



República de Colombia
Rama Judicial
Tribunal Administrativo del Tolima
Mag. José Aleth Ruiz Castro

Ibagué, doce (12) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Radicación N°.: 73001-33-33-009-2019-00040-01
Interno: 0383-2020
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: ALBA CRISTINA OSORIO Y OTROS
Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN
EJECUTIVA DE ADMON. JUDICIAL –
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Tema: Privación Injusta de la Libertad.

I- ASUNTO A DECIDIR

De conformidad con lo establecido en los artículos 152-2 y 247 del C.P.A.C.A., procede esta Sala Oral de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por ambos extremos procesales, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno (9°) Administrativo Oral del Circuito de Ibagué el 18 de mayo de 2020, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II- ANTECEDENTES

1. Declaraciones y Condenas (fol. 2-3):

“(…)

Declárese administrativa y solidariamente a LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION representada legalmente por el Dr. NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA y a la RAMA JUDICIAL, representada legalmente por el Dr. JOSE MAURICIO CUESTAS GOMEZ, o por quienes hagan sus veces o por quien haga sus veces, a cancelar y pagar la totalidad de los daños y perjuicios y por los hechos y omisiones conexos o reflejos con éstas, ocasionados a los señores ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO, quien obra en representación de sus hijas menores de edad LAYGYI NATALIA CHICA OSORIO, KEILY ALEJANDRA CHICA OSORIO, MIGUEL ANGEL DELGADO ANACONA, OLIVA LOZANO DE OSORIO, ORLANDO OSORIO ROSAS, GLORIA ESPERANZA OSORIO LOZANO, SONIA PATRICIA OSORIO LOZANO quien obra en representación de sus hijos menores de edad WILLIAM GUTIERREZ OSORIO E ISABEL GUTIERREZ OSORIO, LIDA VIANEY OSORIO LOZANO quien obra en representación de sus hijas menores de edad LAURA YOBEIDI OSORIO LOZANO, JEIDI YULIANA CORDOBA OSORIO, LEYDI MARGARITA OSORIO LOZANO quien obra en representación de sus hijos menores de edad TAÑIA MEYLILIN RUBIO OSORIO, JEAN PAUL RUBIO OSORIO Y FERGUIE RUBIO OSORIO, MARTHA ISABEL OSORIO LOZANO, YEISON GILBERTO OSORIO LOZANO, DIDIER ORLANDO OSORIO LOZANO, YIKIAN STEVEN WU OSORIO, FIKIAN WU OSORIO, SONIA GUTIERREZ OSORIO, con ocasión de la detención injusta, arbitraria e ilegal de la que fue objeto la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO, como consecuencia de la

SENTENCIA ABSOLUTORIA de fecha Veintisiete (27) de Diciembre del año Dos Mil Dieciséis (2016), proferida dentro del proceso penal radicado bajo el número 41001 60 000 000 2014 00015, N.i. 28907, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado en Funciones de Conocimiento de Ibagué- Tolima.

Como consecuencia de la primera declaración condénese solidariamente a la parte demandada LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION representada legalmente por el Dr. NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA y a la RAMA JUDICIAL, representada legalmente por el Dr. JOSE MAURICIO CUESTAS GOMEZ, o por quienes hagan sus veces o por quien haga sus veces, a cancelar y pagar la totalidad de los daños y perjuicios y por los hechos y omisiones conexos o reflejos con éstas, ocasionados a los señores ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO, quien obra en representación de sus hijas menores de edad LAYGYI NATALIA CHICA OSORIO, KEILY ALEJANDRA CHICA OSORIO, MIGUEL ANGEL DELGADO ANACONA, OLIVA LOZANO DE OSORIO, ORLANDO OSORIO ROSAS, GLORIA ESPERANZA OSORIO LOZANO, SONIA PATRICIA OSORIO LOZANO quien obra en representación de sus hijos menores de edad WILLIAM GUTIERREZ OSORIO E ISABEL GUTIERREZ OSORIO, LIDA VIANEY OSORIO LOZANO quien obra en representación de sus hijas menores de edad LAURA YOBEIDI OSORIO LOZANO, JEIDI YULIANA CORDOBA OSORIO, LEYDI MARGARITA OSORIO LOZANO quien obra en representación de sus hijos menores de edad TAÑIA MEYLILIN RUBIO OSORIO, JEAN PAUL RUBIO OSORIO Y FERGUIE RUBIO OSORIO, MARTHA ISABEL OSORIO LOZANO, YEISON GILBERTO OSORIO LOZANO, DIDIER ORLANDO OSORIO LOZANO, YIKIAN STEVEN WU OSORIO, FIKIAN WU OSORIO, SONIA GUTIERREZ OSORIO, con ocasión de Ja detención injusta, arbitraria e ilegal de la que fue objeto la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO, como consecuencia de la SENTENCIA ABSOLUTORIA de fecha Veintisiete (27) de Diciembre del año Dos Mil Dieciséis (2016), proferida dentro del proceso penal radicado bajo el número 41001 60 000 000 2014 00015, N.I. 28907, por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado en Funciones de Conocimiento de Ibagué- Tolima.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, igualmente se condene solidariamente a la parte demandada LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION representada legalmente por el Dr. NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA y a la RAMA JUDICIAL, representada legalmente por el Dr. JOSE MAURICIO CUESTAS GOMEZ, o por quienes hagan sus veces o por quien haga sus veces a indemnizar y a pagar a favor de ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO, la totalidad de los perjuicios incluidos en ellos en ellos el Daño Emergente y Lucro Cesante que le fueron causados como consecuencia de la injusta privación de su libertad, en la cuantía que resulte probada o de las bases que se demuestren en el proceso, debidamente reajustada a la fecha de ejecutoria de la providencia.

2. Fundamentos fácticos (fols. 8-10)

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los hechos relevantes que se sintetizan así:

1. El trece (13) de diciembre del 2013 la Fiscalía Tercera Especializada de Ibagué, procedió a solicitar ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Ibagué, orden de captura en contra de la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO y su compañero permanente el señor MIGUEL DELGADO ANACONA, como presuntos responsables de las conductas punibles de DESPLAZAMIENTO FORZADO Y REBELION, dentro del proceso radicado bajo el número SPOA 41001 60 00 586 2012 04961.
2. El Juez Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Ibagué, procedió a librar la orden de captura número 002688 en contra de la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO. Es así que, el 17 de

diciembre de 2013, la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO, fue llevada a las instalaciones del Gaula – Ejército, donde procedieron a realizar su aprehensión.

3. El 18 de diciembre de 2013 por solicitud de la Fiscal Tercera Especializada de Ibagué, se procedió por parte de la Juez Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Ibagué, a legalizar la captura de la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO, Impartir Legalidad Formal y Material a la Formulación de Imputación como presunta autora del punible de REBELION en concurso heterogéneo y como determinadora de la conducta punible de DESPLAZAMIENTO FORZADO, en la persona del señor JESUS ANTONIO CHICA GONZALEZ, su ex - compañero sentimental, al igual se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión.
4. La Fiscal Cuarta Especializada de Ibagué a quien le había sido reasignado el proceso en contra de la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO procedió a solicitar ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Ibagué, la revocatoria de la medida de aseguramiento de detención en su lugar de residencia.
5. El 14 de febrero de 2014 la Fiscalía Tercera Especializada de Ibagué, presentó escrito de acusación en contra de la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO, generando ruptura de la unidad procesal y asignándole un nuevo radicado correspondiéndole el SPOA 41001 60 00 000 2014 00015.
6. El 27 de marzo de 2014 por reparto le correspondió el conocimiento de la actuación al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Ibagué, quien avocó conocimiento el día 28 de febrero del mismo año.
7. El 27 de diciembre de 2016 el Juez Primero Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Ibagué, acogiendo las solicitudes del Fiscal Séptimo Especializado de Ibagué, profirió sentencia absolutoria a favor de la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO, decisión que fue notificada en estrados, sin interposición de recurso alguno, quedando ejecutoriada en la misma fecha.

3.- Contestación de la demanda.

3.1. Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. (fols. 344-350 vuelto).

Mediante apoderado judicial, la entidad accionada contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma.

Aseveró que no existe daño antijurídico causado por las actuaciones realizadas por el Juez Segundo Penal Municipal de Control de Garantías de Ibagué, ya que la audiencia preliminar se encuentra ajustada a derecho, y no se observa, capricho, arbitrariedad, negligencia o culpa en el actuar del juez, y cada una de los actos desarrollados por el Despacho judicial, se realizaron en cumplimiento de la normatividad vigente y en ningún momento se vulneró el derecho procesal o sustancial, por lo que no existe falla en el servicio y no hay responsabilidad de la Rama Judicial por la privación de la libertad de ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO.

Argumentó que la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué (Tolima), absolvió a la señora OSORIO por duda, motivo por el que no se presenta la causal de responsabilidad contenida en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1992, razón por la cual, no existe responsabilidad del Estado por la privación de la libertad de la demandante, ya que el régimen de responsabilidad es objetivo y no se puede predicar la falla en el servicio.

Refirió que la teoría presentada por la fiscalía al inicio del juicio oral, no encontró respaldo en las pruebas legalmente recaudadas y arrimadas al proceso, por cuanto, tuvo falencias de tipo probatorio que conllevaron a que el Juzgado con Funciones de Conocimiento, no pudiese emitir sentencia condenatoria ante el hecho de que no se encontraba demostrada la participación de la convocante

Indicó que, en la audiencia de imputación e imposición de medidas de aseguramiento que tuvo a su cargo el Juez de Control de Garantías, con base en las pruebas aportadas, se podía inferir de manera razonada la responsabilidad del imputado en el delito endilgado, lo que conllevó a la imposición de la medida de aseguramiento contra la demandante (Art. 308 Ley 906); por manera que el resultado dañoso, resulta imputable a la actuación en cita y por tanto hay carencia absoluta de responsabilidad de la Rama Judicial, por ausencia de nexo causal, pues la privación de la libertad de la accionante, fue producto de la actuación del ente investigador, lo que rompe el nexo de causalidad entre el acto jurisdiccional de privación de la libertad y el daño que se alega como irrogado.

Finalmente, propuso como excepciones: *i)* inexistencia de perjuicios, *ii)* ausencia de nexo causal y *iii)* falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.2 Fiscalía General de la Nación (fols. 355-372).

A través de apoderada judicial, el ente investigador contestó la demanda dentro del término señalado por la ley.

Manifestó que no es posible declarar la responsabilidad de la entidad, toda vez, que dentro del análisis del presente proceso no se evidenció una actuación arbitraria, ni mucho menos existió error judicial y un defectuoso funcionamiento de la administración como pretende hacer ver el demandante en el presente proceso.

Asimismo, objetó la cuantía y juramento estimatorio de los perjuicios razonados por el apoderado de la accionante, señalando que frente a los perjuicios morales solicitados por el demandante los mismos deben ser tasados con base a los pronunciamientos del Consejo de Estado, esto en caso de considerar una sentencia condenatoria para la Entidad.

4. La sentencia impugnada (fls.418-429).

Lo es la proferida el 18 de mayo de 2020 por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de esta ciudad que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Luego de relacionar cada una de las pruebas allegadas al proceso penal y al expediente administrativo indicó la jueza de instancia que surge razonable el reproche jurídico de la parte aquí demandante, en tanto y en cuanto, ciertamente en la causa penal, no se llegó si quiera a descartar la autoría o participación de la acusada, pues lo que se aduce es que no se alcanzó a establecer como mínimo la

tipicidad y existencia de las conductas penales enrostradas, por lo que ni si quiera hubo lugar a abordar un análisis de responsabilidad en la comisión de unos punibles que no existieron.

Tales consideraciones, fueron más que suficientes para que la Jueza de instancia estableciera el juicio de responsabilidad Estatal, abriendo paso a los pedimentos demandatorios y el correspondiente deber resarcitorio del Estado, por el ocasionamiento de un daño antijurídico imputable objetivamente al actuar Estatal.

