CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 05001-23-31-000-2006-03757-01(45358)

Actor: ABELARDO ANTONIO FORTICH PERCY Y OTROS

Demandado: NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Tema: **PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD MIENTRAS SE DEFINE SITUACIÓN JURÍDICA** - El daño antijurídico no se configura cuando la orden de captura se profiere con fines de indagatoria, si se cumplen los plazos establecidos en la normativa penal vigente para resolver la situación jurídica del detenido, siempre que la medida no sea arbitraria.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 7 de febrero de 2012 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Octava de Decisión, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El señor Abelardo Antonio Fortich fue capturado el 21 de diciembre de 2003, junto con otras personas residentes en el municipio de Angostura, Antioquia, por órdenes de la

Fiscalía, sindicado de los presuntos delitos de rebelión y concierto para delinquir con fines de secuestro, extorsión y terrorismo. Estuvo privado de la libertad por un período de 25 días. El 13 de enero de 2004, la Fiscalía Segunda Especializada de Medellín resolvió su situación jurídica, se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento y ordenó su libertad. Posteriormente, el 13 de diciembre de 2004, la Fiscalía Segunda Especializada de Medellín precluyó la investigación a su favor, en consideración a que obró amparado en una causal de ausencia de responsabilidad, dado que se encontraba ejerciendo su profesión de médico.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

En escrito presentado el 28 de noviembre de 2006 (fl. 12, c. 1), los señores Abelardo Antonio Fortich Percy, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad, Fernán Alejandro Fortich Gómez y Jorge Andrés Fortich Tolosa; Ligia Amparo Gómez Ruiz; Jairo Hernán Fortich Tolosa y Jesús Alberto Fortich Tolosa, por conducto de apoderado judicial (fls. 26 a 28, c. 1), interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación, con el fin de que se le declarara patrimonialmente responsable por los perjuicios causados con motivo de la privación injusta de la libertad que soportó el señor Abelardo Antonio Fortich Percy, entre el 21 de diciembre de 2003 y el 16 de enero de 2004.

Los demandantes solicitaron que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas (fls. 2 y 3, c. 1):

> *1. DECLÁRESE que LA NACIÓN COLOMBIANA – (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) es responsable administrativamente por el daño antijurídico causado a los demandantes: ANTONIO* (sic) *FORTICH PERCY (víctima), AMPARO GÓMEZ RUIZ (compañera permanente de la víctima), JORGE ANDRÉS FORTICH TOLOSA (hijo de la víctima), JAIRO HERNÁN FORTICH TOLOSA (hijo de la víctima), JESÚS ALBERTO FORTICH TOLOSA (hijo de la víctima), y FERNANDO ALEJANDRO FORTICH GÓMEZ (hijo de la víctima), por haber sido sometido el primero de ellos a: privación injusta de la libertad entre el 21 de diciembre de 2003 al 16 de enero de 2004 en la Cárcel del Distrito Judicial de Bellavista.*
>
> *Como consecuencia de la Declaración de Responsabilidad, CONDÉNESE A LA NACIÓN COLOMBIANA – (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) a pagar a los demandantes, como PRETENSIÓN PRINCIPAL por concepto de PERJUICIOS MORALES, los salarios mínimos legales mensuales que a continuación se indican (por el valor vigente a la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso), junto con los intereses comerciales que se causen durante los seis meses siguientes a dicha ejecutoria y los moratorios que se originen después de ese término:*

Demandante	***Relación***	***Cantidad***	***Valor actual***
ANTONIO (sic) *FORTICH PERCY*	*(Víctima)*	*100 SMLM*	*$38.150.000*
AMPARO GÓMEZ RUIZ	*Compañera*	*100 SMLM*	*$38.150.000*
FERNANDO A. FORTICH G.	*Hijo*	*100 SMLM*	*$38.150.000*
JORGE ANDRÉS FORTICH T.	*Hijo*	*100 SMLM*	*$38.150.000*
JAIRO HERNÁN FORTICH T.	*Hijo*	*100 SMLM*	*$38.150.000*
JESÚS ALBERTO FORTICH T.	*Hijo*	*100 SMLM*	*$38.150.000*
Totales		*600 SMLM*	*$228.900.000*

3.- Como PRETENSIÓN SUBSIDIARIA se cancelen los PERJUICIOS MORALES conforme a jurisprudencia del Consejo de Estado, que determina que se tasan en las cantidades de oro fino indicadas a continuación (Convertidas a pesos de acuerdo con el valor que de dicho metal certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso):

