández al momento de posesionarse como jefe de almacén.

En ese sentido, concluyó que, no se evidenciaba pérdida o apropiación por parte del procesado de los elementos que se encontraban bajo su custodia, sólo se evidenció que realizó procedimientos, que, si bien no resultaban muy técnicos, si reflejaban como Jefe de Almacén, y coherencia con el ejercicio de sus funciones acordes con la libertad discrecional que la falta de protocolos y procedimientos, al interior de la entidad denunciante le otorgó al señor FREDDY HERNÁNDEZ HARIMÓN.

De los documentos que constan en el expediente, es dable determinar que, al momento de la imputación y decisión sobre la medida de aseguramiento, existían elementos materiales probatorios que permitían inferir la responsabilidad en el ilícito endilgado al demandante, dada la investigación que se estaba surtiendo, aunado a ello, el demandante al momento de la investigación se encontraba laborando para la entidad denunciante tal y como consta del certificado expedido por Aguas de Cartagena, en el que se indicó que el actor laboró desde el 1 de febrero de 1996 hasta el 24 de marzo de 2009, mediante contrato a término indefinido, desempeñándose en el cargo de coordinador de inspecciones<sup>71</sup>.

En ese contexto, se resalta que la investigación penal tuvo como fundamento la posible comisión de un en contra de la administración pública, situación que debía aclararse dentro del juicio penal, razón por la que la privación de la libertad encontraba un fundamento legal idóneo. En síntesis, la Sala observa que aun cuando la causa penal finalizó en aplicación del *principio in dubio pro reo*, ello no puede ser utilizado como argumento para endilgar responsabilidad al Estado, pues se reitera existió una conducta que puso en peligro un bien jurídico protegido que debía ser aclarada ante la autoridad judicial competente.

Según la consideración expuesta por Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, la imposición de la medida de aseguramiento atendió los requisitos legales, en tanto previamente se realizó la imputación del delito por el cual se investigaba al ahora demandante. A su vez, se podía inferir razonablemente que el imputado podía ser autor o partícipe del delito de peculado por apropiación a través de los elementos de convicción exhibidos

<sup>71</sup> Fol. 56 cdno 1

13-001-33-33-011-2015-00294-01

por la Fiscalía, además que la pena a imponer por la comisión del delito superaba los 4 años, en ese sentido, si ameritaba una detención preventiva la cual fue cumplida es prisión domiciliaria. Adicionalmente, se encontraba laborando en la entidad denunciante al momento de la investigación.

Es menester resaltar que la Corte Constitucional en reciente sentencia T-045 de 2021, estableció que la privación de la libertad dentro de un proceso penal que termina con una sentencia absolutoria no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, pues se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración. Así, el daño es antijurídico cuando la orden de restricción devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.

Hecha la anterior aclaración, se precisa que en el presente caso tanto la teoría de la parte demandante, está sustentada bajo la premisa de que ante la absolución del señor Hernández Marimón se debe presumir la responsabilidad de la demandada. Sin embargo, conforme lo establecido en párrafos anteriores, no solo basta con demostrar el fallo absolutorio, sino que, además, es necesario demostrar que la medida de aseguramiento que se dictó resultó infundada, desproporcional e ilegal, y que el demandante no actuó con dolo o culpa grave que lo hicieran merecedor de la misma.

En vigencia de la Ley 906 de 2004, que fue el momento en el que se dispuso a detener a la víctima directa del daño, los requisitos legales que debían cumplirse para adoptar la medida de aseguramiento privativa de la libertad estaban previstos en su artículo 308 y eran los siguientes: a) La procedencia de la medida según el tipo de delito o la pena del delito imputado (art. 313), b) Existencia de evidencia física y elementos probatorios que permitiera inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga (Art. 308), c) Que la medida sea necesaria porque: (i) se requiere evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; (ii) el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o (iii) resulta probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Por lo tanto, conforme las pruebas que constan en el expediente es dable concluir que la medida restrictiva de la libertad se ajustó a los postulados y exigencias formales establecidas en el Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, en lo que atañe al juicio o reproche de responsabilidad patrimonial que se le puede endilgar a la demandada, concluye la Sala que, de las pruebas que constan en el expediente, no es posible determinar que la Fiscalía General de la Nación, haya incurrido en una falla en el servicio.