Añadió que, desde el momento mismo de imposición de la medida de aseguramiento, la fiscalía sostuvo su solicitud en la presunta inferencia razonable de autoría o participación, partiendo de elementos de juicio tales como la declaración del ex compañero de la imputada, además de otros dichos de terceros, con demarcados visos de parcialidad por los antecedentes conflictivos con la entonces imputada, y por la estrecha relación de familiaridad y amistad con el denunciante; lo que deja entrever que se edificó una causa penal sobre bases endebles, controvertibles y poco investigadas.

En razón a lo anterior el Juzgado *a quo* declaró la responsabilidad de las entidades demandadas frente al cargo de privación injusta de la libertad y condenó a la Nación - Rama judicial y la Fiscalía General de la Nación al reconocimiento y pago de los perjuicios morales de la señora Alba Osorio, su compañero permanente, y los padres y hermanos de la víctima, negando las demás pretensiones.

5. Fundamentos de la impugnación

5.1 Parte demandante

Oportunamente el apoderado del extremo activo recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando se adicione el numeral tercero y revoque el numeral cuarto de la providencia y se acceda a la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda.

Consideró que debe reconocerse el pago de los perjuicios morales a los sobrinos de la demandante, pues no solo se acreditó el parentesco con el registro civil de nacimiento de cada uno de ellos, si no también se allegó prueba testimonial donde los deponentes señores JUAN MANUEL PEÑA MORENO, JESSICA PAOLA OLGUIN BONILLA, MARLEN CARDOZO ACOSTA manifestaron al unísono la afectación de todo el grupo familiar, entre los que se hizo alusión a los sobrinos, la cercanía de todo el grupo familiar, la afectación de los mismos, al punto que realizaron rifas y le ayudaban con diferentes actividades para el pago de los honorarios del abogado defensor dentro del proceso penal, es por ello que el no reconocimiento de este grupo de demandantes estaría afectando el derecho a la igualdad, pues en el entorno de la familia, los sobrinos también sufrieron congoja, tristeza, por la detención de su tía.

Frente al daño a la vida en relación y a la postura del *A quo* de no reconocer dicho perjuicio, precisó que la demandante ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO, al estar privada de su libertad, así fuera en su lugar de residencia, sufrió este perjuicio toda vez que, al no tener contacto con el núcleo próximo y extensivo de su familia, dicha relación se vio afectada, generando un distanciamiento entre ellos y la pérdida de la unión familiar.

Asimismo, manifestó no estar conforme con la decisión del *A quo* de no reconocer los honorarios que se cancelaron por concepto de servicios profesionales al abogado defensor, pues se allegó documento de paz y salvo en donde se hace

constar que la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO, canceló VEINTE MILLONES DE PESOS M.CTE. (\$20.000.000), documento que en ningún momento fue objeto de tacha alguna y que si bien se ha presentado un cambio jurisprudencial por parte del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en el entendido de exigir que se allegue documento similar a una factura cambiaría como lo establece el Estatuto Tributario, dicha carga de la prueba afecta de manera ostensible los derechos de quien ha sido afectado con la privación injusta de la libertad, pues trasladarle de paso esta carga probatoria genera una mayor afectación cuando de antaño se reconocía este perjuicio sin miramiento alguno.

La última razón de disenso tiene que ver con el no reconocimiento de los perjuicios materiales en lo que respecta del "*lucro cesante*", frente a ello argumentó que si bien también existió un cambio jurisprudencial por parte del máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no menos cierto es, que al momento de ser privada la señora Alba Cristina Osorio de su libertad se encontraba desempleada, una vez fue restringida su libertad, el día 21 de marzo procedió ante la Juez Segunda de Control de esta ciudad solicitar permiso para trabajar atendiendo una cafetería escolar, permiso al que la Fiscalía Tercera Especializada de Ibagué se opuso y por consiguiente la Juez procedió a negar, y es precisamente en atención a esta situación, que se hizo más gravosa la afectación del derecho a la libertad de la demandante, ya que no pudo laborar para garantizar su mínimo vital y el de su núcleo familiar, razón por la que consideró se debe revocar el numeral 4º de la sentencia objeto de alzada.

5.2 Consejo Superior de la Judicatura – Rama Judicial

Manifestó que en el presente caso no se predica la falla en el servicio en el actuar del operador judicial, ya que en principio, se debe estudiar el régimen de responsabilidad subjetivo, desde la existencia del daño antijurídico causado en el actuar del operador judicial, situación que no se observa que exista en el presente caso, ya que la actuación del juez de conocimiento, se produjo en cumplimiento de un deber legal, dando aplicación a los requisitos objetivos consagrados en la Ley 906 de 2004, por lo que la orden de captura no fue una medida arbitraria, tampoco estuvo al margen de lo dispuesto en la Ley 906.

Por lo anterior, indicó que no existe daño antijurídico causado a la accionante, ya que la orden de captura se realizó en cumplimiento de un deber legal y en aplicación de la Ley 906 de 2004; así como la captura, se realizó con base en los elementos materiales probatorios presentados por la fiscalía general de la nación, razón por la cual en el caso objeto de estudio se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues como se encuentra demostrado en el expediente el juez de conocimiento tomó una decisión ajustada a la normatividad vigente, y en ese sentido el tiempo por el que estuvo privada de la libertad no desencadena responsabilidad en la Rama Judicial, ya que la inexistencia del actuar caprichoso y arbitrario en el operador judicial genera necesariamente la falta de legitimación en la causa por pasiva a favor de la Rama Judicial.

Reiteró que no se puede condenar al Estado cuando se presenta el caso de *in dubio pro reo* o cuando operó una atipicidad subjetiva, pues en la sentencia SU-072 se estableció que sólo se puede condenar al Estado por privación injusta de la libertad cuando se pruebe que la decisión que tomó el operador judicial fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, no siendo aplicable la condena al Estado en aquellos eventos en los no se demuestre que la decisión de privar de la libertad fue arbitraria

5.3 Fiscalía General de la Nación.

Oportunamente el apoderado recurrió la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, reiterando todas las apreciaciones expresadas en la demanda y los alegatos de conclusión que fueron presentados en su oportunidad.

Insistió en que le corresponde a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, adelantar la investigación, para de acuerdo con el acervo probatorio obrante en este momento procesal, solicitar como medida preventiva la detención del sindicado, si lo cree conveniente, correspondiéndole al Juez de control de garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, para luego establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir que en ultimas si todo se ajusta a derecho, es el Juez de Control de Garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento.

Aseveró que FISCALIA GENERAL DE LA NACION, adelantó la investigación, de acuerdo con el acervo probatorio obrante en ese momento procesal y así solicitó como medida preventiva la detención de la sindicada, y ya le correspondió al Juez de Control de Garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por mi representada, para luego si establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento es decir que en ultimas fue este juez quien decreto la medida de aseguramiento, por tanto, no es de recibo la pretensión del demandante de declarar administrativamente responsable a la Fiscalía, por falla del servicio por error judicial, ya que si bien es cierto se dio esta medida, ella no fue proferida la entidad.

Por lo tanto, consideró que la Fiscalía no incurrió en error judicial con la hoy demandante y en consecuencia no está llamada a responder administrativa y patrimonialmente en el *sub judice*, por cuanto no existió omisión, ni extralimitación por parte de la entidad en el desarrollo de sus funciones constitucionales y legales y al no haberla, no debió demandarse.

Por último, advierte que para proferir la medida de aseguramiento no es necesario que en el proceso existan pruebas que conduzcan a la certeza sobre la responsabilidad penal del sindicado, pues este grado de convicción solo es necesario para proferir sentencia condenatoria.

III. TRAMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 07 de octubre de 2020 se admitió el recurso de apelación interpuesto por *el apoderado del extremo activo*, y por considerar innecesaria la celebración de la audiencia de que trata el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A., mediante proveído del 02 de junio de 2021 se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para formular por escrito sus alegatos de fondo, término dentro del cual concurrieron los apoderados de:

- Parte demandada - Fiscalía General de la Nación:

Al respecto, expuso que los procedimientos adelantados por la Fiscalía se adecuaron a lo dispuesto en el artículo 250 de la Constitución Política y a la ley sustancial y procesal penal vigente para la época de los hechos, recalcando que la Ley 906 de 2004 restringió las funciones y atribuciones judiciales a los fiscales, por esta razón, manifestó nuevamente que la privación de la libertad del demandante fue una decisión exclusiva del Juez de Control de Garantías y no de la Fiscalía General de la Nación, enfatizando así que existe una falta de legitimación en la

causa por pasiva, finalmente, dispuso que deben declararse imprósperas las pretensiones del demandante al no haber probado la privación injusta de la libertad.

- Parte demandada - Nación – Rama Judicial:

La demandada se ratificó en los argumentos de su defensa, se refirió a la legalidad y normalidad del actuar del Juez Penal de Conocimiento al haber absuelto al demandante al no tener certeza más allá de toda duda frente a la tipicidad de los delitos, así como frente a su responsabilidad penal, no por ello los actos jurisdiccionales restrictivos de la libertad del accionante fueron actos ilegales y/o arbitrarios, por lo tanto insiste en que no hay una falla del servicio, ni error jurisdiccional ni mucho menos privación injusta.

Por último, concluyó que debe hacerse un análisis crítico del material probatorio para efectos de estudiar una eventual exoneración penal en aplicación a la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado radicación N° 54001233100020000183401 (30134) del 10 de agosto de 2015.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Competencia.

Es competente esta colegiatura para desatar la apelación contra la sentencia proferida el pasado 18 de mayo de 2020 por el Juzgado Noveno (9°) Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, según voces del artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al definir que son apelables las sentencias de primera instancia proferidas por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico.

Conforme con lo señalado en el recurso de alzada, corresponde a la Sala determinar si se configuran o no todos y cada uno de los elementos constitutivos de responsabilidad administrativa en contra de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por los presuntos daños y perjuicios reclamados por los demandantes, como consecuencia de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva domiciliaria dictada en contra de la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO.

Si una vez realizado el correspondiente estudio, la Sala considera que existe responsabilidad administrativa de las entidades demandadas, determinará si resulta procedente el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios morales a los sobrinos de la demandante y daño a la vida en relación a los demandantes, así como el pago de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y daño emergente, que fueron negados por la juez *A- quo*.

3. Tesis planteadas.

3.1. Tesis de la parte demandante.

Sostuvo que la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN deben ser declaradas responsables de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO durante el periodo comprendido entre el 18 de

diciembre de 2013 hasta el 30 de abril de 2015, para un equivalente a 16 meses y 12 días, pues el proceso penal seguido en su contra culminó con sentencia absolutoria proferida por el Juez Primero Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Ibagué.

3.2 Tesis de la parte demandada.

3.2.1. Nación – Rama Judicial.

Precisó que la NACIÓN – RAMA JUDICIAL no puede ser declarada responsable, toda vez que el Juez Segundo Penal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué actuó conforme a derecho y según el procedimiento que la Ley establece para adelantar un proceso penal bajo el sistema penal acusatorio, decretando la medida de aseguramiento al demandante, obedeciendo a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación, además, argumentó que el resultado dañoso es producto de la actuación del ente investigador al no contribuir con la recolección de los elementos de prueba necesarios para sostener su tesis de la conducta delictiva lo que derivó en la absolución por parte del Juez Primero Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Ibagué con fundamento en la duda a favor del reo.

3.2.2 Fiscalía General de la Nación.

Aseveró que no se configuran los elementos de la responsabilidad administrativa en cabeza del ente acusador, por cuanto la investigación seguida contra de la señora ALBA CRISTINA OSORIO se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales vigentes para la época de los hechos, actuación de las cuales no resulta ajustado a derecho precisar un defectuoso funcionamiento de la justicia, ni la incursión en alguna clase de error, ni mucho menos la privación injusta de la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO.

