



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN TERCERA**

Juez: *ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE*

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control: Reparación Directa
Radicación: 110013336038201500844-00
Demandantes: Francisco Javier Moreno Riveros y Otros
Demandadas: Nación – Rama Judicial y Otra
Asunto: Fallo primera instancia

El Despacho pronuncia sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, dado que el trámite se agotó en su integridad y no se aprecia ningún vicio que invalide lo actuado.

I.- DEMANDA

1.- Pretensiones

A través del presente medio de control, la parte demandante persigue puntualmente:

1.1. Declarar a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL** y **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** administrativamente responsables por la privación injusta de la libertad ante la captura y detención del señor **FRANCISCO JAVIER MORENO RIVEROS**, desde el 14 de Marzo de 2012 hasta el 15 de Mayo de 2013, con medida preventiva domiciliaria, decisión que cobró ejecutoria el día 25 de septiembre de 2013.

1.2. Condenar a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL** y **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar a los demandantes las siguientes cantidades de dinero por perjuicios morales: A Francisco Javier Moreno Riveros (víctima directa) 100 SMLMV, a Herminda Riveros de Moreno (madre) 90 SMLMV, a Fredy Antonio Moreno Riveros (hermano) 50 SMLMV, a Diana Marcela Moreno Riveros

*Sede Judicial del CAN – Carrera 57 No. 43-91 Piso 5º
Correo: admin38bta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Bogotá D.C.*

(hermana) 50 SMLMV, a Oscar Alejandro Moreno Riveros (hermano) 50 SMLMV y a Edgar Moreno Riveros (hermano) 50 SMLMV.

1.3. Condenar a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar a favor de la parte demandante el 49% de lo que se obtenga, como pago de los honorarios pactados con el apoderado judicial para adelantar el presente asunto.

1.4. Condenar a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar a favor del señor Francisco Javier Moreno Riveros la suma de \$26.047.800.oo, por concepto de lucro cesante.

1.5. Condenar a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar a los demandantes las siguientes cantidades de dinero por daño a la vida de relación, a la salud o las condiciones de existencia: A Francisco Javier Moreno Riveros (víctima directa) 100 SMLMV, a Herminda Riveros de Moreno (madre) 100 SMLMV, a Fredy Antonio Moreno Riveros (hermano) 50 SMLMV, a Diana Marcela Moreno Riveros (hermana) 50 SMLMV, a Oscar Alejandro Moreno Riveros (hermano) 50 SMLMV y a Edgar Moreno Riveros (hermano) 50 SMLMV.

1.6. Condenar a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar a los demandantes los intereses comerciales que causen las sumas concretas a que se contraigan las condenas, dentro de los seis meses siguientes la ajeuctoría de la sentencia.

1.7. Que la condena se imponga en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

2.- Fundamentos de hecho

El Despacho los resume de la siguiente manera:

2.1.- El señor Francisco Javier Moreno Riveros fue capturado el 14 de marzo de 2012 y fue cobijado con medida de aseguramiento de detención preventiva domiciliaria, por parte del Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con función de control de garantías, por el delito de rebelión.

2.2.- La Fiscalía Coordinadora URI Cundinamarca y Amazonas, solicitó la captura del demandante con ocasión a las afirmaciones obtenidas de entrevistas de desmovilizados y autoridades de inteligencia.

2.3.- Los días 11 de diciembre de 2012, 1 de abril y 15 de mayo de 2013, el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá con función de conocimiento, celebró audiencia de juicio oral dentro del proceso penal No. 110016000705200980035, en la que anunció el sentido del fallo de carácter absolutorio a favor del sindicado, el cual fue plasmado concretamente en sentencia del 06 de junio de 2013.

2.4.- La anterior providencia fue confirmada el 18 de septiembre de 2013 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Penal, la que cobró ejecutoria el 25 de septiembre de la misma anualidad.

2.5.- El demandante tuvo que sufragar la suma de \$18.000.000.00, por concepto de honorarios profesionales para la defensa de todo el proceso penal adelantado en su contra.

2.6.- Antes de la captura y la privación de la libertad, Francisco Javier Moreno Riveros se desempeñaba como comerciante y sus ingresos eran sobre el salario mínimo legal mensual vigente.

3.- Fundamentos de derecho

El apoderado de la parte demandante señaló como fundamentos jurídicos los artículos 2, 21, 28 y 90 de la Constitución Política; los artículos 65 y 68 de la Ley 270 de 1996; el numeral 1º del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por el Estado Colombiano a través de la Ley 74 de 1968, numerales 1º, 2º y 3º del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada internamente por la Ley 16 de 1972. Además, transcribió abundantes pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹.

¹ Folios 167-178 C. 1



II.- CONTESTACIÓN

1.- Nación – Rama Judicial

El apoderado judicial designado por esta entidad contestó la demanda con escrito radicado el 24 de marzo de 2017², por medio del cual manifestó su oposición a las pretensiones, enunció que los hechos deben constar en las actuaciones penales y los demás deben ser probados por los demandantes.