Es decir, bajo el análisis de la responsabilidad bajo la égida de la falla en la prestación del servicio, no es posible determinar en el caso bajo estudio que la medida restrictiva de la libertad haya resultado desproporcional, ilegal e irrazonable.

En el caso bajo estudio, no es posible determinar o concluir que la Fiscalía General de la Nación, no realizó la actividad de investigación pertinente que diera al traste con la responsabilidad del indiciado y posterior acusado. Por el contrario, lo que se observa es que tanto la medida de aseguramiento como la acusación, estuvo soportada en una investigación.

Por lo anterior, la Sala encuentra probado que la medida de aseguramiento de detención preventiva soportada por el demandante se ajustó a los criterios formales y materiales para su imposición y prolongación durante el proceso penal.

Ahora bien, resulta pertinente aclarar que el principio de presunción de inocencia prevalece cuando en el trámite del proceso penal se encuentran motivos para absolver al procesado, o se recolectan pruebas que resultan insuficientes para endilgar responsabilidad al investigado, como ocurrió en este caso. Pero no por ello el juez de lo contencioso administrativo puede concluir que, como consecuencia de la referida decisión absolutoria, se desvirtúan los elementos de juicio que dieron lugar a la solicitud de medida de aseguramiento; o que la limitación a la libertad, per se, tiene la connotación de injusta, pues el examen de responsabilidad administrativa del Estado se sustenta en presupuestos diferentes al del juicio penal, que tiene por objeto el estudio de la posible comisión de un hecho punible y la protección de los bienes jurídicos de los individuos .

Dicho en otras palabras, en el presente caso no se está desconociendo la presunción de inocencia del señor Hernández Marimon, la cual permaneció y se mantuvo incólume con el fallo absolutorio. Sin embargo, para efectos de determinar la responsabilidad extracontractual de las demandadas, no basta con acreditar la absolución, sino que también se debe demostrar o probar que la decisión que le impuso la medida de aseguramiento fue contraria a los postulados establecidos en la Ley 906 de 2004 y, eso es lo que no se evidencia en el caso bajo estudio, ya que la teoría del caso fue desarrollada bajo la presunción de una responsabilidad objetiva y no de carácter subjetivo.

Es necesario precisar que, esta Sala de decisión, aún bajo el conducto del título de imputación subjetivo, ha declarado la responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, cuando se ha determinado la preclusión o fallo absolutorio, pero concomitantemente se ha demostrado

13-001-33-33-011-2015-00294-01

que la negligencia por parte del órgano investigador en recopilar elementos materiales probatorios suficientes para demostrar la responsabilidad en el ilícito, o porque se demostró que la medida restrictiva fue desproporcional e innecesaria.

Así, no procediendo definir la responsabilidad endilgada bajo el título de imputación objetivo como lo sugieren los demandantes, se confirmará la sentencia apelada, ante la ausencia de prueba efectiva de una falla del servicio de las demandadas, todo de conformidad con las circunstancias que precedieron a la captura, la legalización de esta y la imposición de la medida de aseguramiento.

En conclusión, por no haberse acreditado los hechos que permitan imputar el daño a las demandadas, hay lugar a concluir que no concurren los elementos estructurantes exigidos para comprometer la responsabilidad patrimonial de los entes demandados, por lo que se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia.

#### **5.5.2 De la condena en costa.**

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil". A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En este caso en particular, el Tribunal condenará en costas a la parte vencida, esto es, la parte recurrente, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia conforme las normas aquí planteadas.

### **VI. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por lo aquí expuesto.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandante en esta instancia, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia conforme las normas aquí planteadas.



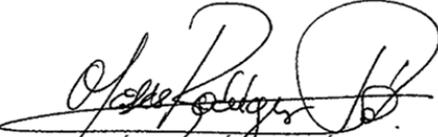
13-001-33-33-011-2015-00294-01

**TERCERO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.038 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

**Aclaración de voto**