3.2.3 Tesis del Juzgado de Primera Instancia.

Consideró que las pretensiones incoadas en la demanda cuentan con vocación de prosperidad, pues desde la actual perspectiva adoptada de manera Unificada por la Corte Constitucional, y conforme los presupuestos del art. 90 de la Constitución Nacional, dadas las circunstancias en que ocurrieron los hechos objeto de escrutinio por esta Instancia, dentro de la causa penal seguida en contra de la señora Alba Cristina Osorio Lozano, se le compelió injustamente a soportar una medida privativa de la libertad, que aunque domiciliaria, apareció claramente desproporcionada e injustificada, pues como se vio de los medios de convicción arrimados, el juicio penal en su contra fue desestimado por la atipicidad e inexistencia de los punibles endilgados por la Fiscalía, esto es, ni siquiera existió la duda razonable de autoría o participación ya que de tajo se descartó la existencia de los delitos como así lo previno el Juez de Instancia penal, es por ello que con lógica subyace, la medida a cuyo sometimiento se vio compelida la demandante, se tornó injusta, desproporcionada e irrazonable, cuyo perjuicio es necesario resarcir.

4. Tesis del Tribunal.

De conformidad con el material probatorio allegado al expediente, la Sala considera que la NACIÓN – RAMA JUDICIAL y LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN deben ser declaradas patrimonial y administrativamente responsables de los daños y perjuicios causados a los demandantes, como consecuencia de la privación

injusta de la libertad de la que fue víctima la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO quien finalmente fue absuelta por duda sobre la atipicidad de los delitos, así como frente a su responsabilidad penal.

Asimismo, la Sala reconocerá los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a la señora ALBA CRISTINA OSORIO. Respecto de los perjuicios por daño a la vida en relación solicitados por los accionantes, los daños morales a favor de los sobrinos de la señora Osorio Lozano, y los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, se confirmará la decisión proferida por la Jueza *A quo*, que negó el reconocimiento y pago de las mismas.

5. Desarrollo de la Tesis de la Sala.

5.1.- La responsabilidad patrimonial del Estado.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y se requiere de la concurrencia de varios elementos a saber: **(i)** el daño antijurídico, **(ii)** la imputabilidad jurídica y fáctica del daño a un órgano del Estado y, **(iii)** el nexo causal entre el daño y la actuación u omisión de la administración.

El **Daño Antijurídico** es entendido jurisprudencialmente *como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación* (Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P: Alier E. Hernández Enríquez).

De acuerdo a una debida interpretación del artículo 90 Constitucional, el H. Consejo de Estado¹ ha enseñado que, la responsabilidad del Estado se origina, de un lado, cuando existe una lesión causada a la víctima que no tiene el deber jurídico de soportar y, de otro, cuando esa lesión es imputable fáctica y jurídicamente a una autoridad pública. Dicha Tesis fue avalada por la Corte Constitucional en Sentencia C-333 de 1993, en donde expresó, que además de constatar la antijuridicidad del daño, el juzgador debe elaborar un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión.

Al referirnos a la **imputación jurídica y fáctica**, debemos remitirnos a lo explicado por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado que considera que *“imputar, para nuestro caso, es atribuir el daño que padeció la víctima al Estado, circunstancia que se constituye en condición sine qua non para declarar la responsabilidad patrimonial de este último (...) la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas en desarrollo del servicio público o en nexo con él, excluyendo la conducta personal del servidor público que, sin conexión con el servicio, causa un daño”* (Sentencia del 21 de octubre de 1999, expediente 10948, M.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez).

A partir de la disposición constitucional señalada, la jurisprudencia y la doctrina contencioso administrativa han desarrollado distintos regímenes de responsabilidad imputables al Estado, como *(i)* el subjetivo, que se basa en la teoría

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, de fecha 01 de marzo de 2006.

de la falla del servicio y (ii) el objetivo, que obedece a diferentes situaciones en las cuales la entidad demandada está llamada a responder, por un lado, con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, caso en el cual se habla del régimen del riesgo excepcional, y por otro, debido a la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, caso en el cual estamos en presencia del régimen del daño especial, por ende, corresponde al Juez analizar los hechos de cada caso concreto y determinar el régimen de responsabilidad aplicable, para resolver el asunto sometido a su consideración de acuerdo con los elementos probatorios allegados, aunque el demandante haya encuadrado el contencioso en un título de imputación disímil, pues en acciones de reparación directa, domina el principio de *iura novit curia*.

Reliévese que para efectos de determinar la responsabilidad de la administración a la luz del régimen de imputación objetiva, resulta irrelevante el análisis de la licitud o ilicitud de la conducta asumida por los agentes estatales; con la aclaración que, de todas formas, en los casos en que esté demostrada la culpa de la administración, es loable que se analice la responsabilidad patrimonial del Estado bajo la óptica de la falla del servicio², por ser la cláusula general de compromiso y el título de imputación de responsabilidad del Estado por excelencia, aunado a que con la prueba de la falla, la propia administración podrá iniciar de forma ulterior la acción de repetición contra el agente que dolosa o culposamente hubiere producido el daño.

De otro lado, en cuanto al **nexo de causalidad**, nuestro Órgano de Cierre³, trayendo a colación apartes de la Doctrina Francesa ha considerado que éste es el elemento principal en la construcción de la responsabilidad, esto es la determinación de que un hecho es la causa de un daño, pues desde el punto de vista teórico resulta fácil, en criterio de los autores, diferenciar el tratamiento del nexo de causalidad dentro de los títulos objetivo y de falla en el servicio. En tratándose de esta última, la relación de causalidad se vincula directamente con la culpa, con la irregularidad o la anormalidad.

5.2.- El derecho a la libertad individual.

Dentro del catálogo de derechos contenido en la Constitución Política, la garantía de la libertad ocupa uno de los pilares fundantes de la institucionalidad del Estado desde el punto de vista de la teoría contractualista⁴, y a su vez, reviste la posición de derecho fundamental previsto en el artículo 28 Constitucional y emerge como el hilo conductor de todo el ordenamiento democrático que propende por su respeto en todas las manifestaciones del poder público y, fundamentalmente, constituye un aspecto a tener en cuenta para el juez de responsabilidad extracontractual del Estado.

Es por esto que la limitación o restricción al derecho de libertad lleva consigo un desequilibrio en las cargas públicas del ciudadano, que, en principio, no está obligado a soportar, en tanto no haya una razón jurídica que imponga tal carga,

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dr. MAURICIO FAJARDO GOMEZ, proferida el 11 de noviembre de 2009, Radicación número: 05001-23-24-000-1994-02073-01(17927), Actor: Elizabeth Pérez Sosa y Otros, Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 10 de agosto de 2005, Rad. 73001-23-31-000-1997-04725-01(15127).

⁴ Entiéndase la teoría contractualista desde el punto de vista de la obra el Leviatán escrita por Thomas Hobbes, perspectiva desde la cual los administrados entregan sus libertades a un ente ficticio (el leviatán - estado) en aras de proporcionar seguridad, en su vida y bienes, evitando sobremanera el miedo a una muerte violenta, debido a que el hombre *per se* es malo y la función de la institución estatal se circunscribe a enderezar su naturaleza y en consecuencia regulando su conducta para poder vivir en sociedad mediante la limitación de sus derechos y libertades.

como es la comisión de una conducta punible, caso en el cual el particular puede ser restringido o privado del ejercicio de la libertad.

5.3.- Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de la Libertad - Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

Previamente a examinar los presupuestos de responsabilidad administrativa aplicables al caso, la Sala estima necesario precisar que la demanda de la referencia tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, por razón de una privación injusta de la libertad del demandante Milton César Sánchez López ocurrida en vigencia de la Ley 270 de 1996⁵, que establece:

“ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

“En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

(...)

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

Igualmente es preciso recordar que el H. Consejo de Estado ha considerado en varias oportunidades que, a pesar de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad es absuelta por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991⁶, se configura un evento de detención injusta y, por lo tanto, procede la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política.

Al respecto, en sentencia de 2 de mayo de 2007, precisó:

“Como corolario de lo anterior, ha de entenderse que la hipótesis precisada por el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en la cual procede la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado por detención injusta, en los términos en que dicho carácter injusto ha sido también concretado por la Corte Constitucional en el aparte de la sentencia C-036 (sic) de 1996 en el que se analiza la exequibilidad del proyecto del aludido artículo 68 -y que se traduce en una de las diversas modalidades o eventualidades que pueden generar responsabilidad del Estado por falla del servicio de Administración de Justicia-, esa hipótesis así precisada no excluye la posibilidad de que tenga lugar el reconocimiento de otros casos en los que el Estado deba ser declarado responsable por el hecho de haber dispuesto la privación de la libertad de un individuo dentro del curso de una investigación penal, siempre que en ellos se haya producido un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

“Tal es la interpretación a la que conducen no sólo las incuestionables superioridad y preeminencia que le corresponden al citado canon constitucional, sino también una hermenéutica armónica y sistemática de los comentados preceptos de la misma Ley 270 de 1996, así como los razonamientos plasmados por la propia Corte Constitucional en la sentencia C-036 (sic) de 1997 (sic), mediante la cual los encontró ajustados a la Carta Fundamental. En consecuencia, los demás supuestos en los cuales el juez de lo contencioso administrativo ha encontrado que la privación de la libertad ordenada por

⁵ Norma que entró en vigencia el 7 marzo de 1996.

⁶ “Artículo 414. **Indemnización por privación injusta de la libertad.** Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”.

autoridad competente ha conducido a la producción de daños antijurídicos, con arraigo directamente en el artículo 90 de la Carta, tienen igualmente asidero tanto en la regulación que de este ámbito de la responsabilidad estatal efectúa la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con este asunto. De manera que aquellas hipótesis en las cuales la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado –a la que se hizo referencia en apartado precedente- [responsabilidad del Estado por la privación de la libertad de las personas al amparo de la vigencia del artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal] ha determinado que concurren las exigencias del artículo 90 de la Constitución para declarar la responsabilidad estatal por el hecho de la Administración de Justicia al proferir medidas de aseguramiento privativas de la libertad, mantienen su aplicabilidad tras la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996..”⁷ (Resalta la Sala).

De la misma forma, nuestro Órgano de Cierre ha señalado que las hipótesis establecidas en el artículo 414 antes citado, al margen de su derogatoria, continúan siendo aplicables a hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sin que ello implique una aplicación *ultractiva* del citado precepto legal, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, pues, en virtud del principio *iura novit curia*, el juez puede acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar su decisión.⁸

En relación con la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas, dispuesta como medida de aseguramiento dentro de un proceso penal, la jurisprudencia a lo largo del tiempo no ha sostenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretar y aplicar el citado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, lo cual fue recapitulado en providencia proferida por Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, de fecha 14 de septiembre de 2016, dictada dentro del proceso con Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00210-01(43562).

En efecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado se ha desarrollado en distintas direcciones, así:

Una primera línea, que podría calificarse de *restrictiva*, parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados⁹. Posteriormente, se dice que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención¹⁰.

Una segunda línea entiende que, en los *tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P.* -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, *la responsabilidad es objetiva*, por lo

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente: 15.463, actor: Adielia Molina Torres y otros.

⁸ En este sentido, la Sección Tercera, Subsección C en Sentencia de 19 de octubre 2011, expediente 19.151, precisó: “...no se avala una aplicación *ultractiva* del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. No quiere ello significar, entonces, que se estén modificando los efectos en el tiempo de una norma que se encuentra claramente abrogada. Sin embargo, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio *iura novit curia*, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma (...).”

⁹ Sección Tercera, Sentencia de 1 de octubre de 1.992, exp. 7058.

¹⁰ Sección Tercera, Sentencia de 25 de julio de 1.994, exp. 8666.

que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa¹¹. Se consideró que, en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “*injusto*” sino “*injustificado*” de la detención¹².

En el marco de esta segunda línea, el artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal contenía dos preceptos¹³: *el primero*, previsto en su parte inicial, señalaba que “*quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios*”, disposición que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad del Estado por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual requiere su demostración bien por error o bien por ilegalidad de la detención; *el segundo* en cambio, tipificaba los tres precitados supuestos –absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible –, los cuales, una vez acreditados, dan lugar a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, evento en el que no es menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad.

Una tercera línea jurisprudencial morigera o modula el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, pues ello implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada; además, amplía, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*¹⁴.

En la actualidad y para aquellos casos en los cuales resulta aplicable el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, por haberse configurado la privación de la libertad de una persona bajo los supuestos previstos en dicha norma, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha venido acogiendo el criterio objetivo, con fundamento en que la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluye la investigación o es absuelta porque nada tuvo que ver con el delito investigado, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia.