Sostuvo que la actuación de los jueces penales con función de control de garantías fue congruente con el sistema penal acusatorio colombiano, en el que se decretó y legalizó la orden de captura del demandante con base en la solicitud del ente investigador fundada en la información oportuna y legamente recogido por la policía judicial.

Asimismo, el juez penal con función de conocimiento respetó el principio de legalidad, al garantizar los derechos del acusado por lo que, dictó su absolución del delito imputado ante la falta de pruebas que lo incriminaran.

Dentro del mismo escrito propuso las siguientes excepciones:

1.1.- Caducidad de la acción y Falta de legitimación en la causa por pasiva: las cuales fueron resueltas desfavorablemente en audiencia inicial celebrada el 19 de octubre de 2017, por lo que, el Despacho se abstiene de transcribirlas y se está a lo resuelto en dicha oportunidad.

1.2.- Ausencia de causa petendi: Esta excepción, en pocas palabras, se sustentó en que los demandantes no logran demostrar que la actuación de los juzgados penales les hayan causado un daño antijurídico, más cuando fue la decisión de un juez la que evitó que Francisco Javier Moreno Riveros continuara vinculado al proceso penal al haberlo absuelto del delito imputado.

2.- Nación – Fiscalía General de la Nación

Esta entidad, por medio de abogada titulada, contestó la demanda con escrito radicado el 27 de marzo de 2017³, por medio del cual admitió unos hechos como ciertos, mientras que respecto de los enumerados como 4 y 15 los adujo

² Folios 232 a 236 C. 2

³ Folios 250 a 265 C. 2

no tratarse de hechos propiamente y en cuanto a los enlistados en la posición 13 y 14, refirió no constarle. Cuestionó igualmente la forma como se tasaron los perjuicios en la demanda, para lo cual se apoyó en fallos de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Sostuvo que la actuación de la Fiscalía no admite reproche porque actuó en cumplimiento de la función que le asignó el artículo 250 de la Constitución, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 3 de 2002, y con base en lo dispuesto en los artículos 305 y 306 de la Ley 906 de 2004, además que la captura que cobijó al demandante no tenía que estar precedida de certeza en torno a los hechos investigados, puesto que ello únicamente se requiere para imponer una condena penal.

Dentro del mismo escrito propuso las siguientes excepciones:

2.1.- Falta de legitimación en la causa por pasiva: Esta excepción, en pocas palabras, se sustentó en que es la Fiscalía General de la Nación quien solicita la imposición de la medida de aseguramiento, pero que en últimas quien toma la decisión es el Juez de Control de Garantías, lo que hace que la entidad carezca de legitimación material en la causa.

Sin embargo, en la audiencia inicial, también se declaró improbadado este medio de defensa en consideración a que el fallo absolutorio a favor del demandante derivó de la petición que elevó el Fiscal del caso, en el sentido de retirar los cargos formulados contra Francisco Javier Moreno Riveros.

2.2.- Inexistencia de daño antijurídico: Su único fundamento es que *“No se aporta certificación expedida por el INPEC que permita establecer que efectivamente el aquí actor estuvo privado de la libertad, o que fue capturado.”*

2.3.- Inexistencia de nexo causal: La apoderado sustentó esta excepción exclusivamente en que *“no se presentó falla en el servicio por parte de la Fiscalía General de la Nación.”*

Por otra parte, el mandatario judicial de la parte actora, con escrito presentado el 20 de junio de 2017⁴, se opuso a la prosperidad de las excepciones planteadas por las demandadas.

⁴ Folios 272 a 281 C. 2

III.- TRÁMITE DE INSTANCIA

La demanda fue presentada el 7 de diciembre de 2015⁵ correspondiéndole por reparto a este Despacho su conocimiento, por lo que, mediante auto de 16 de febrero de 2016 se admitió y dispuso que se hicieran las notificaciones del caso⁶.

Presentadas las contestaciones en la forma arriba indicada, se profirió el auto de 30 de junio de 2017, mediante el cual se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial, la que se surtió el 19 de octubre de 2017, en la cual se agotaron todas y cada una de las etapas previstas al efecto. La audiencia de pruebas se desarrolló el 17 de abril de 2018, en la cual se declaró finalizada la etapa probatoria y se dio traslado para alegar por escrito.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- Parte demandante

El apoderado de esta parte, con documento radicado el 13 de marzo de 2018⁷, reiteró su petición de fallo favorable a sus prohijados, por encontrarse probada la falla del servicio de las demandadas derivada de la falencia probatoria para privar de la libertad al señor Francisco Javier Moreno Riveros, carga que no estaban en la obligación de sobrellevar los demandantes.

2.- Rama Judicial

El mandatario judicial de esta entidad, con escrito presentado el 2 de mayo de 2018⁸, formuló sus alegatos de conclusión iterando la ausencia de responsabilidad en el caso de la referencia.

