

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Yopal, quince (15) de julio de dos mil quince (2015).

Ref.: REPARACIÓN. Caso Ley 906. Imputación penal. Error de tipo. Acusado absuelto (in dubio). Actuaciones de la Fiscalía. Título de imputación y análisis de responsabilidad acorde con los estándares de unificación del Consejo de Estado. Prueba de perjuicios morales. Referencias pedagógicas a *tabla de baremos*. Exoneración por culpa de la víctima: el hecho imputado existió. Error técnico de la Fiscalía. Reiteración.

Demandantes: NANCY LUZ MILA MENDOZA BOHÓRQUEZ y otro
Demandados: NACIÓN (Fiscalía General)
Radicación: 850013333002-2013-00274-02
Origen: Juzgado Segundo Administrativo de Yopal
Fecha decisión: 9-III-2015

Magistrado ponente: NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

ASUNTO POR RESOLVER

Se trata de la apelación de la parte actora contra el fallo de primer grado que desestimó pretensiones relativas a un evento de *imputación penal* (Ley 906) sin privación de libertad que culminó con sentencia absolutoria de libertad. Por pasiva solo se convocó a Fiscalía General.

HECHOS RELEVANTES

La demandante víctima directa fue aprehendida el 11 de octubre de 2009 por la Policía Nacional en el curso de actuaciones materiales de esa fuerza en el predio La Palma, corregimiento del Morro (Yopal), durante presunta ejecución de órdenes judiciales y administrativas para preservar servidumbre impuesta a favor de una compañía petrolera (BP), bajo los cargos de *violencia contra servidor público y fraude a resolución judicial*.

De los acontecimientos que dieron lugar a esa captura en presunta flagrancia solo se sabe, por la reseña del juez penal de conocimiento, que hubo una gresca durante el desarrollo de la intervención policiva, cuyos mecanismos previos, órdenes y dirección judicial no se clarificaron; en ella la señora Mendoza Bohórquez agredió y al parecer lesionó a uno de los uniformados.

Se desconoce cuándo fue puesta a disposición de autoridad judicial; tampoco si se surtió o no audiencia de legalización de captura. La demanda – única fuente disponible para esa etapa – reseñó que el 15 de julio de 2010 la Fiscalía hizo imputación de cargos y que el 30 de ese mes *acusó* por los ya referidos tipos penales (fol. 20).

El juez segundo penal del Circuito de Yopal produjo sentencia absolutoria el 24 de junio de 2011; en ella destacó que *el hecho imputado sí ocurrió* (la agresión y las lesiones al servidor público), pero no encontró estructurado el tipo por el que se acusó, por no haberse probado adecuadamente que el policial estaba ejerciendo las funciones públicas propias. Aplicó el principio de *in dubio pro reo*. La decisión cobró ejecutoria en la misma audiencia de *lectura de fallo* pues no hubo recursos (fol. 9).

ASUNTO LITIGIOSO

En lo que atañe a esta instancia, se discute si hay lugar a deducir responsabilidad contra la Fiscalía General por su actuación relacionada con la imputación de cargos penales a la actora principal, a la postre absuelta por su juez natural; igualmente, si se demostraron *perjuicios morales* susceptibles de indemnización.

El juez de primer grado encontró que a falta de *testimonios* y de otras pruebas directas, no se dio el presupuesto de responsabilidad, de demostrar el daño; ni su faceta material, ni tampoco los morales reclamados para la interesada directa y su menor hijo¹.

Los demandantes estiman que no hay tarifa legal para establecer perjuicios morales y que ellos son inherentes al menoscabo del buen nombre, la honra y la dignidad de la penalmente imputada. Se plegó a la desestimación de los materiales.

EL FALLO DE PRIMER GRADO

Se trata del proferido en audiencia del 9 de marzo de 2015 por el juez segundo administrativo de Yopal (fol. 95); denegó pretensiones, dispuso que se remitiera noticia de presunta negligencia profesional del apoderado de la actora y se abstuvo de condenar en costas².

Sus argumentos principales se reseñan a continuación (00:56:15):

- ✓ La ausencia del daño antijurídico imposibilita la configuración de responsabilidad en cabeza del Estado. En el caso concreto, la demandante tuvo la condición de sujeto procesal en investigación penal que adelantó la Fiscalía General de la Nación conforme al sistema de la Ley 906 de 2004 por los delitos de fraude procesal en concurso de violencia contra servidor público; sin embargo, no se solicitó medida de aseguramiento alguna y conforme a los medios probatorios del caso se decidió presentar escrito de acusación, pese a que finalmente agotadas las etapas del juicio se absolvió a los acusados, entre ellos, a la señora Luz Mila Mendoza Bohórquez.
- ✓ No existe prueba alguna que permita determinar que la accionante estuvo privada de la libertad. Dado que el daño es elemento necesario mas no suficiente para que se declare la responsabilidad del Estado, hay lugar a negar las pretensiones de la demanda, pues aunque se enfocó en la existencia de una falla del servicio, no existe claridad si se trata de un error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o

¹ Un tercer demandante, padre del menor, fue excluido por falta de legitimación material por activa en audiencia inicial, sesión del 19 de agosto de 2014 (fol. 80). La parte demandante recurrió; el recurso fue admitido pero desistió y esa novedad se acogió por el Tribunal mediante auto del 3 de septiembre de 2014 (radicación 850013333002-2013-00274-01).

² El acta impresa de audiencia reseña su desarrollo y transcribe la parte resolutive de la sentencia. Los argumentos se extractan de la grabación audiovisual.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE
Reparación 850013333002-2013-00274-02

defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia. No se acreditó daño antijurídico derivado de alguna de las tres.

- ✓ La sola vinculación de la señora Mendoza Bohórquez a un proceso penal no constituye un asunto reprochable a la demandada, pues se basó en una noticia criminal que ameritaba la investigación de unos hechos concretos en los que resultaron lesionados funcionarios del SMAD. Así las cosas, el daño que pudo haber sufrido la demandada es imputable a ella y se rompe el nexo causal como elemento de responsabilidad.

LA APELACIÓN ÚNICA. PARTE ACTORA

Atacó los razonamientos atinentes a la prueba de perjuicios morales; consideró que es suficiente la evidencia documental acerca de la acusación penal que hizo la Fiscalía y la sentencia absolutoria proferida por el juez propio para inferir de ella que la imputación y la vinculación y sujeción jurídica al proceso penal erosionaron la órbita moral de la acusada, lesionaron su honra y buen nombre y constituyen por sí mismas daño reparable, cuya expresión puede inferirse por vía indiciaria³. En cuanto al hijo (menor) de la investigada, señaló que su daño deviene de haber visto injustificadamente *perseguida* a su madre (fol. 107).

No se pronunció en la etapa de alegatos.

ACTIVIDAD PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

El expediente fue puesto al cuidado del sustanciador el 29 de abril de 2015 (fol. 2, 2ª); el 8 de mayo se admitió el recurso sin novedades (3, 2ª) y el 26 de ese mes se convocó a presentar conclusiones (6, 2ª), etapa en la que compareció el Ministerio Público (14, 2ª). El proceso ingresó para fallo de cierre el 30 de junio siguiente (fol. 34, 2ª).

Una ciudadana⁴ que no es sujeto procesal entregó en la Secretaría un escrito a título de alegatos, atribuido a la apoderada reconocida de la Fiscalía; carece de firma y sin poderse establecer autoría, no se tendrá en cuenta.