Igualmente, la Alta Corporación ha precisado que el daño también puede llegar a configurarse en aquellos eventos en los que la persona privada de la libertad es exonerada por razones distintas a las causales previstas por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. Así ocurrió, por ejemplo, en sentencia de 20 de febrero de 2008, donde se declaró la responsabilidad de la Administración por la privación injusta de la libertad de una persona que fue exonerada en el proceso penal por haberse configurado una causal de justificación de estado de necesidad¹⁵.

Debe precisarse, en todo caso, que si las razones para la absolución o preclusión de la investigación obedecen a alguna de las tres (3) causales previstas en la parte

¹¹ Sección Tercera, Sentencia de 15 de septiembre de 1994, exp. 9391.

¹² Sección Tercera, Sentencia de 17 de noviembre de 1.995, exp. 10056.

¹³ RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Germán: “Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad”, Memorias del décimo encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Consejo de Estado, Riohacha, junio de 2003, pág. 107.

¹⁴ Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 1997, exp. 11.754.

¹⁵ Sentencia de 20 de febrero de 2008, expediente: 15.980.

final del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal o –en la opinión mayoritaria de la Sala- a la aplicación de la figura del *in dubio pro reo*, se está frente a un daño imputable al Estado, por privación injusta de la libertad, el cual debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política; no obstante, si se presenta un evento diferente a éstos, deberá analizarse si la medida que afectó la libertad fue impartida “*injustamente*” (C-037/96), caso en el cual el ciudadano debe ser indemnizado por no estar en el deber jurídico de soportarla.

Esta posición no debe tomarse como una camisa de fuerza para que, en todos los casos en que se presente una privación de la libertad y, posteriormente, el procesado resulte absuelto o se precluya la investigación en su favor por aplicación del *in dubio pro reo*, necesariamente se configure una responsabilidad del Estado, pues tal y como también lo precisó el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, en sentencia del 30 de abril de 2014 dentro del expediente con radicación número: 25000-23-26-000-2001-01145-01(27414), cuyo ponente fue el Consejero Danilo Rojas Betancourth, cuando se produce una decisión absolutoria derivada de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, éste supuesto no se concibe al abrigo del principio *in dubio pro reo* en sentido estricto, por cuanto, en estos eventos es necesario que la parte demandante en el proceso contencioso administrativo de reparación demuestre, de manera clara, que la privación de la libertad se produjo a partir del error del funcionario, o del sistema, derivado éste de una ausencia probatoria que sustentara la detención preventiva, siendo necesario demostrar que la medida de aseguramiento fue arbitraria, es decir, que se propició por una negligencia del funcionario encargado de la investigación y/o el juicio penal, razón por la cual, en casos como estos el *in dubio pro reo* es meramente aparente y, por ende, la responsabilidad se desprende de las reglas que gobiernan el régimen de imputación subjetivo.

Lo anterior, sin perjuicio de que el daño haya sido causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima, o en el evento de que ésta no haya interpuesto los recursos de ley, pues en esos casos el Estado quedará exonerado de responsabilidad.

Es conveniente resaltar que, desde la propia preceptiva constitucional, es claro que la libertad personal, como valor superior y pilar de nuestro ordenamiento, es un auténtico derecho fundamental que sólo admite limitación “*en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley*”.

Por lo demás, aunque la detención preventiva emerge como un instrumento válido para el desarrollo del cometido estatal de perseguir los delitos, desde una perspectiva democrática no puede olvidarse que nuestro Estado de derecho reconoce –sin discriminación alguna- la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 de la C. P.) y, por lo mismo, la Constitución, sin ambages, señala, dentro de los fines del Estado, el de garantizar la efectividad de los derechos, entre ellos el de la libertad, como ámbito de autodeterminación de los individuos (artículo 2 de la C. P.), en el marco de aplicación del principio universal de presunción de inocencia (artículo 29).

Así mismo, sobre el derecho a la libertad, el artículo 28 de la Constitución Política de 1991 señala que:

“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 (36) 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”.

Ese mismo derecho está regulado en otras normas jurídicas, así:

- En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante la Ley 74 de 1.968, se expresa que *"Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta..."*.

- En la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1.972, se dice que: *"1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas"*.

De lo anterior se infiere que la libertad es un derecho fundamental, restringido en eventos precisos y bajo condiciones de orden constitucional o legal.

La presunción de inocencia también es de categoría Constitucional, pues, según el inciso cuarto del artículo 29 de la Carta Política, *"Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable"* y, por tanto, las autoridades judiciales competentes tienen el deber de obtener las pruebas que acrediten la responsabilidad del implicado¹⁶.

Se precisa, igualmente, que no puede tenerse como exoneración de responsabilidad, en estos casos, el argumento según el cual todo ciudadano debe asumir la carga de la investigación penal y someterse a la detención preventiva, pues ello contradice los principios básicos consagrados en la Convención de Derechos Humanos y en la Constitución Política.

En ese contexto, se concluye que, cuando se produce la exoneración del sindicado, mediante sentencia absolutoria o su equivalente, por alguna de las causales previstas en el citado artículo 414 del C. de P. P., las cuales se aplican a pesar de la derogatoria de la norma, o –en la opinión mayoritaria de la Sala- por virtud del *in dubio pro reo*, el Estado está llamado a indemnizar los perjuicios que hubiere causado por razón de la imposición de una medida de detención preventiva que lo hubiere privado del ejercicio del derecho fundamental a la libertad, pues, de hallarse inmerso en alguna de tales causales, ningún ciudadano está obligado a soportar dicha carga, e incluso hay lugar a indemnización por otras causales cuando se demuestre el carácter injusto o arbitrario de la detención.

La Corte Constitucional, tuvo la oportunidad de pronunciarse en relación a la Constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 270 de 1996¹⁷, allí precisó, que la responsabilidad del Estado deriva de los artículos 6, 28, 29 y 90 de la Constitución Política y que en todo caso, debe tenerse en cuenta que la actuación de la administración pública debe ser abiertamente desproporcionada y violatoria de los

¹⁶ Sentencia C - 397 de 1997, de 10 de julio de 1997.

¹⁷ Sentencia C-037 de 1996

procedimientos legales, puesto que el legislador sabiamente utilizó en la norma la expresión “**INJUSTAMENTE**”.

Según la máxima guardiana de la Constitución Política, de no ser así, es decir, de no tenerse en cuenta las circunstancias que rodearon la privación de la libertad, implicaría permitir que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y se llegara a considerar de manera subjetiva que esa detención fue injusta, procedería automáticamente la reparación de los perjuicios, sin embargo, para la Corte es claro, que además de ello, debe tenerse consideración un análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se produjo la detención.

Sobre el tema, la H Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996¹⁸, condicionó la declaratoria de exequibilidad del que sería el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 así:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención (...). Bajo estas condiciones, el artículo se declarará exequible.” (Resalta la Sala).

Sin embargo, el H. Consejo de Estado reconsideró la tesis planteada por la Corte Constitucional, por tal razón, fijó parámetros a tener en cuenta al momento de estudiar el carácter injusto de la privación de la libertad dada ya sea por la imposición de una medida de aseguramiento o por una sentencia condenatoria y que con posterioridad se haya dado su absolución por alguna de las causales previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 o por la aplicación jurisprudencial de *in dubio pro reo*, en estos casos debe analizarse el comportamiento desplegado por quien estuvo privado de su libertad en aras de determinar si su actuar lo determinó a hacerse merecedor de la respectiva medida de aseguramiento o sentencia condenatoria según sea el caso, en consecuencia, el Juez Administrativo debe valorar el dolo o la culpa grave del procesado, así lo dispuso el Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente Marta Nubia Velázquez Rico en sentencia con radicación N° 25000232600020100085301 (47205) que posteriormente se ratificó en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 Sección Tercera, radicado N° 66001-23-31-000-2010-0023501 (46947) dentro de las cuales se indicaron que los criterios a tener en cuenta puesto que se dispuso en su parte resolutive:

“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

¹⁸ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

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,

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.”

Esta idea vertebral tomó mayor solidez con fundamento en el postulado del artículo 70 de la Ley 270 de 1996 cuando al indicar la culpa exclusiva de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad en tanto que “El daño se entenderá como debido a 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.”

Por consiguiente, la culpa exclusiva de la víctima, es entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, y tal situación releva de responsabilidad al Estado cuando la producción del daño se ha ocasionado con la acción u omisión de la víctima, por lo que esta debe asumir las consecuencias de su proceder.

Así entonces, debe entenderse que un actuar doloso implica no solo el querer de la realización del hecho sino también el conocimiento de las consecuencias que el mismo implica y, por otro lado, la culpa grave no significa por si misma cualquier equivocación, error de juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, sino conlleva aquel comportamiento que revista tal gravedad que implique “no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suele emplear en sus negocios propios”, en los términos del artículo 63 Código Civil.

Aunado a ello, dicha Sala de Subsección “C” de la Sección Tercera ha precisado:

“La Sala pone de presente que, la culpa grave es una de las especies de culpa o descuido, según la distinción establecida en el artículo 63 del C. Civil, también llamada negligencia grave o culpa lata, que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa esta que en materia civil equivale al dolo, según las voces de la norma en cita.

Valga decir, que de la definición de culpa grave anotada, puede decirse que es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

Es pertinente aclarar que no obstante en el proceso surtido ante la Fiscalía General de la Nación, se estableció que la demandante no actuó dolosamente desde la óptica del derecho penal, no ocurre lo mismo en sede de la acción de

*responsabilidad, en la cual debe realizarse el análisis conforme a la Ley 270 y al Código Civil*¹⁹.

En este orden de ideas, aunque el actuar irregular y negligente del privado de la libertad frente a los hechos que dieron lugar a la investigación penal y, por supuesto, a la privación de la libertad o el comportamiento por él asumido dentro del curso del proceso punitivo no haya sido suficiente ante la justicia penal para proferir una sentencia condenatoria en su contra, en sede de responsabilidad civil y administrativa, y con sujeción al artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 63 del Código Civil, podría llegar a configurar la culpa grave y exclusiva de la víctima, y exonerar de responsabilidad a la entidad demandada.

- Aplicación extensiva de fallo de tutela del Consejo de Estado que dejó sin efectos sentencia de unificación.

Recientemente, el H. Consejo de Estado profirió una relevante decisión frente a este tema, al punto que **dejó sin efectos la Sentencia de Unificación** del 15 de agosto de 2018 a que se hizo referencia en párrafos precedentes, a través de la cual se unificaban los criterios que debía verificar el Juez Administrativo y que permitían examinar el dolo o culpa grave del privado de la libertad, destacando que en estos casos no es dable al Juez de la responsabilidad Estatal volver a analizar la conducta del implicado que ya fue absuelto **por atipicidad de la conducta**, ya que en estos casos se incurría en violación directa al derecho fundamental al debido proceso, derivada del desconocimiento de la cosa juzgada, el juez natural y la presunción de inocencia Constitucional.

Así, el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección B, en sentencia del 15 de noviembre de 2019 proferida dentro de la acción de tutela con radicación 11001-03-15-000-2019-00169-01, con ponencia del Consejero MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, relevó de eficacia la Sentencia de Unificación bajo la cual se cimentaba la postura actual de la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad. Cabe resaltar que si bien, los efectos de tal decisión solo afectan a las partes del proceso de la referencia al tratarse de una sentencia de tutela (efectos *inter partes*), la decisión que se dejó sin efectos era una Sentencia de Unificación que permitía el análisis del dolo y la culpa grave del privado de la libertad, luego esta Corporación considera que debe acogerse tal postura que garantiza de manera directa los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política pilar de todo nuestro Estado de Derecho, máxime cuando en este caso en particular que ocupa hoy la atención de la Sala también la absolución se dio por atipicidad de la conducta; luego se comparte la decisión como pasa a exponerse:

La tesis planteada dispone que existe una violación directa a los derechos fundamentales al debido proceso, juez natural, presunción de inocencia, cosa juzgada e igualdad de la persona que ha sido privada de manera injusta de la libertad y que reclama ante la jurisdicción contencioso administrativa, en tanto que la observancia de la tesis que se venía aplicando hasta la fecha valoraba las conductas preprocesales llevadas a cabo y allí se determinaba si existía o no “*Culpa exclusiva de la víctima*”, pues en caso afirmativo ello conllevaba a la exoneración de responsabilidad Estatal, análisis que ahora deja claro el Consejo de Estado que solo puede estar a cargo del juez penal, puesto que de hacerlo, se incurre en la violación de derechos fundamentales y se atenta contra el principio del *non bis in ídem*, en este sentido dijo nuestro Órgano de Cierre:

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, Rad. 27.577.