Además, dedujo que la conducta asumida por la Fiscalía General de la Nación configura la eximente de responsabilidad de Hecho exclusivo de un tercero ante la construcción errada de la teoría del caso que estuvo soportada en información que sólo el ente investigador tenía a su alcance dentro del proceso penal adelantado contra Francisco Javier Moreno Riveros.

⁵ Folio 183 C. 1

⁶ Folio 184 C. 1

⁷ Folios 303 a 310 C. 2

⁸ Folios 311 a 314 C. 2

V.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No rindió concepto.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Este Juzgado es competente para conocer el presente asunto, teniendo en cuenta lo señalado en los artículos 140, 155 numeral 6 y 156 numeral 6 del CPACA.

2.- Responsabilidad Administrativa del Estado – Privación Injusta de la Libertad

La Constitución Política en el artículo 90 consagra la Cláusula General de responsabilidad del Estado, en los siguientes términos: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”*. La referida norma constitucional, tiene su desarrollo en el artículo 140 del CPACA, pero en lo atinente a la responsabilidad derivada del servicio que presta la administración de justicia el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 *“Estatutaria de la Administración de Justicia”*, ha definido tres títulos jurídicos de imputación, a saber: i) El error judicial, ii) La privación injusta de la libertad y iii) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Ahora, el artículo 68 de la mencionada ley señala, en cuanto al título de imputación de privación injusta de la libertad, que *“Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”*.

Respecto del mencionado artículo la jurisprudencia del Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, ha indicado que las entidades judiciales, tanto en la etapa de instrucción como en la de juicio, están facultadas para adoptar medidas de restricción de la libertad de los ciudadanos siempre que exista fundamento jurídico para su decreto, lo que en principio supone que el Estado no está obligado a responder en todos los casos en que existe limitación del derecho a la libertad, sino solo en aquellos eventos en que se afecta sin una razón jurídica válida.

Igualmente, la jurisprudencia ha reconocido el carácter de fundamental del derecho a la libertad, por lo cual, en aras de efectivizar dicha garantía constitucional, venía señalando que el régimen de responsabilidad en casos de privación de la libertad es objetivo, siempre y cuando se presente uno de los siguientes eventos:

1. El hecho investigado no ocurrió
2. El hecho investigado no constituye una conducta punible.
3. El investigado no cometió la conducta que se le endilga.
4. El investigado sea absuelto en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Además, el Consejo de Estado venía manifestando sobre este título de imputación lo siguiente:

“En la tercera [etapa], que es la que prohija la Sala actualmente, sostiene que se puede derivar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación), incluyendo el evento del *in dubio pro reo*, aunque para la privación 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 vea limitado su derecho a la libertad para luego resultar absuelto del cargo imputado.

Y es que en un Estado Social de Derecho la privación de la libertad sólo debería ser consecuencia de una sentencia condenatoria, con el fin de proteger el principio universal de la presunción de inocencia establecido en el artículo 29 de la Constitución.

En consecuencia, se reitera que una vez que el juez de lo contencioso administrativo encuentre probado que el derecho fundamental a la libertad de una persona ha sido vulnerado como consecuencia de una decisión judicial, lo que constituye un daño antijurídico a la luz del artículo 90 de la C.P, debe ordenar su reparación.

En síntesis, la privación injusta de la libertad no se limita a las hipótesis previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y además no interesa que ella sea domiciliaria, domiciliaria, o consista en restricciones para salir del país o para cambiar de domicilio.”⁹

A la luz del anterior pronunciamiento debía verificarse si la absolución del demandante obedeció a la configuración de alguno de los anteriores supuestos, caso en el cual el régimen de responsabilidad bajo el cual debía analizarse el asunto era el objetivo, en el cual bastaba con demostrar el daño antijurídico y

⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección “C” Sentencia de 26 de abril de 2017. Reparación Directa No. 250002326000200601109-01(41879). Actor: Myriam Velásquez Castañeda y otros. Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – DAS – Consejo Superior de la Judicatura y otros. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

el nexo de causalidad, esto es, que fuera imputable a la entidad judicial demandada, para así declarar administrativamente responsable al Estado, sin que fuera necesario evaluar la conducta subjetiva del órgano jurisdiccional, es decir, el eventual funcionamiento irregular, defectuoso o tardío en el curso del proceso penal.

Para ese entonces la jurisprudencia de igual forma había señalado que el Estado se eximía de responsabilidad si se comprobaba que el sindicado había incurrido en culpa exclusiva, tal como lo revela el siguiente extracto:

“Aunque los hechos probados no ofrecieron certeza para establecer la responsabilidad penal del accionante por los delitos que se le imputaron, ello difiere de la responsabilidad que se pretende atribuir al Estado por la privación de la libertad, en la que sí se demostró, según los lineamientos establecidos en la Ley 270 citada y el Código Civil, que la conducta del demandante, constitutiva de culpa grave, fue determinante para que se adelantara investigación en su contra y sufriera el daño que padeció.