CONCEPTO DEL PROCURADOR⁵

Previo prolija descripción de antecedentes y de los fundamentos del fallo recurrido, centró su atención en los presupuestos de la responsabilidad del Estado por la actividad de la Fiscalía y de los jueces penales, con los siguientes hallazgos: i) tuvo a la vista la jurisprudencia relativa a privación de libertad con absolución penal y de ella derivó que *existe daño*, pues la víctima directa estuvo sometida a captura, *reseña* e investigación bajo cargos concretos, de los cuales fue exonerada por su juez natural; ii) esa actuación es imputable a la demandada Fiscalía General de la Nación y se estructuró nexo causal pues fue dicha actividad la que determinó el enjuiciamiento; y iii) los perjuicios morales son inherentes a la sujeción a las pesquisas penales, pero ante la falta de evidencia específica acerca de su intensidad o

³ Aludió a la sentencia del 30 de junio de 2011, Consejo de Estado, Sección Tercera, Danilo Rojas Betancourth, radicación 190012331000-1997-04001-01 (19836).

⁴ Pilar Riveros, folio 8, 2ª; radicación del 9 de junio de 2015.

⁵ Folio 14, 2ª Instancia.

magnitud, procede revocar el fallo recurrido e imponer una condena mínima, con despliegue del arbitrio judicial.

CONSIDERACIONES

1ª Competencia y rito. El Tribunal desata la alzada como superior funcional del juez que sentenció; para los efectos señalados en el art. 207 del CPACA se advierte que las partes no han hecho objeciones contra lo actuado desde el fallo recurrido, ni se vislumbra pertinencia de saneamiento. Se estudia recurso único de la parte actora contra decisión desestimatoria.

1.1 Motivación de la sentencia con registro audiovisual. El fallo de primer grado está incorporado al expediente en dos fuentes: i) parte resolutive transcrita en el acta de audiencia compleja (inicial más alegaciones), firmada por el juez; y ii) motivación oral registrada en medios audiovisuales, cuyo contenido puede consultarse en el almacenamiento digital y de allí se han extractado los argumentos.

Esa forma instrumental puede generar alguna perplejidad que la Sala despeja para unificar lecturas en la sustanciación de los recursos. En efecto: el numeral 2 del inciso 1º del art. 182 del CPACA pareciera indicar que solo pueda anunciarse oralmente el *sentido del fallo*, sin proferirlo y que sea obligatorio configurar texto impreso y firmado por su autor.

No obstante, esta Corporación se inclina expresamente por la opción contraria: uno de los pilares de la reforma integral que hizo el CPACA lo es el principio de oralidad, cuyo desarrollo quedó a medias con esa mezcla de ritos que tiene que aplicar la jurisdicción. De ahí que se trate de proceso por audiencias, no de verdadero proceso oral (arts. 35 y 179).

Puesto que el CPACA *no define* cómo deban proferirse las providencias judiciales, ni prohíbe que sean *dichas* o estructuradas con el discurso argumentativo realmente oral de los jueces, no simplemente *leídas* de un texto preparado con todo detalle, nada

impide que sea lo primero o se acuda a lo segundo según las particularidades de caso, la complejidad de la deliberación (del juez colegiado) o las habilidades expositivas del juzgador, la *motivación* quede integralmente plasmada en el *acta audiovisual*, la cual recoge todo lo acontecido en audiencia; en rigor, es el *acta propiamente dicha*, de la cual se deja impresa apenas breve memoria, salvo que el juez considere necesaria la transcripción de apartes de lo allí ocurrido. Nótese que el art. 179 CPACA autoriza prescindir de audiencia de pruebas y **dictar** la sentencia en la concentrada (inicial más alegaciones); lo que entendido en lenguaje natural, en un contexto de oralidad no es igual a *imprimirla*, ni puede reducirse a lo que antaño se hizo por jueces que tenían *escribientes* para que copiaran el *dictado*. Es la comprensión que esta Sala extrae de la armonización de los arts. 53, 55, 58, 103, 179, 182, 183 del CPCA y de los arts. 107 (4 y 6), 122, 279 y 280 del C. G. del P.: la existencia del *fallo* o de cualquier otra decisión adoptada en audiencia requiere que se *pronuncie* (diga, lea o exprese) por el juez, no de su transcripción en medio impreso.

2ª Espectro de la apelación y alcances del fallo. Conforme se advirtió en los apartes descriptivos de la sentencia, quienes demandan consintieron la denegación de pretensiones relativas a perjuicios materiales; más tempranamente quedó en firme la exclusión de un demandante por falta de acreditación de legitimación en la causa por activa. Subsisten así los reparos únicamente en lo que concierne a la declaratoria de responsabilidad de la Fiscalía y a eventual reconocimiento de perjuicios morales.

Nada se glosó a la intervención de la Rama, ni en la etapa de control de garantías (modelo Ley 906) ni a la de juicio; tampoco se conoce el desarrollo procesal, tan solo el escrito de acusación y el fallo penal absolutorio.

3ª PROBLEMAS JURÍDICOS DE FONDO

3.1 PJ2. El título de imputación. Se reitera una vez más la solución al problema jurídico que se enuncia así:

¿Cuál es el título de imputación fáctica que debe aplicarse cuando un ciudadano vinculado a investigación penal es finalmente absuelto por la jurisdicción natural, en virtud de duda razonable acerca de su responsabilidad (in dubio)?

3.1.2 Tesis. Al igual que en los eventos en que haya mediado privación de libertad, en virtud del título de imputación por *daño especial*, basta que el sindicado, imputado o acusado haya sido absuelto para que deba reivindicarse el principio de libertad y la presunción constitucional de inocencia, de donde deviene responsabilidad del Estado por la sujeción al rigor de la investigación penal.

3.1.3 Guardadas proporciones cuando no se aplican medidas cautelares restrictivas de derechos de la imputada, o cuando menos de ello no haya noticia procesal ni probatoria alguna, por exactamente las mismas razones que dan lugar a imputación fáctica al Estado cuando aquellas han operado, puede en abstracto predicarse su responsabilidad cuando *irregularmente* somete a una persona a investigación penal, le hace cargos por presuntos hechos punibles, por conducto de la Fiscalía la *acusa* y, finalmente, por debilidad de la prueba o errores respecto de la adecuación típica, la sentencia deviene absolutoria.

En efecto: si bien la jurisprudencia se ocupa más frecuentemente de las hipótesis más gravosas de privación de libertad en cualquiera de sus modalidades, no menos importante resulta el piélago de otros derechos constitucionales que puedan ser concernidos por la imputación, acusación y sujeción a juzgamiento; entre ellos, el buen nombre y la reputación pública u honra que revista el desempeño social y familiar del investigado.

3.1.4 El Tribunal rectificó expresamente la línea horizontal en torno a esta temática para plegarse a la vinculante unificación que hizo la Sección Tercera del Consejo de Estado en octubre de 2013 y adoptó nuevo rumbo en el que se concluyó así:

3.1.1.2.2 [...] Retomado para dichos efectos el marco teórico de la sentencia de unificación 23354 del 13 de octubre de 2013 ya citada, se tiene que contrario al margen de apreciación de las particularidades de cada caso que en el pasado pregonaba este Tribunal para establecer la *injusticia*

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE
Reparación 850013333002-2013-00274-02

de la medida privativa de libertad o para deducir el error jurisdiccional, desde una óptica de imputación subjetiva de responsabilidad, también cuando media absolución por indubio pro reo (principio de la duda) hay lugar a la aplicación del régimen objetivo, sea que se trate de investigaciones que se sometieron al modelo del antiguo procedimiento penal (Decreto 2700 de 1991), al intermedio de la Ley 600, o al más reciente y vigente *acusatorio*, puesto que en últimas la Nación sale a responder por el **daño especial** que se causa a la persona sometida al rigor de las restricciones judiciales de sus derechos en cumplimiento de las políticas criminales que adopta el legislador, cuando a la postre se declara *inocente* o se *precluyen* las investigaciones sin derruir la presunción constitucional de inocencia, conforme al siguiente razonamiento:

h. En conclusión, si se atribuyen y se respetan en casos como el *sub judice* los alcances que en el sistema jurídico nacional corresponden tanto a la **presunción constitucional de inocencia** como al principio-valor-derecho fundamental a la **libertad** —cuya privación cautelar está gobernada por el postulado de la excepcionalidad, según se ha expuesto—, resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia al proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego absolver de responsabilidad penal al sindicado en aplicación del principio *in dubio pro reo*, haya sido un proceder ajustado o contrario a Derecho, en el cual resulte identificable, o no, una falla en el servicio, un error judicial o el obrar doloso o gravemente culposo del agente judicial, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, devendrá en intrascendente —en todo sentido— que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, **se habrá irrogado un daño especial a un individuo**.