(...) 25.- La valoración de la conducta preprocesal es competencia exclusiva del juez penal. Si el juez de la responsabilidad estatal concluye que la detención de la demandante fue generada por su propia conducta, no sólo invade competencias de otras jurisdicciones, sino que desconoce la decisión penal absolutoria porque implica considerar, de acuerdo con una de las líneas jurisprudenciales antes expuestas, que al desplegar su conducta obró como sospechosa de estar cometiendo un delito⁶ y determinó que la Fiscalía abriera la investigación y ordenara su detención. A tal conclusión sólo puede llegarse desconociendo la decisión penal que la declaró inocente, porque, conforme con ella, los hechos no constituían delito de acuerdo con la ley vigente en el momento en que ocurrieron.

(...)

“27.- Si por un hecho que no está calificado por la ley como delito se detiene a una persona y la propia justicia penal lo reconoce en un fallo declarando su inocencia por tal razón, es evidente que al declarar judicialmente que la detención no fue generada por la apreciación equivocada de la Fiscalía, sino porque sus conductas preprocesales la generaron, se está desconociendo tal decisión y se está violando la presunción de inocencia derivada de la misma porque se está tratando como culpable a quien la justicia ya había declarado inocente. Cuando la Sala determinó que la conducta preprocesal de la demandante la hizo culpable de su detención, desconoció la presunción de inocencia y trasladó a un particular inocente la responsabilidad por el ejercicio indebido del ius puniendi del Estado.”.

(Negrilla y subrayado de la Sala).

Por tal motivo, incrustó la teoría la prohibición de regreso, teoría bajo la cual le está vedado al Juez Administrativo valorar o estudiar situaciones que se den por fuera del proceso administrativo, es decir, que al momento de estudiar una eventual exoneración de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima dentro del proceso de privación injusta de la libertad, los argumentos por los cuales debe proceder deben estar encaminados a que sucedieron dentro del marco del proceso administrativo y no del proceso penal para garantizar la independencia de la jurisdicciones al momento de administrar justicia, pues:

“(...) 32.- Esta prohibición de regreso también aplica en los casos de privación injusta de la libertad. En este tipo de asuntos, la decisión que pudo generar el daño se produjo en el marco de un proceso, y, en consecuencia, tal la prohibición implica considerar que las únicas conductas de la víctima aptas para romper el nexo entre esa decisión y el daño, suceden en el marco del mismo proceso y no antes de él. La Sala, en consecuencia, debió valorar si la imposición de la medida de aseguramiento fue causada por la actuación procesal de la señora Ríos, pues ninguno de los juicios necesarios para examinar los elementos de la responsabilidad la autorizaba, como juez administrativo, a reemplazar al funcionario judicial penal. La Sala no podía, tampoco, desconocer el derecho a la presunción de inocencia de la señora Ríos, que en este caso se traducía en el derecho a no ser tratada como si ella fuera culpable, por sus conductas preprocesales, de la detención que se le impuso.”

33.- Si el Juez penal declaró inocente a la demandante porque el delito que le imputó al detenerla no estaba previsto como tal en la ley y el Juez de la responsabilidad afirmó que la demandante, con esa misma conducta, generó su detención, no cabe duda de que este último violó el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

34.- La regla de la presunción de inocencia que aparece expresamente prevista en la Constitución Política como una garantía del derecho fundamental al debido proceso²⁰ impone a todos -sobre todo a las autoridades públicas (dentro de las

²⁰ ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

cuales principalmente están los Jueces)- la obligación de tratar como inocente a quien no haya sido condenado penalmente por un delito, punto en el cual la Ley 600 de 2000 establece en su artículo 7º que << toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal >> y que el artículo 7º de la Ley 906 de 2004 consagra en los siguientes términos << toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal >>. (...)"

Así las cosas, es imperativo mencionar la relevancia de los derechos vulnerados, pues no solo gozan de protección Constitucional sino también convencional mediante el Bloque de Constitucionalidad al contar con carácter de principios de derecho; de tal manera que **(i)** el debido proceso es visto como una garantía constitucional de carácter procesal que implica seguir todas las ritualidades preestablecidas dentro de un procedimiento so pena de verse viciado de nulidad el trámite adelantado, “[d]e esta forma, el derecho al debido proceso se erige como una garantía a todas las personas según la cual su intervención en una actuación administrativa o judicial está regida por reglas previamente establecidas por el legislador, que a su vez le permiten defenderse y solicitar las pruebas tendientes a demostrar lo que afirma, sin que la voluntad del funcionario público pueda tener alguna ingerencia (sic) en las distintas etapas del proceso.”²¹.

Por otro lado, el principio y derecho del **(ii)** juez natural presupone la estructuración de un juez o tribunal especializado antes de la realización del hecho para ser juzgado por este de conformidad con norma ya preestablecidas, es entonces como la H. Corte Constitucional determinó las características que reviste el mismo al indicar “(...) (i) la preexistencia del juez, (ii) la determinación legal y previa de su competencia en abstracto, incluso si es una competencia especial o por fuero, y (iii) la garantía de que no será excluido del conocimiento del asunto (...)”²²; razón por la cual este principio delimita el campo de acción de cada juez desde los conceptos de jurisdicción y competencia en aras de evitar la atribución de facultades que no corresponden.

A lo que refiere **(iii)** la *presunción* de inocencia, implica categóricamente la prohibición de realizar prejuicios tendientes a tildar de penalmente responsable a quien no ha sido condenado mediante sentencia debidamente ejecutoriada, pues bien, según el inciso cuarto del artículo 29 de la Carta Política: “*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable*” y, por tanto, las autoridades judiciales competentes tienen el deber de obtener las pruebas que acrediten la responsabilidad del implicado²³, en consecuencia, siguiendo la misma línea de aplicación del Consejo de Estado sobre la sentencia de tutela arriba expuesta “(...) 40.- *La regla de presunción de inocencia exige un esfuerzo de imparcialidad del Juez de la responsabilidad y, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional, le impone la prohibición de dudar de la inocencia de la víctima de la privación de la libertad que ha sido exonerada en una sentencia*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, 21 de agosto de 2014. Radicación: 68001-23-33-000-2014-00413-01 (AC).

²² Corte Constitucional, Sala Plena, Magistrado Ponente: Jorge Luis Pabón Apicella. 5 de octubre de 2016, Sentencia C 537 de 2016.

²³ Al efecto puede consultarse la sentencia C-774 de 25 de julio de 2.001 de la Corte Constitucional.

proferida por el Juez Penal(...)”, pudiendo concluir que tal garantía implica una doble naturaleza en la cual, por un lado es reconocida como un derecho que implica no ser señalado culpable, y por el otro, una obligación de todas las personas y las entidades públicas de evitar hacer juicios de valor sin mediar prueba de la responsabilidad de una persona.

En otro sentido, al hablar de la **(iv)** cosa juzgada hay que resaltar la prohibición de reclamar o ser impuesta una condena sobre un asunto que ya se ha debatido y que reúna una misma identidad de partes, identidad de pretensiones e identidad en la causa (hechos), generando así una inmutabilidad una vez ejecutoriada la decisión, en este orden de ideas, constituye una imposibilidad para el juez que conoce del asunto dado que no puede pronunciarse sobre algo que ya ha resuelto su semejante, por esta razón *“2.4. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación y, en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio.”*²⁴

Finalmente, el derecho a la **(v)** igualdad determina dos situaciones que deben tenerse en cuenta como se infiere de la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política, el primero de ellos hace referencia a la igualdad en un aspecto formal, según el cual todas las personas poseen los mismos derechos y obligaciones, en consecuencia no puede haber discriminación hacia ninguno de ellos visto desde la ley; en sentido contrario, cuando se habla de igualdad material se toma en cuenta un aspecto discriminativo en forma positiva, el cual permite resaltar a aquellas personas que gozan de menores facultades o beneficios que los ponen en desventaja con relación a los demás, en tales casos, se constituye para el estado y a la sociedad en general la obligación brindarles un trato especial y preferente con mirar a poder equiparar a tales personas en condiciones inferiores para que puedan gozar plenamente de sus derechos, así lo definió la H. Corte Constitucional dado que:

*“4.6. Además de lo anterior, desde sus primeros pronunciamientos, la Corte ha precisado que el derecho y principio a la igualdad, es un concepto “relacional” porque siempre se analiza frente a dos situaciones o personas que pueden ser comparadas a partir de un criterio determinado y jurídicamente relevante.[19] Igualmente, se ha explicado que no constituye un mecanismo “aritmético” de repartición de cargas y beneficios, en tanto toda sociedad debe adoptar decisiones políticas que implican, en cierto momento histórico, mayores beneficios para ciertos sectores, en detrimento de otros. Esas decisiones, adoptadas por mecanismos democráticos, no pueden ser juzgadas a priori, como incompatibles con el principio de igualdad, sino que constituyen complejos problemas de justicia (distributiva), en los que la razonabilidad de las distinciones involucra principios que definen la visión y los fines que una comunidad política defiende para sí.”*²⁵

Bajo estas consideraciones la Sala encuentra que debe acogerse tal postura que garantiza de manera directa los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y los postulados que conforman el bloque de constitucionalidad, máxime cuando en este caso en particular que ocupa hoy la atención de la Sala también la absolución se dio por **atipicidad de la conducta**, es decir que la conducta presuntamente desplegada y que originó la privación de la libertad, no encajó dentro de las que el legislador a previsto como delito, pues se enfatiza que **“Si el Juez penal declaró inocente a la demandante porque el delito que le**

²⁴ Corte Constitucional, Sala Plena, M.P.: Alberto Rojas Ríos. 6 de marzo de 2019, Sentencia C 100 de 2019.

²⁵ Corte Constitucional, Sala Plena, M.P.: José Antonio Cepeda Amarís. 19/04/2017. Sentencia C 220 de 2017.

imputó al detenerla no estaba previsto como tal en la ley y el Juez de la responsabilidad afirmó que la demandante, con esa misma conducta, generó su detención, no cabe duda de que este último violó el derecho fundamental a la presunción de inocencia."

6. Caso Concreto.

6.1. De lo probado en el proceso.

Al expediente fue allegado el siguiente material probatorio relevante:

- Registro civil de nacimiento de Alba Cristina Osorio Lozano, Laygyi Natalia Chica Osorio, Keily Alejandra Chica Osorio, Gloria Esperanza Osorio Lozano, Sonia Patricia Osorio Lozano, William Gutiérrez Osorio, Isabel Gutiérrez Osorio , Lida Vianney Osorio Lozano, Laura Yobeidi Osorio, Jeidi Yuliana Córdoba Osorio, Leydi Margarita Osorio Lozano, Tania Meyllin Rubio Osorio, Jean Poull Rubio Osorio, Ferguie Rubio Osorio, Martha Isabel Osorio Lozano, Yeison Gilberto Osorio Lozano, Didier Orlando Osorio Lozano, Yikian Steven Wu Osorio , Fi Kian Wu Osorio y Sonia Gutiérrez Osorio .²⁶
- Constancia de paz y salvo, servicios profesionales de abogado.²⁷
- Copias del expediente penal de radicación No. 41001 60 00 000 2014 00015 00 - NI. 28907 seguido en contra de Alba Cristina Osorio Lozano.²⁸
- **Testimoniales:**
- **Jessica Paola Holguín Bonilla,**

Manifestó ser la cuñada de la demandante, que hace más o menos ocho años que ocurrieron estos hechos, el cual afectó más que todo a las niñas, que la familia y su esposo se vieron afectados económicamente, entonces comenzaron a hacer rifas, tamales y empanadas, pues el sueldo de su esposo era para ayudar al hogar de su hermana, y por su parte ella les colaborada a las niñas con el colegio; afirmó que las niñas sufrieron mucho por la detención de la mama, no quisieron seguir estudiando, además tuvieron que vender las cosas de la casa para poder cubrir los gastos, y en el barrio todos decían que era una guerrillera.