Lo dicho, por cuanto la culpa grave es una de las especies de culpa o descuido, según la distinción establecida en el artículo 63 del Código Civil, también llamada negligencia grave o culpa lata, que consiste en no manejar los negocios con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, es decir, aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona imprime a sus actuaciones y que en materia civil equivale al dolo, como lo consagró la norma en cita y que también se presentó en este asunto.”¹⁰

Sin embargo, en reciente pronunciamiento la plenaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó la jurisprudencia en torno a la privación injusta de la libertad bajo la siguiente regla¹¹:

“PRIMERO: MODIFÍCASE LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y **UNIFÍCANSE** criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:

- 1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;
- 2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

¹⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C. Sentencia de 19 de julio de 2017. Reparación Directa No. 250002326000200900138-01(44013). Actor: Agustín Bolívar Díaz y otros. Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional. M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

¹¹ Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2018. Reparación Directa No. 66001-23-31-000-2010-00235-01(46.947). Actor: Martha Lucía Ríos Cortés y otros. Demandado: La Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

3)Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

En virtud del principio *iura novit curia*, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto.”

La nueva posición jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado se basó en razonamientos de los cuales el Despacho solamente se permite retomar los que considera pertinentes para el *sub lite*. Veamos:

“4.3. El principio de presunción de inocencia

La postura hoy vigente de la Sala también se edificó sobre el principio de la presunción de inocencia, en los siguientes términos:

*“d. Todos los argumentos hasta ahora desarrollados cobran mayor fuerza si se tiene en cuenta que tanto el fundamento como los intereses o derechos que se encuentran en juego en asuntos como el sub examine, radicado (sic) en cabeza de la persona preventivamente privada de la libertad mientras se surten la investigación penal o el correspondiente juicio, cuya absolución posteriormente se decide en aplicación del beneficio de la duda, corresponde (sic), ni más ni menos, que a la **presunción constitucional de inocencia**, como garantía consustancial a la condición humana y de la cual, en este tipo de casos, el sindicado goza al momento de ser detenido, la mantiene durante todo el tiempo por el cual se prolonga su privación de la libertad y, en la medida en que nunca puede ser desvirtuada por el Estado, cuando se pone término, definitivamente, al procedimiento penal, la conserva incólume, de manera tal que, sin solución de continuidad, una persona a la que la Carta Política le atribuye y le ha mantenido, sin ambages, la condición de inocente, tuvo que soportar —injusta y antijurídicamente— quizás la más aflictiva de las restricciones a su derecho fundamental a la libertad.*

“Además, desde la perspectiva de la presunción constitucional de inocencia resultaría abiertamente contradictorio sostener, de una parte, que en materia penal al procesado que estuvo cautelarmente privado de su libertad y que resultó absuelto y, por tanto, no condenado —cualquiera que hubiere sido la razón para ello, incluida, por supuesto, la aplicación del principio in dubio pro reo, pues como lo ha indicado la Sección Tercera, no existen categorías o gradaciones entre los individuos inocentes (total o parcialmente inocentes)¹²— el propio Estado lo debe tener como inocente para

¹² “Al respecto, se ha sostenido lo siguiente: *‘La Sala no pasa por alto la afirmación contenida en la providencia del Tribunal Nacional que hizo suya el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el sentido de que la conducta de los implicados no aparecería limpia de toda ‘sospecha’, pues entiende, que frente a la legislación procesal penal colombiana, la sospecha no existe y mucho menos justifica la privación de la libertad de una persona.*

‘(...)

‘La duda, en materia penal, se traduce en absolución y es ésta precisamente a la luz del art. 414 del C.P.P. la base para el derecho a la reparación. Ya tiene mucho el sindicado con que los jueces que lo investigaron lo califiquen de ‘sospechoso’ y además se diga que fue la duda lo que permitió su absolución, como para que esta sea la razón, (sic) que justifique la exoneración del derecho que asiste a quien es privado de la libertad de manera injusta.

‘(...)

‘Ante todo la garantía constitucional del derecho a la libertad y por (sic) supuesto, la aplicación cabal del principio de inocencia. La duda es un aspecto eminentemente técnico que atañe a la aplicación, por defecto de prueba, del principio In dubio pro reo. Pero lo que sí (sic) debe quedar claro en el presente asunto es que ni la sospecha ni la duda justifican en un Estado social de Derecho la privación(sic) de las personas, pues (sic) se reitera, por encima de estos aspectos aparece la filosofía garantística del proceso penal que ha de prevalecer. Aquí, como se ha observado, sobre la base de una duda o de una mal llamada sospecha que encontrarían soporte en un testimonio desacreditado, se mantuvo privado de la libertad por espacio de más de tres años al demandante, para final pero justicieramente otorgársele la libertad previa absolución’ (se destaca) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997, expediente 11.754, actor Jairo Hernán Martínez Nieves)”.

todos los efectos, acompañado siempre por esa presunción constitucional que jamás le fue desvirtuada por autoridad alguna y por lo cual no podrá registrarse anotación en sus antecedentes judiciales con ocasión de ese determinado proceso penal; sin embargo, de otra parte, en el terreno de la responsabilidad patrimonial, ese mismo Estado, en lo que constituiría una contradicción insalvable, estaría señalando que el procesado si estaba en el deber jurídico de soportar la detención a la cual fue sometido, cuestión que pone en evidencia entonces que la presunción de inocencia que le consagra la Constitución Política en realidad no jugaría papel alguno –o no merecería credibilidad alguna– frente al juez de la responsabilidad extracontractual del Estado e incluso, en armonía con estas conclusiones, se tendría que aceptar que para dicho juez tal presunción sí habría sido desvirtuada, aunque nunca hubiere mediado fallo penal condenatorio que así lo hubiere declarado”.