Y se habrá causado un **daño especial** a la persona preventivamente privada de su libertad y posteriormente absuelta, en la medida en que mientras la causación de ese daño redundará en beneficio de la colectividad —interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias—, sólo (sic) habrá afectado de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad, a aquella (sic) persona en quien, infortunadamente, se concretó el carácter excepcional de la detención preventiva y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el tantas veces aludido artículo 90 constitucional.

i. Un somero vistazo a la legislación, a la jurisprudencia y a la doctrina en algunos países europeos y latinoamericanos cuya ascendencia en el sistema jurídico colombiano no ofrece mayor discusión, permitió a la Sección Tercera constatar⁶, en lo atinente al título jurídico de imputación aplicable en casos de privación de la libertad ordenada por autoridad judicial competente como medida cautelar dentro del proceso penal correspondiente, la existencia o bien de una evidente tendencia a prescindir de la consideración de la concurrencia de dolo o culpa por parte del funcionario judicial al proferir la medida de aseguramiento o de la configuración de un error judicial, como requisitos para que resultare procedente deducir responsabilidad patrimonial al Estado o bien un claro direccionamiento hacia la consolidación de un título objetivo de imputación en esta especie de responsabilidad del Estado-Juez, en desarrollo del principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.

Tal es la conclusión a la cual arribó la Sala —tras llevar a cabo un examen tanto de la jurisprudencia como de la doctrina chilenas y argentinas en relación con el anotado extremo⁷— con fundamento en las particularidades que identificó en algunos ordenamientos —como el francés, el alemán o el uruguayo— en los cuales la legislación y la jurisprudencia reconocen la responsabilidad *sin falta* del Estado en este tipo de casos o en otros en los cuales por vía pretoriana se ha abierto paso la operatividad de un régimen objetivo de responsabilidad en eventos de privación de la

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de octubre de 2007; Expediente: 520012331000199607870 01; Radicado: 16.057; Demandante: Segundo Nelson Chaves Martínez; Demandado: Fiscalía General de la Nación.

⁷ *Idem*.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE
Reparación 850013333002-2013-00274-02

libertad dentro de un proceso penal, seguida de pronunciamiento absolutorio, en particular con base en la aplicación del principio *in dubio pro reo* —como, por ejemplo, acontece en los sistemas español e italiano—, según pasa a exponerse a continuación⁸.

3.1.1.2.3 En un fallo más reciente, sin apartarse de la unificación que precede, la Subsección C de la Sección Tercera ofreció algunas precisiones adicionales, desde la perspectiva integradora de la jurisprudencia interamericana (Derecho de la Convención) y otros referentes del bloque de constitucionalidad, así:

En la actualidad, la tesis mayoritaria de la Sala establece que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación) u opera por equivalencia la aplicación del *in dubio pro reo*, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho debe asumir, máxime cuando se compromete el ejercicio del derecho fundamental a la libertad. No obstante los eventos que se vienen de indicar que se rigen por un sistema objetivo de responsabilidad, las demás hipótesis estarían gobernadas por regímenes subjetivos de falla del servicio.

La Sala debe precisar que no es el único aunque es el predominante el elemento determinante de la responsabilidad está en la detención preventiva, y que a partir de ella se debe acreditar si se produjo o no un daño antijurídico que tendrá que indagarse si es imputable a la administración de justicia. Y, siendo la detención preventiva el elemento central, cabe observar las orientaciones de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia, según la cual:

- De acuerdo con el artículo 7.1 de la Convención Americana “la protección de la libertad salvaguarda <tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla del derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal>”^[63].⁹
- “El Tribunal entiende que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”^[64].¹⁰
- La detención preventiva “es una medida cautelar, no punitiva”^[65].¹¹
- En un “Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia”^[66].¹²

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional señala,

“Los artículos 29 de la Constitución y 9º del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles impiden que, con base en simples indicios, se persista en la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena ya que siendo ello así se desvirtuaría la finalidad eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría convertida en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia. Pese a que no es posible en abstracto traducir el concepto de detención preventiva razonable a un número determinado de días, semanas, meses o años o a una equivalencia según la gravedad de la ofensa, entre los múltiples factores a tener en cuenta para determinar la

⁸ Consejo de Estado, Pleno de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, ponente Mauricio Fajardo Gómez, radicación 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354).

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 104. Puede verse en similar sentido: Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Caso Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 106. Puede verse en similar sentido: Caso Instituto de Reeducción del menor. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 106. Puede verse en similar sentido: Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 109.

razonabilidad del plazo de detención preventiva debe considerarse el tiempo actual de detención, su duración en proporción a la ofensa, los efectos materiales o morales sobre la persona detenida, la conducta que exhiba el acusado durante la reclusión, las dificultades objetivas propias de la investigación - complejidad respecto a los hechos, número de testigos o acusados, necesidad de una evidencia concreta, etc. -, la conducta de las autoridades judiciales competentes, el peligro de fuga, la posibilidad de reincidencia y la capacidad de destrucción de la evidencia”^[67].¹³

“La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1, de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida por la autoridad judicial no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución.

La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal”^[68].¹⁴

“El postulado constitucional y abstracto de la libertad individual encuentra una legítima limitación en la figura de la detención preventiva cuya finalidad, evidentemente, no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad primaria de asegurar su comparecencia al proceso dándole vía libre a la efectiva actuación del Estado en su función de garante de los derechos constitucionales...”^[69].¹⁵ [...]”¹⁶.

3.1.1.2.4 En dichos precisos términos esta Sala advierte que *modifica expresamente la línea horizontal* para plegarse, en lo sucesivo, a la que fija la aludida sentencia vinculante de unificación; bastará, entonces, para deducir la responsabilidad institucional del Estado verificar que media una privación de libertad por disposición de autoridad judicial de quien a la postre haya sido *absuelto* en virtud de cualquiera de los mecanismos legales que apliquen a su caso; o que se hayan *precluido* o terminado anticipadamente el proceso o las pesquisas penales, sin quebrar la presunción constitucional de inocencia.

Esto es, la valoración de caso no se adentrará en los *fundamentos* de las decisiones penales, para establecer su legalidad o su injusticia relativa según las particularidades fácticas y probatorias de caso, pues dicha apreciación en concreto ya provino de la jurisdicción natural que se ocupó de los hechos; centrada ahora en el carácter *especial del daño*, que se toma por sí mismo injusto por el resultado final de la actividad del aparato punitivo del Estado, lo único que podría derruir la imputación de responsabilidad lo será la *demonstración de un hecho que rompa el nexo causal*, imputable exclusivamente a la víctima directa o a un tercero, como se explica enseguida.