Demandante	***Relación***	***Cantidad***	***Valor actual***
ANTONIO (sic) *FORTICH PERCY*	*(Víctima)*	*1.000 Grs.*	*$15.000.000*
AMPARO GÓMEZ RUIZ	*Compañera*	*1.000 Grs.*	*$15.000.000*
FERNANDO A. FORTICH G.	*Hijo*	*1.000 Grs.*	*$15.000.000*
JORGE ANDRÉS FORTICH T.	*Hijo*	*1.000 Grs.*	*$15.000.000*
JAIRO HERNÁN FORTICH T.	*Hijo*	*1.000 Grs.*	*$15.000.000*
JESÚS ALBERTO FORTICH T.	*Hijo*	*1.000 Grs.*	*$15.000.000*
Totales		*6.000 Grs.*	*$90.000.000*

4.- Igualmente CONDÉNESE A LA NACIÓN COLOMBIANA – (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN), a pagar a ANTONIO (sic) *FORTICH PERCY por concepto de PERJUICIOS MATERIALES:*

4.1.- Por DAÑO EMERGENTE, que son las sumas de dinero que la víctima tuvo que sufragar a causa y razón del daño antijurídico que sufre por el actuar negligente del Estado cuando es privado de la libertad sin reunirse los presupuestos de ley para el efecto, consistentes en la suma de cinco millones de pesos ($5.000.000.oo) que a título de honorarios profesionales canceló a su defensor contractual el doctor MARIO SALAZAR MARÍN, quinientos mil pesos ($500.000.oo) que tuvo que sufragar por alimentación, aseo, lugar para dormir e implementos personales en el lugar de detención y la suma de un millón de pesos ($1.000.000.oo) que se cancelaron por gastos de transporte y alojamiento de su compañera e hijos para desplazarse desde el municipio de Angostura y la ciudad de Barranquilla, a la ciudad de Medellín, para contratarle su abogado, revisar el proceso y hacerle visita; lo que arroja como cifra por DAÑO EMERGENTE seis millones quinientos mil pesos ($6.500.000.oo), ajustados con base en los índices de precios al consumidor que correspondan al mes de diciembre de 2003 y al mes anterior a la ejecutoria del fallo, junto con los intereses comerciales que se causen durante los seis meses siguientes a tal ejecutoria y los moratorios que se originen después de ese término, sumas que hoy se estiman así:

Demandante	***Ind. Debida***	***Ind. Futura***	***Ind. Total hoy***
ANTONIO (sic) *FORTICH PERCY*	*$6.500.000*	*$ - 0 -*	*$6.500.000*
Totales	*$6.500.000*	*$ - 0 -*	*$6.500.000*

4.2.- POR LUCRO CESANTE, las sumas de dinero dejadas de percibir durante un periodo de veintitrés (23) días, que ascienden a dos millones trescientos mil pesos ($2.300.000.oo), a razón de tres millones de pesos ($3.000.000.00) mensuales que son en promedio los ingresos que percibía mi poderdante, antes de su detención, de

su profesión de médico general ejecutada en el Hospital San Juan de Dios de Angostura y en forma particular, ajustados con base en los índices de precios al consumidor que correspondan al mes de diciembre de 2003 y al mes anterior a la ejecutoria del fallo junto con los intereses comerciales que se causen durante los seis meses siguientes a tal ejecutoria y los moratorios que se originen después de ese término, sumas que hoy se estiman así:

Demandante	***Ind. Debida***	***Ind. Futura***	***Ind. Total hoy***
ANTONIO (sic) *FORTICH PERCY*	*$2.300.000*	*$ - 0 -*	*$2.300.000*
Totales	*$2.300.000*	*$ - 0 -*	*$2.300.000*

5.- ORDÉNESE A LA NACIÓN COLOMBIANA – (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN), a cumplir la sentencia en la forma prevista en los Arts. 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

En la demanda se narró que, el 21 de diciembre de 2003, el señor Abelardo Antonio Fortich Percy fue capturado, junto con otras personas residentes en el municipio de Angostura, Antioquia, por órdenes de la Fiscalía 51 Especializada, destacada en la Sijin de Antioquia y Ceat de Medellín, sindicado de los delitos de rebelión y concierto para delinquir con fines de secuestro, extorsión y terrorismo.

Una vez detenido, el señor Fortich Percy fue trasladado en helicóptero hasta el municipio de Santa Rosa, Antioquia, junto con otras personas residentes en Angostura; de ahí fue llevado en camión a la ciudad de Medellín, en donde permaneció bajo custodia en el comando de la Policía Departamental de Antioquia.

Se afirma en la demanda que durante el tiempo en el que el señor Fortich Percy y los otros capturados estuvieron en las instalaciones del comando de la Policía Departamental de Antioquia (22 y 23 de diciembre de 2003), fueron filmados y fotografiados por varios medios de comunicación (prensa escrita y televisión), regionales y nacionales, que transmitieron las imágenes y los señalaron como cabecillas de un grupo guerrillero.