Aseguró que Alba Cristina Osorio, antes de ser detenida trabajó como guarda de seguridad, laboró en la Fiscalía y Homecenter, señaló que el grupo familiar de alba está conformado por su esposo y dos niñas, indicó que el grupo familiar está conformado por ocho hermanos y sus sobrinos

Señaló que, los niños se vieron afectados por que todos estudiaban en el mismo colegio, y los compañeros les hacían bullying por que la tía era una guerrillera, incluso a Natalia la agredieron una vez a la salida del colegio, a tal punto que ya ninguno de ellos quería volver al colegio.

²⁶ Ver fols. 37-56

²⁷ Ver fol. 57

²⁸ Ver fols. 58-298

- **Marlene Cardozo Acosta,**

Manifestó ser amiga de la familia, afirmó que la demandante sufrió mucho desde que la capturaron, por sus hijas y por la familia; y no pudo seguir trabajando por lo que se vio moralmente muy afectada, por lo tanto, no tenían recursos y muchas veces ni tenían para la comida por lo que a veces ella le llevaba de su comida para colaborarles.

También sostuvo que la familia de la señora Alba Cristina tuvo que acudir a múltiples actividades como rifas y ventas de tamales, para sobrevivir y pagar las cuentas del abogado. También resaltó la deponente que la señora Alba Cristina se desempeñaba como guarda de seguridad en la Fiscalía; y que el compañero de la demandante no contaba con un trabajo fijo.

- **Juan Manuel Peña Moreno,**

El declarante que afirmó conocer la situación de la demandante, y que se enteró de ello a través de los rumores del barrio; que las hijas de la demandante, se vieron muy afectadas por la situación de su madre, sufrieron bastante bullying y señalamientos por parte de los vecinos.

También refirió cual era la composición del núcleo familiar de la demandante, y las actividades que habían tenido que hacer para obtener los recursos económicos suficientes para pagar gastos de abogado, y gastos del hogar.

Igualmente adujo que la demandante antes de ser capturada, se desempeñaba como guarda de seguridad y que para la época de los hechos trabajaba en la Fiscalía

Examinado en conjunto el acervo probatorio allegado al expediente, y atendiendo los argumentos expuestos por el accionante, lo que corresponde ahora es analizar la situación particular para establecer si se cumplen o no los requisitos y condiciones para que se configure la responsabilidad administrativa y patrimonial de las entidades demandadas.

6.2. El daño antijurídico

De acuerdo con lo que se ha establecido por el legislador y por la misma jurisprudencia, al estudiar los procesos de reparación directa es indispensable abordar primeramente, lo relativo a la existencia o no del daño y si el mismo puede o no considerarse como antijurídico, pues solo bajo la premisa de la existencia del daño antijurídico se ha de *“realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado”*²⁹.

En el *sub examine*, según se desprende del líbello introductorio, que el daño que se pretende sea reparado consistió en la privación injusta de la libertad de la que fue víctima la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO dentro del proceso penal llevado en su contra por los delitos de desplazamiento forzado y rebelión.

Así, de acuerdo con la referencia probatoria atrás efectuada, la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO estuvo en detención preventiva domiciliaria³⁰, desde

²⁹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 18 de febrero de 2010; Exp. 17885

³⁰ Ver fols. 244-249 Cdo ppal2

el día 18 de diciembre de 2013 hasta el 30 de abril de 2015³¹, razón por la cual se concluye, que evidentemente estuvo sometido a dicha medida de aseguramiento de privación de su libertad por un periodo de 16 meses y 12 días.

Con sustento en lo anterior se deja por definido el daño, en tanto existe prueba del periodo durante el cual, el perjudicado estuvo privado de la libertad, tal como lo dispuso el Juez Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Ibagué por solicitud de la Fiscalía Tercera Especializada de Ibagué.

En este orden de ideas, esta Corporación considera que, en efecto, el daño causado es antijurídico, ya que si bien, el procedimiento penal adelantado no adolece de irregularidad alguna y las decisiones tomadas corresponden a lo estatuido en la Ley y el ordenamiento jurídico en general, debe entenderse que la privación cautelar de la libertad es vista como excepcional, en tal sentido, si la investigación penal no se concretó en sentencia condenatoria sino que se absolvió o precluyó la investigación como es el caso, en donde la causal de exoneración fue la **atipicidad de la conducta**, se torna injusta tal restricción del derecho.

En este punto es preciso indicar que: *“(...) siempre que la administración de justicia absuelva a una persona que ha estado vinculada a un proceso penal, se configura un daño que puede ser catalogado de antijurídico puesto que no está en la obligación de soportarlo, es decir, el ordenamiento jurídico no le impone la obligación de tolerar los perjuicios”*.³²

6.3. La imputación y el nexo de causalidad.

Corresponde ahora a la Sala determinar si la privación de la libertad de la que fue objeto la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO le es imputable o no a las entidades demandadas.

Como se indicó con antelación, el material probatorio allegado al plenario permite establecer que la señora OSORIO LOZANO fue privada de su libertad el 18 de diciembre de 2013, que dicha privación se extendió hasta el 30 de abril de 2015, esto es, por un término de 16 meses y 12 días, por los delitos de desplazamiento forzado y rebelión, como consecuencia de la solicitud de medida de aseguramiento formulada la Fiscal Tercera Especializada de Ibagué, y ordenada por el Juez Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Ibagué.

No obstante lo anterior, el 27 de diciembre de 2016, el Juez Primero Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Ibagué³³, acogiendo las solicitudes de la Fiscalía, profirió sentencia absolviendo a la señora ALBA CRISTINA OSORIO de los cargos formulados por la Fiscalía al no lograr tener certeza más allá de toda duda frente a la tipicidad de los delitos, así como tampoco frente a su responsabilidad penal.

La H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal con ponencia del Magistrado Eugenio Fernández Carlier, en providencia del 01 de marzo de 2017, proferida dentro del proceso con Radicación N° AP 1332-2017 (49.492), precisó el concepto de la atipicidad de la conducta penal señalando que:

“3.2 La atipicidad del hecho investigado se ha entendido como la falta de adecuación del comportamiento a la descripción de un tipo previsto en la Ley

³¹ Ver fol. 116 cdo ppal 1

³² Responsabilidad Extracontractual del Estado, Responsabilidad patrimonial por privación de la libertad: Enrique Gil Botero, sexta edición. Ed. Themis S.A0.: Bogotá, 2013. P. 478-479

³³ Ver fols 65-70 Cdo ppal 1

penal, pues en el proceder cuestionado no concurren los elementos que configuran la conducta punible.”

Conforme a lo dicho, es claro que se da una de las circunstancias en que, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado³⁴, quien ha sido privado injustamente de la libertad tiene derecho a ser indemnizado, pues la misma Rama Judicial consideró que hubo “**ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA**” de la sindicada frente al delito que se le imputó y que originó la imposición de la medida de detención.

Por lo anterior y teniendo en cuenta las circunstancias fácticas descritas, se impone concluir que los demandantes no están en la obligación de soportar el daño que el Estado les irrogó y que éste debe calificarse como antijurídico, ello, por consiguiente, determina la consecuente obligación para la Administración de indemnizar o resarcir los perjuicios causados a los demandantes.

Al respecto, la Sala insiste que en casos como éste, no corresponde a la parte actora acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la responsabilidad: actuación del Estado, daño antijurídico e imputación, extremos que en sentir de esta Sala de decisión se encuentran suficientemente probados en el expediente, pues fue a raíz de una solicitud de la Fiscalía y una decisión de la administración de justicia, en cabeza de la Rama Judicial, la que determinó que la señora ALBA CRISTINA OSORIO estuviera privada de su libertad, hasta cuando se revocó dicha medida al ser absuelta, al considerarse que la conducta que se le imputó era atípica; en cambio, es a la parte accionada a quien le corresponde demostrar, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, si se ha dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiere entenderse configurada una causal de exoneración, a saber: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o culpa exclusiva y determinante de la víctima³⁵. En este caso, ninguna de estas eximentes fue acreditada en el plenario, máxime si se tiene en cuenta la sentencia proferida el pasado **15 de noviembre de 2019** por el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección B, dictada dentro del proceso con radicación número 11001-03-15-000-2019-00169-01, que relevó de eficacia la sentencia de unificación bajo la cual se cimentaba la postura actual de la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad que permitía examinar la conducta preprocesal del sindicato que fue absuelto por **atipicidad de la conducta** para determinar la culpa exclusiva de la víctima, precisando que de hacerlo se incurre en violación directa al derecho fundamental al debido proceso, derivada del desconocimiento de la cosa juzgada, el juez natural y la presunción de inocencia Constitucional.

En la referida providencia, como se indicó en acápite anterior, el H. Consejo de Estado fue enfático en indicar que:

“(…) 25.- La valoración de la conducta preprocesal es competencia exclusiva del juez penal. Si el juez de la responsabilidad estatal concluye que la detención de la demandante fue generada por su propia conducta, no sólo invade competencias de otras jurisdicciones, sino que desconoce la decisión penal absolutoria porque implica considerar, de acuerdo con una de las líneas jurisprudenciales antes expuestas, que al desplegar su conducta obró como sospechosa de estar cometiendo un delito⁶ y determinó que la Fiscalía abriera la investigación y ordenara su detención. A tal conclusión sólo puede llegarse desconociendo la decisión penal que la declaró inocente, porque, conforme con ella, los hechos no constituían delito de acuerdo con la ley vigente

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 4 de diciembre de 2006, (expediente 13.168) y del 2 de mayo de 2007, (expediente 15.463).

³⁵ Al respecto ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009 (exp. 17.517), reiterada en sentencia de abril 15 de 2011 (exp. 18.284) y en sentencia de 26 de mayo de 2011 (exp. 20.299).

en el momento en que ocurrieron.”, ya que **“27.- Si por un hecho que no está calificado por la ley como delito se detiene a una persona y la propia justicia penal lo reconoce en un fallo declarando su inocencia por tal razón, es evidente que al declarar judicialmente que la detención no fue generada por la apreciación equivocada de la Fiscalía, sino porque sus conductas preprocesales la generaron, se está desconociendo tal decisión y se está violando la presunción de inocencia derivada de la misma porque se está tratando como culpable a quien la justicia ya había declarado inocente. Cuando la Sala determinó que la conducta preprocesal de la demandante la hizo culpable de su detención, desconoció la presunción de inocencia y trasladó a un particular inocente la responsabilidad por el ejercicio indebido del ius puniendi del Estado.”** (Negrilla y subrayado de la Sala).

Por tal motivo, preciso que la teoría la prohibición de regreso, teoría bajo la cual le está vedado al Juez Administrativo valorar o estudiar situaciones que se den por fuera del proceso administrativo, es decir, que al momento de estudiar una eventual exoneración de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima dentro del proceso de privación injusta de la libertad, los argumentos por los cuales debe proceder deben estar encaminados a que sucedieron dentro del marco del proceso administrativo y no del proceso penal para garantizar la independencia de la jurisdicciones al momento de administrar justicia, pues:

*“(...) 32.- Esta prohibición de regreso también aplica en los casos de privación injusta de la libertad. En este tipo de asuntos, la decisión que pudo generar el daño se produjo en el marco de un proceso, y, en consecuencia, tal la prohibición implica considerar que las únicas conductas de la víctima aptas para romper el nexo entre esa decisión y el daño, suceden en el marco del mismo proceso y no antes de él. La Sala, en consecuencia, debió valorar si la imposición de la medida de aseguramiento fue causada por la actuación procesal de la señora Ríos, pues ninguno de los juicios necesarios para examinar los elementos de la responsabilidad la autorizaba, como juez administrativo, a reemplazar al funcionario judicial penal. La Sala no podía, tampoco, **desconocer el derecho a la presunción de inocencia de la señora Ríos, que en este caso se traducía en el derecho a no ser tratada como si ella fuera culpable, por sus conductas preprocesales, de la detención que se le impuso.**”*

33.- Si el Juez penal declaró inocente a la demandante porque el delito que le imputó al detenerla no estaba previsto como tal en la ley y el Juez de la responsabilidad afirmó que la demandante, con esa misma conducta, generó su detención, no cabe duda de que este último violó el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

34.- La regla de la presunción de inocencia que aparece expresamente prevista en la Constitución Política como una garantía del derecho fundamental al debido proceso³⁶ impone a todos -sobre todo a las autoridades públicas (dentro de las cuales principalmente están los Jueces)- la obligación de tratar como inocente a quien no haya sido condenado penalmente por un delito, punto en el cual la Ley 600 de 2000 establece en su artículo 7º que << toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal >> y que el artículo 7º de la Ley 906 de 2004 consagra en los siguientes términos << toda persona se presume inocente y debe ser tratada

³⁶ ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. **Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.** Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal>>.(...)”