3.1.1.2.5 Las eximentes subsisten con carácter restrictivo en el régimen objetivo de imputación por daño especial. Se advirtió al iniciar esta incursión en el marco teórico de la técnica de imputación que el Tribunal *modifica* su propia línea, para reducir el amplio margen de apreciación de caso concreto que venía pregonando, pero sin abandonar el ejercicio de examinar las particularidades que correspondan solo que ahora con el cometido de constatar o descartar la eventual concurrencia de hechos que puedan romper el nexo causal o aminorar la responsabilidad estatal, puesto que *también en el régimen objetivo de imputación son viables dichas eximentes*: la denominada *responsabilidad sin falta* no es incompatible con las técnicas pretorianas, apoyadas en la ley, que permiten excluir o reducir la condena, cuando alguna de aquellas se prueba, lo que viene de la teoría general de la responsabilidad administrativa, retomada de la civil.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-301 de agosto 2 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-689 de 5 de diciembre de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 31 de mayo de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de junio de 2014, ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación 68001-23-15-000-2000-00370-01 (30307). [Nota: sin alterar la numeración original de la fuente, se incorporan en pie de página las citas que allí aparecen del 63 al 69: precedentes de la Corte Interamericana de Justicia y de la Corte Constitucional interna, para facilitar la consulta].

En efecto: no han desaparecido del sistema de fuentes para los eventos de privación de libertad las eximentes clásicas capaces de romper el nexo causal de imputación al Estado; ni las puede eliminar una sentencia contencioso administrativa, menos cuando las consagra expresamente una ley estatutaria, de la cual no es factible predicar por los jueces infraconstitucionales contrariedad con la Carta en los términos de su art. 4º, pues ya fue juzgada por su único juez natural interno; salvo, claro está, que cambie la Constitución misma.

Por ello quedará a salvo el estudio riguroso de excepcionales circunstancias en las que pueda estructurarse *concurrencia* o culpa exclusiva de la víctima directa durante el desarrollo de la actuación penal, incluida la actividad de su defensa técnica, pues a pesar de la contundente prédica del *principio de libertad* la sentencia de unificación no deroga las eximentes expresamente consagradas en la Ley Estatutaria 270 de 1996, de forzosa aplicación pues pasó el filtro del examen constitucional previo (sentencia C-037 de 1996); por el contrario, el superior funcional reconoció explícitamente dicha salvedad así:

Como corolario de lo anterior, es decir, de la operatividad de un régimen objetivo de responsabilidad basado en el daño especial, como punto de partida respecto de los eventos de privación injusta de la libertad —especialmente de aquellos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal tiene lugar en aplicación del principio *in dubio pro reo*—, debe asimismo admitirse que las eximentes de responsabilidad aplicables en todo régimen objetivo de responsabilidad pueden —y deben— ser examinadas por el Juez Administrativo (sic) en el caso concreto, de suerte que si la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, determinan que el daño no pueda ser imputado o sólo (sic) pueda serlo parcialmente, a la entidad demandada, deberá proferirse entonces el correspondiente fallo absolutorio en punto a la determinación de la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado o la reducción proporcional de la condena en detrimento, por ejemplo, de la víctima que se haya expuesto, de manera dolosa o culposa, al riesgo de ser objeto de la medida de aseguramiento que posteriormente sea revocada cuando sobrevenga la exoneración de responsabilidad penal; así lo ha reconocido la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁷.

En la misma dirección de cuanto se acaba de sostener, la Sala estima oportuno destacar que ni la regulación legal de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia —contenida en la Ley 270 de 1996 y puntualmente en cuanto al extremo aquí en comento, en su artículo 70¹⁸—, ni el pronunciamiento de control previo de exequibilidad del proyecto de texto normativo que finalmente se convirtió en la mencionada disposición, proferido por la Corte Constitucional —sentencia C-037 de 1996¹⁹—, se hizo

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2.007; Radicación No.: 20001-23-31-000-3423-01; Expediente No. 15.463; Actor: Adielia Molina Torres y otros; Demandado: Nación – Rama Judicial.

¹⁸ Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: "*Artículo 70. Culpa exclusiva de la víctima. El daño se entenderá como culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado*".

¹⁹ En la decisión en comento la Corte Constitucional, para fundamentar la declaratoria de exequibilidad condicionada del proyecto de disposición examinado, discurrió de la siguiente manera:

"2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Este artículo contiene una sanción por el desconocimiento del deber constitucional de todo ciudadano de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95-7 C.P.), pues no sólo se trata de guardar el debido respeto hacia los funcionarios judiciales, sino que también se reclama de los particulares un mínimo de interés y de compromiso en la atención oportuna y diligente de los asuntos que someten a consideración de la rama judicial. Gran parte de la responsabilidad de las fallas y el retardo en el funcionamiento de la administración de justicia, recae en los ciudadanos que colman los despachos judiciales con demandas, memoriales y peticiones que, o bien carecen de valor o importancia jurídica alguno, o bien permanecen inactivos ante la pasividad de los propios interesados. Por lo demás, la norma bajo examen es un corolario del principio general del derecho, según el cual "nadie puede sacar provecho de su propia culpa".

La norma, bajo la condición de que es propio de la ley ordinaria definir el órgano competente para calificar los casos en que haya culpa exclusiva de la víctima, será declarada exequible".

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE
Reparación 850013333002-2013-00274-02

referencia, alusión y menos análisis alguno respecto de la procedencia de la aplicabilidad, en supuestos en los cuales se examine la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del Juez (sic), de eximentes de responsabilidad diversas del hecho exclusivo y determinante de la víctima, lo cual se estima acertado comoquiera que lo jurídicamente plausible y además conveniente es que tal suerte de valoraciones sean llevadas a cabo por el Juez de lo Contencioso Administrativo (sic) atendido el contexto fáctico de cada caso específico y no en abstracto por el Legislador o por el Juez Constitucional, los cuales ni restringieron ni podían o debían restringir el elenco de tales eximentes de responsabilidad, en este tipo de casos, solamente al hecho exclusivo de la víctima.

Dicho examen sobre la eventual configuración de los supuestos determinantes de la ocurrencia de una eximente de responsabilidad como el hecho de un tercero o la fuerza mayor, por lo demás, debe ser realizado por el Juez (sic) tanto a solicitud de parte como de manera oficiosa, no sólo (sic) en aplicación del principio *iura novit curia* sino en consideración a que tanto el Decreto Ley 01 de 1984 –artículo 164– como la Ley 1437 de 2011 –artículo 187– obligan al Juez de lo Contencioso Administrativo (sic) a pronunciarse, en la sentencia definitiva, “sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada”.

Adicionalmente, mal puede perderse de vista que con el propósito de determinar la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la acción o de la omisión de alguna autoridad pública, se tiene que según las voces del artículo 90 constitucional, uno de los elementos que insoslayablemente debe establecerse como concurrente en cada caso concreto es el de la imputabilidad del daño a la entidad demandada –además de la antijuridicidad del mismo, claro está–, análisis de imputación que de modo invariable debe conducir al Juez de lo Contencioso Administrativo (sic), propóngase, o no, la excepción respectiva por la parte interesada, esto es de oficio o a petición de parte, a examinar si concurre en el respectivo supuesto en estudio alguna eximente de responsabilidad, toda vez que la configuración de alguna de ellas impondría necesariamente, como resultado del correspondiente juicio de imputación, la imposibilidad de atribuir la responsabilidad de reparar el daño sufrido por la víctima, total o parcialmente, a la entidad accionada.

Dicho de otra manera, si el juez de lo contencioso administrativo encuentra, en el análisis que debe realizar en cada caso en el cual se demanda la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, que efectivamente hay lugar a estimar las pretensiones de la demanda, ello necesariamente debe tener como antecedente la convicción cierta de que se reúnen todos los elementos que estructuran dicha responsabilidad, lo cual excluye de plano la existencia de alguna causal eximente, puesto que si al adelantar ese análisis el juez encuentra debidamente acreditada la configuración de alguna o varias de tales causales –independientemente de que así lo hubiere alegado, o no, la defensa de la entidad demandada–, obligatoriamente deberá concluir que la alegada responsabilidad no se encuentra configurada y, consiguientemente, deberá entonces denegar la pretensiones de la parte actora.