El 13 de enero de 2004, la Fiscalía Segunda Especializada de Medellín resolvió la situación jurídica del señor Fortich Percy y se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento, decisión que, según la parte actora, obedeció a que "*no existía prueba real que comprometiera su responsabilidad, sino meros indicios consistentes en señalamientos de 'fuentes de alta credibilidad' y además de ello en razón a que le asistía causal de justificación 'en ejercicio de un deber legal', dada la profesión de médico que ejerce*".

2. Trámite en primera instancia

Mediante auto del 17 de abril de 2007, el Juzgado 23 Administrativo de Medellín inadmitió la demanda, por cuanto **(i)** solo se allegó el poder conferido por el señor Abelardo Antonio Fortich Percy y **(ii)** no se aportó copia de los registros civiles de nacimiento de los otros demandantes, que aparecen como hijos de la víctima directa, ni de las declaraciones extrajuicio señaladas en la demanda como prueba sumaria de la relación de pareja existente entre Abelardo Fortich Percy y Ligia Amparo Gómez Ruiz.

Una vez subsanados los defectos señalados, el juzgado admitió la demanda por medio de auto del 3 de mayo de 2007, el cual se notificó en debida forma a la demandada y al Ministerio Público (fls. 36 vto. y 38, c. 1).

La Fiscalía General de la Nación contestó la demanda dentro de la correspondiente oportunidad procesal y se opuso a las pretensiones en ella formuladas. Como razones de la defensa, sostuvo que tiene el deber constitucional y legal de investigar las conductas punibles y, en tal virtud, estaba facultada para ordenar la captura del señor Abelardo Antonio Fortich Percy y el allanamiento a su residencia, decisiones que, en su criterio, no fueron arbitrarias o ilegales, sino que obedecieron a un largo proceso de seguimiento e inteligencia por parte de los funcionarios de la policía judicial, dentro del cual, incluso, se recibió la declaración de un reinsertado del grupo guerrillero FARC, quien manifestó que el investigado "*había atendido a un comandante del frente 36 de las FARC, y este, en agradecimiento, le había regalado un revólver calibre 32*".

Agregó que solo en desarrollo de la investigación se pudo establecer que, pese a que el hecho sí existió y que la conducta era típica, el señor Fortich Percy actuó amparado en una causal eximente de responsabilidad penal, como lo era la prestación de sus servicios médicos, luego de lo cual se ordenó su libertad inmediata.

Con fundamento en los anteriores argumentos, propuso las siguientes excepciones: aplicación de la teoría de las cargas públicas; ausencia de daño antijurídico; prudencia, diligencia y cuidado de la Fiscalía General de la Nación en su actuar dentro del proceso penal adelantado al demandante; actuación conforme a derecho y en cumplimiento de un deber-poder legal e inexistencia de la obligación de indemnizar (fls. 39 a 46, c. 1).

A través de auto del 26 de octubre de 2007 (fls. 57 y 58, c.1), el juzgado abrió el proceso a pruebas y ordenó su práctica. Sin embargo, posteriormente, mediante auto del 24 de octubre de 2008, declaró la falta de competencia para continuar conociendo del proceso

y ordenó remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia, con base en la providencia del 9 de septiembre de 2008, dictada por la Sala Plena de esta Corporación, que estableció que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, los Tribunales Administrativos (en primera instancia) y el Consejo de Estado (en segunda instancia) son los competentes para conocer de las acciones de reparación directa derivadas del error jurisdiccional, la privación injusta de la libertad y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, sin consideración a la cuantía del proceso.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de auto del 25 de agosto de 2009 (fls. 76 a 79, c. 1), se declaró competente para continuar conociendo en primera instancia del proceso de reparación directa promovido por el señor Abelardo Antonio Fortich Percy y otros contra la Fiscalía General de la Nación. Concluido el período probatorio, mediante proveído del 14 de octubre de 2009 (fl. 80, c.1), corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo; no obstante, esos sujetos procesales guardaron silencio en esta etapa procesal.

3. La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 7 de febrero de 2012 (fls. 86 a 92, c. segunda instancia), el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Octava de Decisión, negó las pretensiones de la demanda, por considerar que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, en tanto no demostró los hechos que narró en la demanda.
Señaló, además, que la parte actora no realizó ningún esfuerzo para que se allegara la copia completa de la investigación penal adelantada en contra del señor Abelardo Antonio Fortich Percy, con el fin de demostrar que efectivamente la privación de la libertad que sufrió fue injusta.

4. El recurso de apelación

De manera oportuna, la parte actora presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. En concreto, adujo que las pruebas aportadas y recaudadas eran suficientes para adquirir certeza de la privación injusta de la libertad que sufrió el señor Abelardo Antonio Fortich Percy. Agregó que, de hecho, tales pruebas no fueron tachadas de falsas por la parte demandada (fls. 94 y 95, c. segunda instancia).