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad de la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL y RAMA JUDICIAL, vale la pena precisar que la decisión de imponer restricción a la libertad en el sistema penal acusatorio establecido mediante la Ley 906 de 2004, no corresponde exclusivamente a la voluntad de los jueces penales, ya que esta es una determinación que se encuentra conformada por varios actos procesales como son la previa solicitud por parte de la Fiscalía y la providencia emitida por el juzgador.

En otros términos, en la lógica del actual procedimiento penal, para poder limitar el derecho a la libertad de un individuo se requiere un acto jurisdiccional complejo, el cual cuenta con la intervención de varios operadores jurídicos, lo que constituye una marcada diferencia con el antiguo compendio adjetivo penal, ya que este ponía en cabeza del ente investigador toda la responsabilidad respecto a este tipo de situaciones. Frente a la responsabilidad de estas dos entidades, el H. Consejo de Estado en un caso con fundamentos fácticos similares al asunto examinado concluyó, que ante una privación injusta de la libertad materializada en el marco del sistema procesal penal actual, el fenómeno que se presenta frente a la determinación de limitar la libertad es el de la concausalidad o la confluencia de causas determinantes en la producción del daño. Al respecto esa Corporación comentó:³⁷

“Al respecto la Sala estima pertinente aclarar que, si bien es cierto que el Juez de Garantías no estaba obligado a aceptar la solicitud de medida de aseguramiento elevada por la Fiscalía General de la Nación, esta circunstancia no es suficiente para negar el vínculo causal entre esta petición y la privación de la libertad.

Cierto es que la sola solicitud de la Fiscalía no basta para explicar, en el orden causal, la decisión del Juez de Garantías y por ende no se puede reputar causa suficiente de la privación de la libertad. Pero tampoco se puede desconocer que la actuación del Juez no explica, por sí sola la privación, en tanto y en cuanto está necesariamente condicionada a la existencia de la solicitud por parte del ente acusador e investigador. Sin intervención de la Fiscalía no hay lugar a la intervención del Juez, ni por lo tanto, se da la medida de aseguramiento. En el esquema del sistema penal acusatorio adoptado por la Ley 906 de 2004, la actuación del Juez nunca es oficiosa y por lo tanto no se explica en sí misma.

De lo anterior se colige que en el caso de las medidas de aseguramiento contempladas en el nuevo sistema procesal penal no es posible identificar una causa eficiente, de la que se pueda predicar la suficiencia. En efecto, la acción de la Fiscalía no produce efectos sin la intervención del Juez de Garantías, ni éste puede intervenir si el ente acusador no lo faculta previamente presentando solicitud de legalización de la captura y la adopción de medida de aseguramiento. En otras palabras, en el modelo actual, la privación de la libertad se explica únicamente en términos de concausalidad. La actuación estatal que priva de la libertad es, pues, un acto estatal complejo que principia en la solicitud de la Fiscalía y concluye en la orden del Juez de Garantías. La actuación de la Fiscalía influye efectivamente en la determinación de la privación de la libertad. Es causalidad eficiente real, pero no absoluta”.

La Sala reitera la argumentación anterior al considerar que en el caso concreto, la decisión de privar de la libertad a la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO se produjo con ocasión de la solicitud que presentó la Fiscalía General de la Nación al Juez de Control de Garantías que conoció del proceso penal surtido en contra del actor de manera primigenia, razón por la cual ambas demandadas tuvieron

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 29 de febrero de 2016, exp. 38420, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

incidencia directa y necesaria en la causación del daño reclamado a través del presente medio de control.

Cabe destacar que con la modificación constitucional introducida por el Acto Legislativo N°. 03 de 2002 a los artículos 116, 250 y 251 de la Carta Política de 1991, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN fue despojada de gran parte de sus atribuciones jurisdiccionales en la medida en que a partir de ella, perdió la capacidad de decisión final sobre la libertad del procesado, no decreta ni valora pruebas, ni tampoco decreta medidas de aseguramiento, pues el poder de decisión pertenece a los jueces penales en su doble connotación, sea éste de garantías, cuando ejerce el control de legalidad sobre las actuaciones de la Fiscalía y cuando adopta medidas de aseguramiento o, el de conocimiento, al momento de recibir la acusación de la Fiscalía, valorar pruebas pedidas por el acusador y, proferir sentencia condenatoria o absolutoria.

Sin embargo, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN no está plenamente desprovista de autoridad jurisdiccional, pues por mandato constitucional (**artículo 116 de la C. Pol. modificado por el A.L. 03/02**), dentro de los entes del Estado que administran justicia, además de los jueces y magistrados, se encuentra enlistado dicho ente investigador, como un órgano que hace parte de la RAMA JUDICIAL del poder público, determinación que según lo precisado por la H. Corte Constitucional³⁸, apareja importantes consecuencias como la calidad de funcionarios judiciales de los fiscales y la sujeción a los principios de autonomía e independencia en el ejercicio de las funciones judiciales, que les han sido asignadas por la propia Carta de 1991.

Por su parte, la Ley **906 de 2004** que adoptó el sistema acusatorio, oral y público, reiteró dentro de los órganos que administran justicia en lo penal, a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en determinadas y excepcionales funciones judiciales (artículo 31 Ley 906/04), tales como ordenar registros, allanamientos, incautaciones, interceptaciones de comunicaciones y **capturas** en los casos allí previstos.

Y si bien, las funciones jurisdiccionales de la Fiscalía son excepcionales³⁹ porque es el juez penal quien mediante providencia judicial decide definitivamente sobre la libertad del procesado, en cabeza de aquella continúa el ejercicio del poder punitivo del Estado, conserva la potestad de investigación y acusación y, se le atribuyó el poder de señalamiento o de disposición del proceso, mediante el cual puede determinar que es y no es delito digno de llevarse a juicio – *principio de oportunidad*-. En este sentido, señala el artículo 200 de la Ley 906 de 2004:

*“Artículo 200. **Órganos de indagación e investigación.** Corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querrela, petición especial o por cualquier otro medio idóneo.*

En desarrollo de la función prevista en el inciso anterior a la Fiscalía General de la Nación, por conducto del fiscal director de la investigación, le corresponde la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial, en los términos previstos en este código. Por policía judicial se entiende la función que cumplen las entidades del

³⁸ Sentencia C-1092 de 2003, MP. Álvaro Tafur Galvis

³⁹ Con la reforma de la ley estatutaria de la Administración de Justicia contenida en la ley 1285 de 2009 la Fiscalía General de la Nación ejerce EXCEPCIONALMENTE función jurisdiccional.

Estado para apoyar la investigación penal y, en ejercicio de las mismas, dependen funcionalmente del Fiscal General de la Nación y sus delegado”.

Dentro de sus principales actuaciones en el proceso penal se encuentra la formulación de la imputación al procesado, la petición de imposición de la medida de aseguramiento y la presentación de la acusación contra los presuntos infractores al ordenamiento penal, aunado a que en ella recae siempre la carga de la prueba.

Cabe resaltar que la formulación de la imputación, que se realiza con fundamento en las evidencias o elementos materiales de prueba recaudados por el ente investigador con la colaboración de la Policía Judicial, **es un acto privativo de la Fiscalía General de la Nación** que no admite objeción del juez, como privativo también lo es la petición de imposición de la medida de aseguramiento ante el Juez de control de garantías, lo que significa que, aun siendo el juez el que decide sobre la imposición de la medida de aseguramiento, **sin petición previa del ente investigador, no puede el juez *motu proprio* decretar la privación de la libertad de un individuo, ni tampoco practicar prueba alguna sin la intervención del Fiscal.**

Lo anterior para significar que no es apropiado concluir, que con la puesta en marcha del sistema de enjuiciamiento penal adversarial, la Fiscalía es ajena a una imputación de responsabilidad bajo el título de privación injusta de la libertad, o que no tenga vocación de representar al Estado cuando se reclama la producción de un daño antijurídico en los términos del artículo 90 constitucional, pues en su cabeza radica el ejercicio del poder punitivo del Estado, llevando a juicio a los presuntos infractores de la ley penal, solicitado la imposición de las medidas de aseguramiento restrictivas de la libertad y acusando a dichos infractores ante el juez de conocimiento, razón por la que la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva* propuesta por esta entidad, no tiene vocación de prosperidad.

Por consiguiente, debe concluirse inequívocamente que el daño irrogado al demandante es imputable fáctica y jurídicamente, la primera como una conclusión lógica de causalidad, pues la privación de su libertad obedeció exclusivamente a la solicitud de la Fiscalía encargada del asunto, y a la decisión de adoptarla por parte del juez de control de garantías de turno, por cuanto de no haberse impuesto la medida domiciliaria de aseguramiento a la señora ALBA CRISTINA OSORIO esta nunca hubiera sido sustraída de su derecho a la libertad y por consiguiente no se encontraría en este escenario, lo que anuda el nexo causal de la responsabilidad Estatal para el caso *sub examine*; la segunda razón obedece a la atribución jurídica de este daño tanto a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN como a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL en el sentido de que a pesar de que el procedimiento adelantado por los mismos *a priori* no presenta ningún tipo de irregularidad, no se justifica que se retenga a una persona para que posteriormente se deba otorgarle la libertad gracias a que **la conducta resulta atípica.**

En consideración de lo anterior, y en claro respeto por el precedente judicial vertical esta Corporación acogerá la posición jurisprudencial antes expuesta y en ese orden CONFIRMARA la sentencia del *a-quo* que declaró la responsabilidad administrativa y patrimonial de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL, por los perjuicios causados a la señora ALBA CRISTINA OSORIO, con ocasión a la privación injusta de la libertad de la que fue víctima, al demostrarse por el juez natural de la causa la configuración de la **atipicidad de la conducta.**

7. Indemnización de perjuicios.

7.1. Perjuicios extrapatrimoniales

7.1.1. Daño Moral

Los perjuicios morales son considerados como los dolores o padecimientos que se presentan como resultado de los daños infligidos a una persona y constituyen un sacrificio de intereses netamente inmateriales que justifican un resarcimiento.

En cuanto a la existencia y forma de manifestarse el daño moral, puede obedecer a diversas expresiones concretas, como, por ejemplo, el dolor que sufre la víctima a causa de situaciones que lesionan bienes personales (vida, integridad física o moral, dignidad, libertad, buen nombre, honor, etc.), sin que se excluya la posibilidad de coexistencia de perjuicios; o bien, presentarse ante situaciones que los ponen en peligro, amenazan a la integridad o perturban su goce, por lo que el daño moral no necesariamente está vinculado al dolor físico o somático producto de lesiones, sino también, por el aspecto psicológico respecto de la situación de los bienes.⁴⁰

Así las cosas, el perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

Precisado lo anterior, argumenta el apoderado de la parte demandante en el escrito de alzada, su desacuerdo con la decisión del A quo, en cuanto negó el reconocimiento de los perjuicios morales a los sobrinos de la demandante.

Es así que respecto de los demandantes WILLIAM GUTIERREZ OSORIO, ISABEL GUTIERREZ OSORIO, LAURA YOBEIDI OSORIO LOZANO, JEIDI YULIANA CORDOBA OSORIO, TANIA MEYLLIN RUBIO OSORIO, JEAN PAUL RUBIO OSORIO, FERGUIE RUBIO OSORIO, YIKIAN STEVEN WU OSORIO, FIKIAN WU OSORIO y SONIA GUTIERREZ OSORIO, quienes, según la demanda, son los sobrinos de la señora ALBA CRISTINA OSORIO, la Sala encuentra acreditado su parentesco para con la víctima, pues se allegaron, en copia auténtica, los correspondientes certificados de los registros civiles de nacimiento.