Lo anterior sin perjuicio de recalcar que la carga de la prueba respecto de los hechos determinantes de la configuración de la eximente de responsabilidad de la cual se trate corresponde a la parte demandada interesada en la declaración de su ocurrencia²⁰ [...] ²¹.

Nótese que la salvedad que se deja para el estudio de las particularidades de caso ya no se reivindica para *examinar en sede contencioso administrativa los hechos y pruebas previamente ponderados por la jurisdicción penal*, esto es, *no se reabrirá arista alguna de las pesquisas punitivas o de su valoración por su juez natural*, sino que se tendrá a la vista lo que haya acontecido en su propio escenario para identificar elementos que pudieran haber contribuido o causado que por la conducta fundadamente imputada a la víctima directa o su comportamiento en o respecto del proceso penal, hayan dado lugar a las medidas restrictivas de sus derechos²².

²⁰ Al respecto ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 8 de julio de 2009, Exp. 17.517 y del 15 de abril de 2010, Exp. 18.284, entre otras.

²¹ Consejo de Estado, Pleno de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, ponente Mauricio Fajardo Gómez, radicación 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354).

3.1.5 Luego sea que se trate del típico evento de privación de libertad, o que la órbita de los derechos constitucionales se afecte en otra forma con la vinculación procesal penal y los rigores y avatares propios de esas investigaciones, el título de imputación que deviene de la absolución, o de las otras causales de terminación que dejan subsistente la presunción constitucional de inocencia, lo será el de *daño especial*, en cuanto si bien una persona está expuesta al poder inquisitivo y punitivo del Estado, no lo es de cualquier manera: la imputación tiene que ser seria, fundada en rigurosa apreciación de los hechos y medios materiales de prueba, así como certeramente calificada por los fiscales.

Aquí no se trata, como lo supone la vocería de la Fiscalía, de hecho alguno del constituyente ni del legislador: el diseño del sistema de fuentes por sí mismo no compromete derechos de los investigados. Es su *aplicación* a los casos concretos lo que podría erosionarlos, si la autoridad obra festinada o ligeramente y pone a una persona bajo el escrutinio penal, sin razón seria para ello²³.

3.1.6 Nótese la redistribución de roles entre la Fiscalía y la Rama Judicial en el *sistema penal acusatorio*, en el que se ubican los acontecimientos del año 2009; acerca de ello ha dicho esta Sala desde el enunciado del problema jurídico y la tesis que lo resolvió en apertura de línea horizontal, así:

2.2 **PJ2.** *¿Es imputable a la Fiscalía General de la Nación el daño presuntamente antijurídico derivado de la privación de libertad decretada por el juez de garantías, por solicitud de aquella, en el modelo procesal conocido como "sistema penal acusatorio"?*²⁴

2.2.1 **Tesis.** En principio, la Fiscalía podrá ser responsable cuando la intervención de sus agentes haya *determinado* el sentido de la decisión de los jueces de garantía (o de conocimiento), por haber entregado *elementos materiales de prueba* cuya irregularidad, inconsistencia u otros vicios no pudieran apreciarse con debida diligencia y cuidado por el juez en el debate preliminar; o por haber ocultado

²² TAC, sentencia del 28 de agosto de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850012331002-2012-00167-00. Expresa reiteración en fallo del 23 de octubre de 2014, mismo ponente, radicación 850012333002-2013-00157-00. El cambio de perspectiva quedó anunciado, sin estudio completo por las particularidades de caso (sistema penal acusatorio y especificidad de la prueba de la actuación de Fiscalía), en la sentencia del 19 de junio de 2014, mismo ponente, radicación 850012331002-2012-00019-01. Ver, también TAC, sentencia más reciente del 19 de marzo de 2015, radicación 850013333002-2013-00217-01 y del 21 de mayo del 2015, radicación 850013333002-2012-00100-02, mismo ponente.

²³ Otras aristas de esta discusión jurídica pueden verse en sentencias TAC del 14 de julio de 2011, radicación 850012331002-2007-00660-00 y 2007-00686-00 y del 28 de julio de 2011, radicación 850012331002-2010-00162-00, ponencias de Néstor Trujillo González. Aunque se ubican en línea ya superada (análisis preponderante subjetivo o de la conducta del imputado para calificar la *injusticia* de la medida penal), abordaron situaciones de *imputación* penal quebrada ante el juez natural.

²⁴ Este otro ingrediente corresponde a la precisión que ahora se introduce a la línea (componente abstracto) para el nuevo modelo procesal penal.

evidencia que habría podido determinar un pronunciamiento judicial diferente. No obstante, las particularidades de cada caso pueden despejar la incógnita en sentido afirmativo o negativo.

[...] Como puede verse en esta somera reseña de preceptos procesales penales, el sistema acusatorio desarmó la concentración de funciones de titularidad de la acción penal, investigación y adopción de medidas cautelares, privación de libertad incluida, que tenía la Fiscalía General; el nuevo *binomio* Fiscalía – juez, que predomina sin perder de vista a las víctimas, presupone que los jueces *decidan* acerca de libertad, pero no lo hagan oficiosamente para imponer restricciones, ni según su convicción derivada de su directa apreciación de la evidencia: el agente de la Fiscalía *tiene que pedir las medidas, sustentar la pertinente acorde con los elementos materiales de prueba y justificar la necesidad de las restricciones*, tanto más cuando media un derecho fundamental, como lo es de la libertad personal.

2.2.3 Co-responsabilidad de la Fiscalía y de la Rama Judicial. En esa distribución legal de nuevos roles es factible que deba predicarse que un eventual *error judicial* es fruto de la actividad irregular de la Fiscalía a la que se suma *error de juez* en sentido estricto: de la primera, por no haber honrado los estándares procesales para imputar, pedir las medidas cautelares, revelar los elementos de conocimiento a que haya lugar y justificar; y del segundo, por no haber ejercido con rigor su función de *garante* de derechos de los sujetos procesales, teniendo a la vista que el principio de libertad, cuando menos en teoría, sigue siendo *fundante* en el nuevo modelo procesal.

2.2.4 Individualización de la responsabilidad: en la Fiscalía o en la Rama Judicial. Pero también puede ocurrir que la falla estructural haya sido únicamente de los agentes de la Fiscalía, por haber ofrecido medios irregulares de conocimiento que el juez apreció y aceptó sin poder descubrirse en las pertinentes audiencias (o en la actuación previa a una orden judicial de captura) la irregularidad o falsía de aquellos; en cierto modo, tendría que tratarse de un *engaño* a la Rama Judicial, provocado por la Fiscalía, para obtener una medida restrictiva de libertad que no debió darse. Si así se probare que ha ocurrido, la Fiscalía sería llamada a responder por el daño, sin que necesariamente la deba acompañar en la condena la Rama.

Menos probable que se pueda configurar un evento en que la Fiscalía ha obrado certeramente y acorde con el sistema de fuentes y quien desatinadamente disponga, por ejemplo de oficio, una medida restrictiva lo sea el juez. O que este haya sido determinado ya no por la Fiscalía sino por la petición directa de la víctima y no haya adoptado las cautelas que le competen como *garante* de los derechos de todos.