El anterior argumento pierde fuerza en tanto que el principio de la presunción de inocencia no es incompatible con la detención preventiva. Veamos: por un lado, la imposición de esta clase de medida busca asegurar la comparecencia del sindicado al proceso (como lo admite el ordenamiento jurídico)¹³ y, por otro lado, aquel principio sólo resulta desvirtuado una vez se agotan los trámites propios del proceso penal, mediante la decisión de declaratoria de responsabilidad en firme, pues, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución, “*toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable*”, garantía refrendada en tratados internacionales ratificados por Colombia como la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en el artículo 8, dispone que “*toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*”, y como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual prescribe que “*toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*” (artículo 14.2).

Entonces, como las medidas preventivas y las privativas de la libertad son de carácter cautelar, mas no punitivo -pues, según el numeral 3 del artículo 37 del Código Penal, “*la detención preventiva no se reputa como pena*”- puede asegurarse que no riñen, de manera alguna, con la presunción de inocencia, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, dado que esa presunción se mantiene intacta mientras a la persona investigada “*no se le haya declarado judicialmente culpable*” (art. 29 C.P.), esto es, “*mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*” (Convención Americana sobre Derechos Humanos) o, lo que es lo mismo, “*mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*”¹⁴, a pesar de lo cual es válidamente posible limitarle su libertad en forma temporal, tal como lo prevén la Constitución (art. 28¹⁵) y la ley (v.gr. artículo 308 del actual Código de Procedimiento Penal): en efecto, en sentencia C-689 de 1996, al decidir sobre la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 228 de 1995¹⁶, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

“La presunción de inocencia, en la cual descansa buena parte de las garantías mínimas que un Estado democrático puede ofrecer a sus gobernados, no riñe, sin embargo, con la previsión de normas constitucionales y legales que hagan posible la aplicación de medidas preventivas, destinadas a la protección de la sociedad frente al delito y a asegurar la comparecencia ante los jueces de aquellas personas en relación con las cuales, según las normas legales preexistentes, existan motivos

¹³ Artículo 250 de la Constitución, artículo 355 de la Ley 600 de 2000 y numeral 3 del artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

¹⁴ Declaración Universal de derechos Humanos, artículo 11.

¹⁵ “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

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

“En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles” (se subraya).

¹⁶ “Por la cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones”.

válidos y fundados para dar curso a un proceso penal, según elementos probatorios iniciales que hacen imperativa la actuación de las autoridades competentes.

“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 (sic), 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 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”¹⁷ (se subraya).

De igual forma, en sentencia C-695 de 2013, en la que decidió acerca de la constitucionalidad de la expresión “o que no cumplirá la sentencia” contenida en el numeral 3 del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, dicha Corporación reiteró aquella posición, en los siguientes términos:

“En síntesis... las medidas de aseguramiento tienen un carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad del imputado o acusado. No constituyen por ende una sanción como tal, como quiera que su naturaleza siempre será la de una actuación cautelar, eminentemente excepcional, cuyo carácter es meramente instrumental o procesal, más no punitivo, esto es, no debe estar precedida de la culminación de un proceso, pues tal exigencia... desnaturalizaría su finalidad, se insiste, preventiva”.

No obstante, es necesario rectificar la tesis conforme a la cual la medida de aseguramiento de detención preventiva, aun cuando constitucional, pugna con la presunción de inocencia, en primer lugar, porque la libertad no es un derecho absoluto (como luego se expondrá -ver infra, numeral 4.4.) y, en segundo lugar, por cuanto aquella forma de restricción de la libertad no tiene relación alguna con esta última presunción, ni mucho menos comporta un desconocimiento de la misma, ya que, en la medida en que durante el proceso penal no se profiera una sentencia condenatoria, la inocencia del implicado se mantiene intacta; por consiguiente, si la terminación del proceso responde a su preclusión y si, por igual razón, la inocencia de la persona se sigue presumiendo, no hay cabida a hablar de un daño (mucho menos antijurídico) ni de una privación injusta de la libertad sobre la cual se pueda edificar un deber indemnizatorio fundamentado exclusivamente en la vulneración de dicha presunción.