No obstante, lo anterior, dado el grado de parentesco de los demandantes anteriormente reseñados, la acreditación, de esa sola circunstancia no resulta suficiente para tener por demostrado el dolor moral, por lo cual resulta necesario que se demuestre el padecimiento sufrido como consecuencia de la privación injusta— en este caso de la tía-, pues dicho dolor no se infiere con la simple acreditación del vínculo de consanguinidad.

Al respecto encuentra la Sala que no obra en el expediente medio probatorio que acredite contundentemente la causación de un perjuicio moral, pues en las declaraciones rendidas no se logra evidenciar el daño padecido por los mismos con lugar a la privación injusta de la libertad de la señora ALBA CRISTINA OSORIO.

Así las cosas, la Sala confirmará la decisión apelada en este tópico.

⁴⁰ Responsabilidad Extracontractual del Estado, Enrique Gil Botero, Sexta Edición, Editorial Temis, pág. 178.

7.1.2. Daño a la Salud

En el escrito de apelación se petitionó el reconocimiento de lo que denominó el demandante “*perjuicios en la vida de relación*”, que fue negado en la sentencia objeto de alzada; en este sentido indicó que todos los demandantes sufrieron congoja como consecuencia de la privación injusta arbitraria e ilegal de su libertad por parte de las autoridades judiciales, lo cual produjo daños al buen nombre personal y familiar, al honor la reputación e intimidad de los demandantes quienes se vieron afectados o menguados por dicho error judicial.

Recuérdese que mediante providencias exaltadas por el H. Consejo de Estado⁴¹, se estableció el nombre que llevaría a partir de la fecha el mencionado perjuicio y fue así como en posterior sentencia⁴² se mencionó que:

“En las sentencias gemelas de unificación, proferidas el 14 de septiembre de 2011, la Sección Tercera puso fin a la confusión conceptual que existía en torno a los perjuicios inmateriales, equívocamente enmarcados bajo las denominaciones de “daño a la vida de relación”, “alteración a las condiciones de existencia” o “perjuicios fisiológicos”. En los pronunciamientos citados, no sólo se distinguió con claridad el daño a la salud del moral, sino que comenzó a edificarse el concepto de perjuicios inmateriales, en los que se incluían aquellos que excedían la esfera de los morales y el daño a la salud, para dar paso al reconocimiento de otros derechos que constituían un daño autónomo y por lo tanto, debían ser indemnizados.”

(...)

“Los anteriores razonamientos expuestos por la Corte Suprema de Justicia despejan en esa jurisdicción las dudas que pudieren haber en torno al carácter autónomo del daño a bienes constitucionales. No obstante, es pertinente realizar algunas precisiones. En sus planteamientos, la Corte distingue tres clases de daños extra patrimoniales: i) el daño moral; ii) el daño a la vida de relación y iii) el daño a derechos fundamentales o constitucionales. Sin embargo, deja de lado que la noción de daño a la vida de relación ya ha sido ampliamente superada, como se explicó en párrafos precedentes de este proveído, por tratarse de una categoría abierta y que le abría paso a la indemnización indiscriminada de toda clase de perjuicios. Por lo tanto, se reitera que los daños inmateriales o extra patrimoniales se reducen a tres: i) aquellos que afectan directamente la esfera interna y espiritual del individuo, es decir, los morales; ii) los derivados de la afectación psicofísica de la salud, o sea, el daño a la salud; iii) y los relacionados con la afectación directa de bienes convencional y constitucionalmente protegidos. Incluso, es menester precisar que dogmática y ontológicamente el daño a la salud, por recaer sobre un derecho fundamental, está incluido en los daños a bienes constitucionales, sin embargo, debido a su magnitud, las repercusiones que trae para el ser humano y sus características especiales, se le ha asignado una categorización propia y autónoma.”

Razón por la cual, debe precisarse que la pretensión del demandante hace referencia al concepto de DAÑO A LA SALUD cuando se refiere al *DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN*.

Considerado lo anterior, se tiene que, del material probatorio recaudado obrante en el expediente, no se desprende que con ocasión de la privación de la libertad a

⁴¹ Sentencias gemelas, Sección Tercera Consejo de Estado, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Expedientes 19.031 y 38.222, septiembre 14 de 2011.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, 20 de octubre de 2014. Radicación N° 05001-23-31-000-2004-04210-01 (40.060)

la que fue sometida la demandante ALBA CRISTINA OSORIO se hayan modificado en grado sumo las condiciones de existencia o a su estado físico o mental de salud, al igual no se desprende la configuración de lesiones antijurídicas de stirpe constitucional a derechos como la honra, el buen nombre y demás, que deban ser indemnizadas, situación que se deriva también de las condiciones en las que se produjo su restricción de la libertad personal.

En este orden de ideas, en tanto ya se reconoció la suma correspondiente a la reparación por perjuicio moral al demandante, no hay lugar al reconocimiento económico pretendido, de ahí que no resulte procedente acceder a la pretensión formulada por esta tipología de perjuicio, por no existir prueba alguna del mismo, razón por la cual, habrá de confirmarse lo decidido por la Juez A- quo, respecto de la nugatoria del reconocimiento y pago de los perjuicios a los demandantes por el daño a la vida en relación.

7.2. Perjuicios patrimoniales.

7.2.1. Daño emergente

A título de daño emergente, la parte demandante en el recurso de alzada solicitó el pago de los honorarios por la suma de \$ 20.000.000 en que incurrió para llevar a cabo todo el proceso penal como defensor de confianza en la que se llevó la defensa técnica.

Tratándose del reconocimiento del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales del abogado que intervino en defensa de quien fue privado injustamente de la libertad, el Consejo de Estado ha admitido como prueba de ese perjuicio la documental consistente en los recibos de pago que dan cuenta de la cancelación de los honorarios profesionales y, en su defecto, las certificaciones emitidas por los profesionales del derecho, acerca del pago de sus honorarios .

No obstante, lo anterior, en un nuevo pronunciamiento del 18 de julio de 2019 mediante sentencia de unificación el Consejo de Estado-Sección Tercera preciso:

“(...) En virtud de lo anterior, debe entenderse que, como el derecho es una profesión liberal, quienes lo ejercen están obligadas a expedir la respectiva factura o su documento equivalente (el cual debe satisfacer los requisitos previstos en el artículo 617 del mismo estatuto); por tanto, si los abogados están obligados a expedir una factura por el valor de sus honorarios profesionales, es dable concluir que ésta es la prueba idónea del pago.

Así, en armonía con las referidas normas tributarias, en los eventos de privación injusta de la libertad, cuando el demandante pretenda obtener la indemnización del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales cancelados al abogado que asumió la defensa del afectado directo con la medida dentro del proceso penal, quien haya realizado el pago deberá aportar: i) la prueba de la real prestación de los servicios del abogado y ii) la respectiva factura o documento equivalente expedido por éste, en la cual se registre el valor de los honorarios correspondientes a su gestión y la prueba de su pago, de suerte que, si solo se aporta la factura o solo se allega la prueba del pago de la misma y no ambas cosas, no habrá lugar a reconocer la suma pretendida por concepto de este perjuicio(...).”

Con fundamento en la anterior jurisprudencia y teniendo en cuenta que al proceso se arribó solamente un paz y salvo de honorarios sin la debida factura o el equivalente a esta, la Sala confirmará la decisión de la juez de instancia, en cuanto

negó el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, en la medida de que no existe prueba alguna de que efectivamente se haya realizado el pago de los mismos.

7.2.2. Lucro cesante.

Por último, pretende la parte en su recurso de impugnación, se le reconozca por concepto de perjuicio material en la modalidad de lucro cesante consolidado, las sumas dinerarias dejadas de percibir por el tiempo en que estuvo detenido, partiendo del salario mínimo legal mensual vigente para la época de los hechos.

En relación con la anterior pretensión, la Sala considera que, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de nuestro Órgano de Cierre, es procedente el reconocimiento de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, siempre y cuando se demuestre que la persona desarrollaba una actividad económicamente productiva.

Ahora bien, respecto al salario percibido por la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO no se encuentra en el expediente prueba que acredite dicho ingreso, por lo anterior, se debe aplicar la presunción del Salario Mínimo Legal Mensual Vigente⁴³, por la cual se supone que la actora devengaba dicha suma para la época en la que desarrollaba su actividad productiva.

En consecuencia, se reconocerá el perjuicio material en modalidad de lucro cesante, a favor de la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO, de la siguiente manera:

Periodo de privación de la libertad	16 meses 12 (días)
Periodo a indemnizar	16,04

Para tal fin se liquida el lucro cesante de la siguiente manera:

Lucro cesante consolidado:

$$S = Ra (1 + i)^n - 1$$

Donde:

Ra= Renta actualizada

n= Periodo (meses)

i= interés técnico

Se tomará como el ingreso base de liquidación el salario mínimo vigente actualmente (\$908.526) en tanto resulta más favorable que actualizar el que regía en la época de los hechos. Así, al subrogar los valores en las convenciones de la fórmula resulta:

Ra: \$908.526

⁴³ Providencias: Sentencia, fecha 13 de noviembre de 2008, exp. 76001-23-31-000-1995-01932 (17004). Sentencia de fecha 12 de mayo de 2011, exp. 20665. Sentencia de fecha 28 de enero de 2015, exp. 68001-23-31-000-2002-01343-01 (35929). Sentencia de fecha 14 de mayo de 2014, exp- 25000-23-26-000-2005-02604-01 (39267)

n: 16,04 meses

i: 0.004867

$S = 908.526 (1+0.004867)^{16,04} - 1$
0.004867

S = \$ 15.118.461

La suma a reconocer por lucro cesante consolidado a favor de la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO es de QUINCE MILLONES CIENTO DIECIOCHO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y UN PESOS \$15.118.461 m/cte.

8. Condena en costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

Así pues, el Código General del Proceso, en su artículo 365, en cuanto a la condena en costas establece en su numeral 1º que se condenará en ellas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación, o revisión que haya propuesto.

Por consiguiente, se condenará a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en las costas de segunda instancia, siempre y cuando se hayan causado y en la medida de su comprobación, evento en el cual se ordena incluir como agencias en derecho el equivalente a dos (2) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, que deberán cancelar las demandadas por partes iguales. Por secretaría del Juzgado de origen se efectuará la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, Sala Oral de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el pasado 18 de mayo de 2020 por el Juzgado Noveno (9º) Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en el sentido de CONDENAR a la NACIÓN- RAMA JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar a la señora ALBA CRISTINA OSORIO LOZANO, por perjuicios materiales, por concepto de lucro cesante, la suma de QUINCE MILLONES CIENTO DIECIOCHO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y UN PESOS \$15.118.461.

SEGUNDO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia recurrida.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la RAMA JUDICIAL, en los términos considerados en la parte motiva de esta decisión

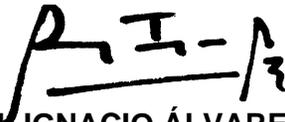
CUARTO: Las entidades demandadas darán cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro de los términos indicados en los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A.

QUINTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de decisión del día de hoy.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,



ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA



BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS



JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO

Se suscribe esta providencia con firmas electrónica y escaneada, ante las medidas de aislamiento preventivo obligatorio decretada por el Gobierno Nacional con el fin de evitar la propagación de la pandemia del COVID-19 –coronavirus-en Colombia. No obstante, se deja expresa constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada por cada uno de los magistrados que integran la Sala de Decisión a través de la plataforma tecnológica Teams y correos electrónicos institucionales

Firmado Por:

Jose Aleth Ruiz Castro

Magistrado

Oral 006

Tribunal Administrativo De Ibaguè - Tolima

Código de verificación: **dbc7adac9391bbdac0260fecff79afb6e9ce7f31c59592f40a31d3aa12dfe11**

Documento generado en 12/08/2021 09:28:40 p. m.