2.2.5 Conclusión. Todavía en este nivel abstracto debe enfatizarse que serán las circunstancias concretas de cada caso las que permitan esclarecer si deban responder tanto la Fiscalía como la Rama, solo aquella o solo esta, conforme se reconstruya la historia de la actividad penal que el juez administrativo tendrá que examinar, no para desplazar a la jurisdicción natural sino para inferir los presupuestos fácticos y jurídicos de la imputación del daño al Estado en los términos del art. 90 de la Carta²⁵.

Como puede verse en precedencia, al contrario del modelo procesal de Ley 600, se han invertido los roles funcionales y ahora las medidas privativas de libertad están siempre bajo el control de los jueces; la Fiscalía ya no es titular de esa función judicial y actúa como sujeto procesal en todo el proceso penal, pero conserva el monopolio de la acción penal y es la que imputa y acusa, bajo control judicial.

²⁵ TAC, sentencia del 27 de febrero de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850012331002-2012-00050-00. Reiteración en fallo del 19 de junio de 2014, mismo ponente, radicación 850012331002-2012-00019-01.

3.2 PJ2 Los perjuicios morales. Régimen probatorio. Sujeción a investigación penal. *¿Es aplicable la presunción judicial de configuración de perjuicios morales por privación de libertad respecto de la víctima directa y su familia nuclear, frente a eventos de vinculación a investigación penal, imputación y acusación, en la que finalmente recae sentencia absolutoria?*

3.2.1 Tesis. Se trata simplemente de otra modalidad de menoscabo de derechos constitucionales, algunos de estirpe fundamental, que resultan comprometidos por las pesquisas, decisiones y actuaciones de la Fiscalía y, concurrentemente según las circunstancias, de la Rama Judicial. El *hecho lesivo* es común a todas las hipótesis: la sujeción al rigor del poder punitivo del Estado, luego el régimen probatorio es idéntico para todas las configuraciones del daño extrapatrimonial.

3.2.2 Ya en el pasado esta Sala escuetamente señaló que la *presunción judicial* se extiende a las situaciones en que el imputado o acusado no privado de libertad sea sujeto de las pesquisas penales a la postre infundadas, así:

"c.- Las reglas de la experiencia indican que cuando una persona es vinculada a un proceso penal sufre, sobre todo cuando es ilegal e injusta, genera aflicción y dolor moral, tanto para las víctimas como para sus parientes".²⁶

3.2.3 Ya con anterioridad la Corporación había escudriñado variantes de esa problemática conceptual, así:

*Se trata ahora de dilucidar si el Estado debe responder a título de *falla del servicio por error judicial y defectuoso funcionamiento de la jurisdicción penal*, por imputaciones, medidas cautelares y restricciones jurídicas para disponer de bienes, presuntamente hechas sin justificación e irregularmente prolongadas a las que estuvo sometido el actor, a la postre absuelto por el juez natural.*

Tras referenciar la línea horizontal de entonces – valoración de ingredientes subjetivos de la imputación penal – para invocarla como pilares de juzgamiento de *otros eventos*, señaló esta Colegiatura:

A partir de esas premisas abstractas, se fijará el escenario fáctico del fallo, para deducir luego las consecuencias que correspondan a las particularidades del proceso, conforme a los lineamientos trazados por el Consejo de Estado²⁷, sistemáticamente aplicados por el Tribunal en los debates semejantes.

²⁶ TAC, sentencia del 28 de julio de 2011, ponente José Antonio Figueroa Burbano, radicación 150002331000200400704.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE
Reparación 850013333002-2013-00274-02

Se tendrá en cuenta que aquí no se trató de una *privación de libertad*, de manera que las referencias que se citan han de tomarse *mutatis mutandi*, en cuanto las diversas medidas cautelares propias del *ius puniendi* comparten un núcleo esencial: afectan derechos y libertades de las personas; puesto que son diferentes los efectos de las que ahora se ventilan, no procede una transposición en bloque de la argumentación.

[...] De la anterior reseña se infieren las siguientes premisas fácticas para el juzgamiento:

- Existe razonable ilustración acerca de la divulgación de la vinculación formal del demandante a la actuación penal y de su imputación, que lo mantuvieron ligado al proceso penal desde la audiencia de indagatoria hasta el fallo absolutorio de segundo grado. Reglas de experiencia permiten suponer que la perturbación del ánimo que esa situación puede generar en una persona de bien lesiona el núcleo esencial de derechos de la personalidad, tales como la vida digna y el buen nombre; sus efectos constituyen *perjuicio moral* en cuanto no se concretan en la órbita patrimonial por sí mismos, pero causan congoja a quien los sufra.

- No concurre fuente probatoria sólida que acredite satisfactoriamente el detrimento económico que refirió el demandante [...].

En consecuencia, se acepta la configuración de *perjuicios morales* y un daño patrimonial, representado por dos elementos: la pérdida de valor relativo del importe de la caución prendaria (daño emergente) y los intereses que dejó de producir esa suma de dinero durante el tiempo en que estuvo a disposición de las autoridades judiciales (lucro cesante). Nada más²⁸.

3.2.4 No se acoge la perspectiva del a-quo, según la cual tratándose de perjuicios morales por sujeción a investigación penal *debe siempre concurrir prueba oral* que refiera cómo se afectó la órbita íntima del imputado, o la de su familia nuclear. Como lo objetó la recurrente, no existen solemnidades constitutivas de esos hechos ni tarifa legal para probarlos; ni siquiera se trata de reconstrucción de *hechos indicados* a partir de la demostración de sus *indicadores* (indicios), sino de *presunción judicial* fundada en consolidadas reglas de experiencia, según las cuales *nadie que sea injustificadamente sometido a escrutinio y censura penal puede suponerse indiferente* frente a la contingencia jurídica que amenaza su libertad, su patrimonio, su proyecto de vida y, en general, su tranquilidad. Menos, si se *siente* inocente y así al final lo declara su juez natural.

3.2.5 De ahí que deba acudir a un régimen de presunciones similar al que opera para la víctima directa y su familia nuclear acorde con la unificación jurisprudencial dispuesta por el Consejo de Estado. Así se ha dicho sistemáticamente para *privación de libertad*:

²⁷ CE-3ª, sentencias citadas del 4 de diciembre de 2006 (radicado 13168) y del 2 de mayo de 2007 (radicados 15463 y 15989), ponencias del consejero M. Fajardo.

²⁸ TAC, sentencia del 24 de junio de 2010, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850012331002-2008-00341-00.

4.5.1 Conforme a los estándares vigentes en la línea unificada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, seguida por esta Corporación, *basta demostrar la relación parental o la condición de pareja* en el círculo de la *familia* nuclear de quien fue privado de libertad para que se presuma la existencia de perjuicios morales tanto en la víctima directa como en sus allegados más cercanos, pues las reglas de experiencia indican que esa sujeción al imperio del Estado erosiona el núcleo esencial de múltiples derechos, sustrae al afectado del seno de los suyos y de la comunidad, constituye afrenta al buen nombre y a la percepción pública que se tenga de una persona entre quienes lo conocen y tratan y, en general, desata un cúmulo de vejaciones a la persona humana que ella no tiene por qué soportar estoicamente cuando a la postre sus jueces naturales no encuentran fundadas las acusaciones y dejan a salvo la presunción de inocencia²⁹.

4.5.2 Igualmente acorde con esos lineamientos jurisprudenciales, demostrado que la persona privada de libertad tenía ocupación *lícita* y estaba en capacidad productiva cuando el Estado lo redujo a la situación jurídica y material de sujeción penal, hay lugar a la reparación de daño material (lucro cesante) conforme a la duración de la privación y un lapso adicional que los estudios técnicos estadísticos han indicado como mínimo usual para volver a retomar el trabajo remunerado. Si no se demuestra un ingreso diferente, se parte del salario mínimo legal mensual vigente, al que se adiciona un 16,66% por coeficiente de prestaciones sociales, propio del sector privado; el del 25% que suele pedirse y ocasionalmente aplicarse sin argumentación alguna que lo sustente en otros escenarios, es privativo de los empleados estatales³⁰.