Sobre el particular, ya la Subsección C de esta Sala, en algunos casos, se ha pronunciado en los siguientes términos (se transcribe literal):

“...la Sala entiende que así no se haya logrado desvirtuar la presunción de inocencia, no en todos los casos procede la indemnización, sin que ello menoscabe el derecho constitucional fundamental a la libertad, comoquiera que la antijuridicidad del daño, como elemento que da derecho a la reparación, no puede confundirse con la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en cuanto presupuestos que probados conjuntamente y con certeza judicial, a toda prueba, convergen para desvirtuar la presunción de inocencia.

“Es que la cláusula general de responsabilidad de la administración en todos los aspectos y en materia de privación injusta de la libertad igualmente, reclama de la víctima una conducta ajena a las consecuencias adversas sufridas por ella misma, pues sabido es que a la par de los derechos, los asociados tienen deberes entre los que se debe destacar no incurrir en acciones u omisiones que pongan en entre dicho su cumplimiento, entre los que se tiene el de respetar los derechos ajenos y no abusar

¹⁷ Al respecto, también se puede consultar, entre otras, la sentencia C-774 de 2001.

de los propios, relacionados uno y otro con el de colaborar con la administración de justicia”¹⁸.

Ahora, como se sabe, a medida que transcurre el proceso penal la exigencia de la prueba sobre la responsabilidad en la comisión de un hecho punible es mayor, de modo que, para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva, basta que obren en contra de la persona sindicada del hecho punible indicios graves de responsabilidad penal, según los ya mencionados artículos 388¹⁹ del Decreto 2700 de 1991, 356²⁰ de la Ley 600 de 2000 e, incluso, el 308²¹ del Código de Procedimiento Penal hoy vigente; pero, dicha carga cobra mayor exigencia a la hora de proferir sentencia condenatoria, toda vez que para ello se requiere plena prueba de la responsabilidad. Así, las decisiones que se profieren en cada una de las etapas de la investigación tienen requisitos consagrados en disposiciones adjetivas distintas y, por ello, unos son los requisitos sustanciales que se exigen para que proceda la imposición de la medida de detención preventiva (contemplados en los artículos recién citados), otros los que se dan para calificar el mérito del sumario a través de la resolución de acusación (artículos 441 y 442 del Decreto 2700 de 1991, artículos 397 y 398 de la Ley 600 de 2000 y artículos 336 y 337 de la Ley 906 de 2004) y otros -bien distintos- los existentes para condenar, pues para esto último es preciso, como ya se dijo, tener total convicción, esto es, certeza plena de la responsabilidad del enjuiciado en la comisión del ilícito.

Por consiguiente, puede llegar a ocurrir que estén reunidas las condiciones objetivas para resolver la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento de detención preventiva e, incluso, para proferir resolución de acusación en su contra y que, finalmente, la prueba recaudada permita absolverlo o resulte insuficiente para establecer su responsabilidad penal, evento este último en el cual debe prevalecer la presunción de inocencia o, si es del caso, la decisión debe sujetarse al principio de *in dubio pro reo*, pero nada de ello implica, por sí mismo, que los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan sido necesariamente desvirtuados en el proceso penal y que la privación de la libertad haya sido, por tanto, injusta. Por esta razón, pretender que la imposición de una medida de aseguramiento, como la detención preventiva, se funde en la recaudación de una plena prueba de responsabilidad penal no es otra cosa que la contraposición a los postulados procesales dispuestos para tal fin por el legislador y a las atribuciones que la Constitución ha otorgado con ese mismo propósito a los jueces y a los órganos de investigación.

Ciertamente, unas son las circunstancias en las que a la decisión absolutoria se arriba como consecuencia de la ausencia total de pruebas en contra del sindicado, lo que afecta, sin duda, el sustento fáctico y jurídico de la detención preventiva, pues no puede aceptarse de ninguna manera que, pese a la falta de pruebas o indicios el Estado adopte la decisión de aplicar al investigado esa medida restrictiva de su libertad y le imponga

¹⁸ Sentencia del 28 de mayo de 2015 (expediente 22811). También se pueden ver las sentencias de esa misma Subsección proferidas el 6 de abril de 2011 (expediente 19225), el 28 de mayo de 2015 (33907) y el 30 de abril de 2014 (expediente 27414).

¹⁹ “Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando (sic) contra del (sic) sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso...”.

²⁰ “Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva. “Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso...”.

²¹ “El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga...”.

efectivamente dicha carga y otras, en cambio, son las circunstancias que tendrían lugar cuando, a pesar de haberse recaudado diligentemente la prueba necesaria para proferir medida de aseguramiento y, luego, resolución de acusación en contra del sindicado, se concluye que no hay lugar a dictar una sentencia condenatoria.

En punto a lo anterior, aun cuando, para acudir a la jurisdicción administrativa y reclamar la reparación de los perjuicios que se derivan de la privación de la libertad, no se puede prescindir del pronunciamiento que pone fin al proceso penal, la atención del juez se debe centrar en determinar si el daño derivado de la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva, esto es, la privación de la libertad, se mostró como antijurídico, toda vez que en lo injusto de ella radica la reclamación del administrado, al margen de cómo haya seguido su curso la correspondiente investigación y del sustento fáctico y jurídico de la providencia de absolución o de preclusión, según sea el caso, pues, se reitera, puede suceder que el caudal probatorio no tuvo la suficiente fuerza de convencimiento para llevar al juez a proferir una sentencia condenatoria, pero ello no da cuenta, *per se*, de que la orden de restricción haya llevado a un daño antijurídico.”