No se trata de predicar que deba darse idéntico tratamiento indemnizatorio a los eventos de mera imputación, como si fueran también de privación de libertad; pero sí de darles el mismo manejo probatorio, pues la sola diferenciación del *hecho lesivo* no cambia por sí misma la naturaleza del daño ni del perjuicio reparable: *sin son morales*, esto es, extrapatrimoniales, son suficientes las reglas de experiencia en unos y otros. Aquí tendrá cabida con todo vigor el *arbitrio judicial*, fundado en el art. 16 de la Ley 446 de 1998, pues las *tablas de baremos* del Consejo de Estado solo se ocuparon directamente de la máxima restricción.

4ª El caso concreto

4.1 Desde una óptica diferente a la que desarrolló la sentencia recurrida, el Tribunal ubica el desenlace de este litigio en sede de *título de imputación*, pues a pesar de tenerse que aceptar que están probados el *hecho lesivo* y el *daño resarcible*, debe predicarse rompimiento del *nexo causal* por haber dado lugar la propia víctima directa a que fuera expuesta a captura (de duración incierta, hecho no discutido en la instancia), imputación y acusación, con todas las complejidades y angustias propias de la vinculación a proceso penal.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, ponente Hernán Andrade Rincón, radicación número 68001233100020020254801 (36.149). En lo que atañe a los extrapatrimoniales, se advierte que la Sala **rectificó posición** para plegarse a la sentencia de unificación del superior funcional en fallo del **18 de septiembre de 2014**, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicación 85001-23-31-003-2012-00186-00. Reiteración en sentencias del 25 de septiembre de 2014, ponente José Antonio Figueroa Burbano, raditaciones 850013333002-2013-00032-01 y 850012333001- 2013-00155-00; y del 23 de octubre de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850012333002-2013-00157-00, entre otras.

³⁰ TAC, sentencia reiterativa del 19 de marzo de 2015, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013333002-2013-00217-01.

4.2 En efecto: basta revisar la literalidad de la sentencia absolutoria proferida por el juez natural para encontrar allí expresamente consignado que: i) hubo confusa gresca durante la intervención de la Policía Nacional en las diligencias relacionadas con una servidumbre en el predio La Palma (el Morro – Yopal) el 11 de octubre de 2009; ii) en ella la señora Mendoza Bohórquez *agredió a un policía, lo atacó con una piedra y al parecer lo lesionó físicamente*; iii) la absolución se fundó en *error de tipo*, porque la Fiscalía acusó por *violencia contra servidor público*, sin haber demostrado satisfactoriamente que el policial *estuviera realizando acto propio de sus funciones*, de manera que la violencia ejercida haya estado efectivamente encaminada a *obligarlo a ejecutar o dejar de hacerlo específica función pública* (fol. 9).

De ahí que el juez natural haya advertido que debió acusarse por *lesiones personales*, pues la fuerza pública acudió al lugar sin que al parecer estuviera precedida de órdenes legítimas de autoridades competentes, ni orientada por un juez o por funcionario administrativo competente, aristas que la imputación y la acusación pasaron por alto.

4.3 Luego aquí no se trata de la típica situación de *imputación injustificada*, ni de inexistencia del hecho, ni de exclusión de elementos que estructuran un tipo penal; sino de *error técnico de adecuación típica* en que incurrió la Fiscalía, propiciando así absolución que en otras circunstancias, vista la reseña probatoria del fallo penal, habría podido tener un resultado contrario.

4.4 Ya en otra ocasión, frente a hechos que guardan distante semejanza en su gravedad pero participan de la misma naturaleza (conducta al parecer ilícita del imputado) precisó esta Corporación:

De esa breve reconstrucción, con los limitados recursos probatorios documentales disponibles, esta colegiatura infiere que el señor [...] participó en una actividad que fue denunciada como delictiva; que el señalamiento lo hicieron dos ciudadanos ante la Fiscalía y previamente ante la Policía y que esta acudió ante los llamados de auxilio de otros presenciales, quienes dieron aviso de un atentado en desarrollo y de la fuga de los presuntos y frustrados homicidas en el automotor en que a la postre fueron aprehendidos por el Ejército.

Surge entonces una cadena indiciaria no desvirtuada, que así haya sido encontrada y calificada como incompleta e insuficiente para sostener la condena penal, basta para ubicar a la víctima directa de la captura, imputación, privación de libertad y acusación, en el contexto fáctico que dio lugar a esas determinaciones de autoridad, las cuales no pueden calificarse como *injustas*, menos como *ilegales*, porque a la postre el resultado haya favorecido al imputado por omisiones en las pesquisas del Ejército o de la “SIJIN” o por falta de acuciosidad del Fiscal instructor. Suficiente tiempo y distancia entre el lugar del presunto disparo y la presencia militar concurrieron, trayecto en el que pudieron deshacerse de las tales armas.

En consecuencia, se declara que el señor [...], por sus propios actos, se procuró la lesión al bien jurídico de su libertad, sin que pueda presumirse falla del servicio de justicia, porque el hecho del que fue acusado efectivamente ocurrió y el homicidio por sí mismo es uno de los tipos que describe el Código Penal, que se configura en grado de *tentativa* cuando no se obtiene el resultado buscado, por motivos diferentes a la voluntad del autor, como aquí se dijo que ocurrió, gracias a la inesperada y diestra reacción de la víctima de ocasión. Una falla técnica del proceso penal lo puso a salvo del poder punitivo del Estado; pero ella no legitima que, además, se le otorgue indemnización³¹.

4.5 Similar enfoque puede verse, pese a la línea unificadora de la Sección Tercera y sin apartarse de ella, en el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado:

³¹ TAC, sentencia del 28 de julio de 2011, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850012331002-2010-00162-00.

“Así pues, nada obstaría para entender que, en principio, estamos ante un evento de responsabilidad patrimonial del Estado, con fundamento en la privación injusta de la libertad, sin embargo, dadas las particularidades del presente caso y consecuente con la línea jurisprudencial a la que, igualmente, se aludió en precedencia -de acuerdo con la cual el hecho exclusivo de la víctima, entendido como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el ciudadano, exonera de responsabilidad a la Administración-, no puede menos que concluirse que, con base en los elementos de prueba a los cuales se ha hecho alusión, **está demostrada en el expediente la configuración de la causal eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima**, en el acaecimiento del resultado en que se tradujo la decisión de la Fiscalía General de la Nación al proferir una medida de aseguramiento en su contra, es decir, la pérdida de su libertad.

En este orden de ideas, considera la Sala que la actuación de la señora [...] en el irregular operativo que dio origen a la investigación penal, no se atemperó a los cánones que le eran jurídicamente exigibles en su calidad de servidora pública, en el grado de oficial de la Policía Nacional. Por el contrario, estima la Sala, como en su momento lo hiciera el ente investigador al resolver su situación jurídica con la imposición de medida de aseguramiento, que la hoy demandante, por encontrarse presente y al mando de la patrulla, con su conducta pasiva ante la ocurrencia de las trasgresiones que motivaron la denuncia formulada por el señor [...], **conllevó su vinculación a la investigación, en cumplimiento del deber constitucional atribuido a la Fiscalía General de la Nación** en el sentido de investigar las conductas que pudieran constituirse en delito, en punto a esclarecer su posible responsabilidad penal.

(...) En **casos similares** al que ocupa hoy la atención de la Sala, en los cuales se ha declarado probada la causal eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima, con ocasión de la imposición de una medida de aseguramiento en su contra, la jurisprudencia de esta Sección ha discurrido de la siguiente manera:

“Para la Sala no ofrece duda alguna el hecho de que la señora [...] no obró en la forma debida o, mejor, en la que le era jurídicamente exigible en el desempeño de sus funciones como almacenista. Por el contrario, actuando con negligencia e imprudencia máximas, dado el desorden, la impericia, el desgreño y la incuria con las cuales manejó los bienes y haberes a su cargo, dio lugar a que, cuando se practicó la experticia correspondiente dentro de la investigación penal, apareciera comprometida por los faltantes encontrados en el almacén, lo cual la implicaba seriamente en la comisión del presunto delito que se le imputaba y que dio lugar a que, con el lleno de los requisitos legales -se insiste-, se profiriera la referida medida de aseguramiento en su contra.

Sólo como consecuencia de las diligencias adelantadas posteriormente dentro de la investigación penal y, en especial, con ocasión de la inspección judicial, se logró establecer que el faltante que hacía aparecer el desorden en el cual se encontraba la dependencia en cuestión, realmente no tenía la trascendencia como para ser considerado un hecho punible. Pero los elementos de prueba obrantes en contra de la aquí accionante estuvieron gravitando hasta cuando la propia autoridad pública investigadora se ocupó de establecer que el ilícito no había ocurrido, razón por la cual el proceder negligente, imprudente y gravemente culposo de la víctima, en el presente caso, determina que la misma deba asumir la privación de la libertad de la que fue objeto, como una carga que le corresponde por el hecho de vivir en comunidad, a fin de garantizar la efectividad de la función de Administración de pronta y cumplida Justicia³² [...] ³³.

5ª Conclusiones

5.1 Las particularidades del caso concreto imponen confirmar la decisión recurrida, pero por razones substancialmente diferentes: i) el hecho lesivo ocurrió y está probado; ii) el daño resarcible (perjuicios morales) en discusión en esta instancia se infiere en virtud de presunción judicial fundada en regla de experiencia, en virtud de la sujeción a la

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, expediente 15.463, ponente: Mauricio Fajardo Gómez, criterio reiterado por la Subsección A en sentencia de 9 de octubre de 2013, expediente 33.564.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de julio 2014, ponente Hernán Andrade Rincón, radicación 25000-23-26-000-2005-00189-01(38438). Actor: Marisol Suárez Vargas. Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación y otro.

investigación penal (imputación y acusación, actividades de la Fiscalía, único centro demandado); y iii) el nexo causal se rompió, porque la víctima directa con sus propios hechos dio lugar a que la Fiscalía la sometiera a esas pesquisas y la llevara al estrado. Su exoneración es fruto del error técnico del acusador; no de su demostrada inocencia.

5.2 Otras determinaciones. En la sentencia recurrida se calificó como negligente la conducta del apoderado de los demandantes por no haberse ocupado de probar los perjuicios morales, ni los materiales. Esta colegiatura ha indicado en múltiples ocasiones que esa *percepción* del juzgador en virtud de la cual da noticia a la autoridad disciplinaria ni vincula a quien deba conocer, ni es específico objeto de la alzada. Cada funcionario judicial puede atisbar presuntas conductas reprochables, según su perspectiva, en ejercicio de su autonomía judicial.

No obstante, como aquí se mantendrá la decisión desestimatoria por *hechos propios de la víctima directa* que anteceden a la gestión de su mandatario, de ello debe darse reporte a la autoridad disciplinaria para que pondere privativamente las implicaciones de esa novedad. Nótese que lo relativo a perjuicios materiales fue consentido por la recurrente; no así lo que atañe a morales. El desenlace respecto de estos en nada dependió de lo que haya hecho u omitido el apoderado.

6ª Costas³⁴. No hay lugar a ellas contra la parte vencida, pues no se vislumbra temeridad procesal ni conducta impropia. Es la opción interpretativa que viene siguiendo sistemáticamente la Sala, acorde con la cual la *ponderación* a que alude el art. 188 de la Ley 1437 excluye la solución mecanicista del procedimiento civil: no cabe aquí predicar que *el que pierda paga costas*, pues tendrá además que valorarse cuál fue su comportamiento en el litigio³⁵.

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

RESUELVE:

1º CONFIRMAR en lo que fue objeto de apelación la sentencia desestimatoria proferida por el juez segundo administrativo de Yopal el 9 de marzo de 2015, por la cual definió las pretensiones de NANCY LUZMILA MENDOZA BOHÓRQUEZ y otro

³⁴ La procedencia se rige por el art. 188 CPACA; ver también art. 392 del C. de P.C. y arts. 81 y 365 del C.G.P.

³⁵ Sobre condena en costas en el nuevo sistema por audiencias ver: sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente 850012333002-2012-00201-00; auto de segunda instancia del 21 de marzo de 2013, expediente 850013333001-2012-00030-01 (interno 2013-00180-01); sentencia (ACU) del 25 de abril de 2013, expediente 850012333002-2013-00084-00; sentencia del 20 de junio de 2013, expediente 850012333002-2012-00243-00; autos de segunda instancia del 10 de octubre de 2013, expedientes 850013333002-2013-00194-01 y 850013333002-2013-00203-01; sentencia del 17 de octubre de 2013, radicado 850012333002-2013-00008-00 y del 12 de diciembre de 2013, expediente 850013333002-2012-00104-01; fallo de la misma fecha, radicado 8750013333001-2012-00099-01, toda la serie con ponencias del magistrado Néstor Trujillo González. Exactamente en la misma dirección, fallo del 18 de abril de 2013, radicado 850012331001-2012-00213-00 y autos del 6 y del 11 de junio de 2013, expedientes 850013333002-2012-00074-01 y 850013333-002-2012-00044-01, entre otros, ponencias del magistrado José Antonio Figueroa. La línea es uniforme, ha sido adoptada por la Corporación en pleno y se mantiene incólume hasta la fecha.

contra la NACIÓN (Fiscalía General), pero por las razones indicadas en la motivación de segundo grado.

2º Sin costas en la instancia.

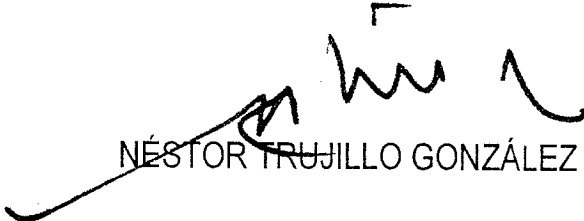
3º Por la secretaría de primer grado remítase copia de esta sentencia a la autoridad disciplinaria a la que se envió la recurrida.

4º En firme el fallo, actualícese el registro, déjese copia auténtica de la decisión y devuélvase el expediente al juzgado de origen al que corresponderá librar las comunicaciones legales.

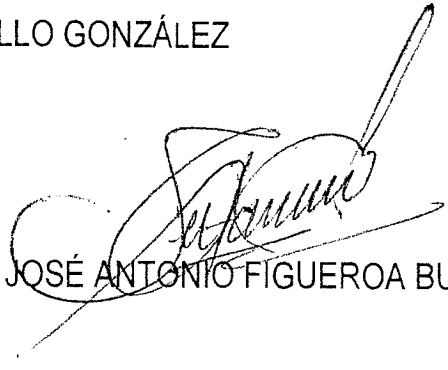
NOTIFÍQUESE

(Aprobado en Sala de la fecha, Acta ^{20 20} . Hoja de firmas xx de xxx, reparación de xxxx y otro, vinculación a investigación penal, sin privación de libertad, Vs. Nación - Fiscalía General-. Confirma desestimatorio).

Los magistrados,


NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ


HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL


JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO

NTG/Eliana