Es claro, según la sentencia de unificación que se cita en precedencia, que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad salió del terreno objetivo en que se hallaba, para señalar en su lugar que no habrá injusticia en el confinamiento del implicado si no obstante haberse beneficiado con un fallo absolutorio o con una preclusión de la investigación, la orden de captura que se libró en su contra tuvo un fundamento objetivo y serio.

En estos casos, puntualizó la más reciente sentencia de unificación, que si bien el sindicado sufre un daño, este no alcanza la connotación de antijurídico, siempre y cuando la orden de detención esté basado en pruebas fehacientes que la hagan necesaria y procedente.

4.- Caso en concreto

El señor Francisco Javier Moreno Riveros y algunos de sus familiares más cercanos, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, para que le sean indemnizados los perjuicios derivados de la privación de la libertad de que fue objeto durante el tiempo comprendido entre el 14 de marzo de 2012 y el 15 de mayo de 2013, y por su vinculación al proceso penal hasta el 25 de septiembre de 2013, cuando quedó ejecutoriado el fallo absolutorio dictado por el Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Fusagasugá.

En opinión del abogado de los accionantes en el *sub lite* se configura la privación injusta de la libertad porque el señor Francisco Javier Moreno Riveros fue detenido y vinculado al proceso penal “por entrevistas de

desmovilizados” e “informes del Ejército Nacional”, ya que no se contaba con pruebas contundentes en su contra, hipótesis que se confirma con el fallo absolutorio proferido a su favor.

El Despacho recuerda, pues este es el momento oportuno para hacerlo, que la Sección Tercera del Consejo de Estado le dio un giro radical a su jurisprudencia sobre privación injusta de la libertad. Tomó la sentencia de unificación anterior para desnudar su contrariedad con tratados internacionales adoptados por el Estado Colombiano, con la Constitución Política de 1991 y así mismo con la legislación que puntualmente gobierna lo relativo a la facultad con que cuentan los jueces penales de control de garantías para capturar a las personas que presenten en su contra indicios serios de haber participado en la comisión de delitos.

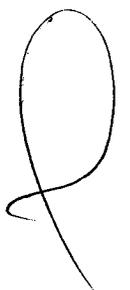
De igual modo, recordó que la captura, en tanto se ajuste a los dictados de la ley, no desconoce el principio de presunción de inocencia, el cual se conserva a favor del implicado hasta tanto se demuestre lo contrario en fallo debidamente ejecutoriado. Esto, gracias a que el estado de conocimiento que se requiere en materia penal no es el mismo para imponer la medida de aseguramiento que para condenar a una persona, debido a que para privar a un sujeto de la libertad se requiere de indicios en su contra, mientras que para condenarla hay que arribar al grado de certeza más allá de toda duda razonable.

Por lo mismo, bajo la actual sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, no es posible hablar de una responsabilidad objetiva de organismos como la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, por el solo hecho de que el sindicado resulte absuelto. Es claro que la absolución, *per se*, no hace injusta la captura de una persona, hoy por hoy, se requiere un esfuerzo probatorio y argumentativo mucho mayor, dado que a la parte actora le concierne demostrar que la medida de aseguramiento no se avino a los parámetros normativos establecidos con tal fin.

Se refiere el Despacho a los artículos 306 y 308 de la Ley 906 de 2004 “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”, que dicen:

“Artículo 306. *Solicitud de imposición de medida de aseguramiento.* El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

*Sede Judicial del CAN – Carrera 57 No. 43-91 Piso 5º
Correo: admin38bta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Bogotá D.C.*



Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.”

“**Artículo 308. Requisitos.** El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. [El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-695 de 2013]

Por tanto, la labor del operador judicial en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, a la luz de la sentencia de unificación recientemente expedida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, no se puede limitar a verificar si la persona privada de la libertad fue absuelta en el proceso penal, pues está visto que esa circunstancia no hace injusta la privación de la libertad impuesta a la misma.

Lo que corresponde hacer, en cambio, es verificar si cuando se impuso la medida de aseguramiento estaban reunidos los requisitos señalados en las normas arriba copiadas. Si no se satisfacían esos presupuestos, claramente se puede afirmar que la confinación fue injusta.

En la sentencia de 6 de junio de 2013²², por medio de la cual el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Fusagasugá – Cundinamarca absolvió al demandante Francisco Javier Moreno Riveros del cargo que le había sido imputado, se relata que la investigación se originó en el informe ejecutivo rendido por el Cuerpo Técnico de Investigación – CTI a la Dirección Seccional de Fiscalías de Fusagasugá, en la que a su vez plasmó información proveniente de la Regional de Inteligencia No. 5, en donde se indicó que las personas conocidas como Reinaldo Bustos Castro y “Francisco Moreno Riveros” (demandante), estarían surtiendo de víveres y remesas al Frente 51 de las FARC, así como realizando labores de inteligencia para hostigamientos y extorsiones a los habitantes de la región del Sumapaz.

²² Folios 52 a 68 C. 1

También se narra en la parte introductoria de ese fallo, que mediante labores de verificación por parte de la policía judicial, se determinó la presencia activa del frente guerrillero en los municipios de Cabrera, Venecia y San Bernardo, entre otros y algunos desmovilizados de la mencionada agrupación guerrillera, en entrevista, dijeron conocerlos como miembros activos de la organización subversiva.

Ante la ausencia de la Audiencia de Legalización de Captura, Formulación de Imputación e Imposición de Medida de Aseguramiento realizada el 14 de marzo de 2012, el Despacho examina el acta suscrita por Luis Gabriel Rodríguez Riveros, en calidad de Secretario del Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías²³ junto con el escrito de acusación de 7 de mayo de esa anualidad²⁴ y establece que el funcionario judicial ordenó la captura, entre otros, del sujeto Francisco Javier Moreno Riveros porque contaba con “*elementos materiales pertinentes*”, como: (i) informe ejecutivo presentado por el CTI de Cundinamarca; (ii) Oficio No. 02626/MD-CGFM-CE-JEM-JEOPE-DINTE-CIME-RIME5-JUD-29 de 10 de septiembre de 2009 de la Regional de Inteligencia Militar No. 5 del Ejército Nacional, que vincula al demandante como integrante del Frente 51 de las FARC, (iii) entrevistas de Jorge Mayorga Rodríguez, Héctor Ricardo Pinzón Rubio, José Alexander Gómez Guzmán y Blanca Meri Parra, desmovilizados del grupo subversivo, (iv) informes de Policía Judicial que al demandante se le conocía bajo el alias de “*Pikus*”.

Ante ese cúmulo de pruebas no se puede cuestionar la actuación de las entidades demandadas porque se haya solicitado y autorizado la privación de la libertad de Francisco Javier Moreno Riveros. En ese momento existían razonables elementos de prueba que indicaban su muy probable vinculación al Frente 51 de las FARC que operaba en el Sector de Sumapaz, específicamente en el municipio de Cabrera - Cundinamarca y por tanto, la adecuación a la conducta punible de rebelión.

Por lo mismo, la medida de detención preventiva domiciliaria que se le impuso resultaba viable a la luz de lo previsto en los numerales 2º del artículo 308, 1º del artículo 310 y 1º del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, dado que Francisco Javier Moreno Riveros, por existir fuertes indicios de que tenía nexos con un grupo subversivo, en efecto representaba un peligro para la

²³ Folios 151 a 153 C. 1

²⁴ Folios 139 a 144 C. 1

seguridad de la sociedad, a quien era menester proteger de manera eficaz, así como a la comunidad residente del municipio de Cabrera.

Así, por estar acreditado que Francisco Javier Moreno Riveros representaba un peligro futuro para la seguridad de la comunidad y ante las evidencias que tuvo en su poder el juez de control de garantías, insiste el Juzgado en que la medida de aseguramiento que se le impuso estuvo ajustada a derecho y se avenía a una de las causales arriba mencionadas, relativa a proteger a la comunidad de la continuidad en la actividad delincinencial.

Por último, si bien es cierto que Francisco Javier Moreno Riveros fue absuelto del cargo imputado, decisión motivada en el *in dubio pro reo*, también lo es que como lo señaló la más reciente sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el régimen de responsabilidad objetiva desapareció y en su lugar se instaló un régimen de responsabilidad subjetiva que obliga a examinar la validez de la medida de aseguramiento de cara a las normas procesales que la gobiernan y del acervo probatorio en contra del sindicado.

Por tanto, el Juzgado negará las pretensiones de la demanda.

5.- Costas

Si bien el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe que “la sentencia dispondrá sobre la condena en costas”, de ello no se sigue necesariamente que ante un pronunciamiento adverso la parte vencida deba ser condenada en costas. Por tanto, el Juzgado considera que en este caso no hay lugar a imponer condena en costas a la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo Oral – Sección Tercera del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

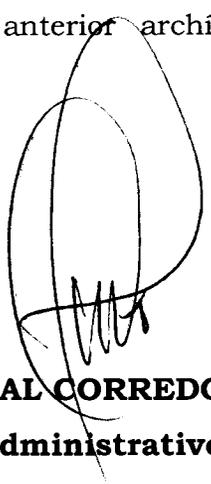
F A L L A

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda de **REPARACIÓN DIRECTA** promovida por **FRANCISCO JAVIER MORENO RIVEROS Y OTROS** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL** y **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: ORDENAR la liquidación de los gastos procesales, si hay lugar a ello. Una vez cumplido lo anterior archívese el expediente dejando las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE
Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.

mdbb