5. El trámite en segunda instancia

El recurso presentado fue admitido por auto calendado el 9 de noviembre de 2012 (fl. 100 c. segunda instancia). Posteriormente, mediante providencia del 24 de enero de 2013 (fl. 102, c. segunda instancia), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo. En esa oportunidad la parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

La Fiscalía General de la Nación reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y, adicionalmente, sostuvo que la parte actora no allegó ninguna prueba que acreditara lo aducido en la demanda, omisión que, a su juicio, constituye un eximente de responsabilidad a favor de la entidad. Por tanto, la sentencia de primera instancia, que denegó las pretensiones de la demanda, debe ser confirmada.

II. CONSIDERACIONES

1. Prelación de fallo

La Sala decide el presente caso en virtud del acta Nº 10 del 25 de abril de 2013, en la cual la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado aprobó que los eventos de privación injusta de la libertad podrán fallarse por las Subsecciones, sin sujeción al turno respectivo, pero respetando el año de ingreso del expediente al Consejo de Estado.

2. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 7 de febrero de 2012, habida cuenta de que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y las consideraciones de la Sala Plena del Consejo de Estado en auto de 9 de septiembre de 2008, la competencia para conocer de las acciones de reparación directa que se instauren por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se encuentra radicada en los

Tribunales Administrativos en primera instancia y en el Consejo de Estado en segunda instancia, sin consideración a la cuantía del proceso[1].

3. El ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto en el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción de reparación directa debía instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, de la omisión, de la operación administrativa o de la ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

Tratándose de acciones de reparación directa por la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia reiterada de esta Sección del Consejo de Estado ha considerado que el término de caducidad se empieza a contar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, de la sentencia absolutoria o desde que queda en libertad el procesado, lo último que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad[2].
En el expediente reposa la providencia proferida el 13 de diciembre de 2004 (fls. 147 a 206, c. 12 anexo), por medio de la cual la Fiscalía Segunda Especializada de Medellín precluyó la investigación que por los delitos de rebelión y concierto para delinquir con fines de secuestro, extorsión y terrorismo se adelantaba, entre otros, contra el señor Abelardo Antonio Fortich Percy.

La referida providencia quedó ejecutoriada el 7 de marzo de 2005, según se extrae de la constancia obrante a folio 262 del cuaderno 12 anexo, por lo que al haberse presentado la demanda el 28 de noviembre de 2006 (fl. 12, c. 1), resultaría que la acción se ejerció oportunamente.

4. La legitimación en la causa

El demandante Abelardo Antonio Fortich Percy fue la víctima directa del daño alegado, esto es, la persona privada de la libertad; los señores Jorge Andrés Fortich Tolosa,

---

[1] Auto del 9 de septiembre de 2008 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expediente: 11001-03-26-000-2008-00009-00. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
[2] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 2002, expediente: 13.622, M.P. María Elena Giraldo Gómez, reiterada en sentencia del 11 de agosto de 2011 por la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación, expediente: 21.801, M.P. Hernán Andrade Rincón. También puede consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto de 19 de julio de 2010, expediente: 37.410, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Jairo Hernán Fortich Tolosa, Jesús Alberto Fortich Tolosa y Fernán Alejandro Fortich Gómez demostraron su condición de hijos del afectado directo (fls. 29 a 33, c.1), de donde se infiere que tienen un interés para solicitar la indemnización por los perjuicios causados, por tanto, se concluye que cuentan con legitimación en la causa por activa.

En relación con la señora Ligia Amparo Gómez Ruiz, se tiene acreditado que era la compañera permanente del señor Fortich Percy para la época en que este fue privado de la libertad, tal como se desprende de los testimonios que fueron rendidos en el proceso (fls. 69 y 70, c. 1):

- **Jonathan de Jesús Orozco**

PREGUNTA NÚMERO DOS: Conoció usted al señor ABELARDO ANTONIO FORTICH PERCY, en caso positivo durante cuánto tiempo y en razón de qué? CONTESTÓ: Sí lo conocí, porque era el médico del Hospital de Angostura y lo conocí por ahí unos 6 o 7 años.
(…)
PREGUNTA NÚMERO SEIS: Indique al despacho para la época de la captura del señor ABELARDO FORTICH este con quién convivía? CONTESTÓ: Con la señora AMPARO y su hijo (…).

- **Viviana Carvajal Zapata**

PREGUNTADO (sic)*: Conoció usted al señor ABELARDO ANTONIO FORTICH PERCY? CONTESTÓ: Sí lo conocí por 8 años, y lo conocí por cuestiones de trabajo.*
(…)
PREGUNTA NÚMERO CINCO: Manifieste para la época de la captura del señor FORTICH este con quién convivía y si era cabeza de familia o quién aportaba los ingresos económicos a su familia? CONTESTÓ: Por lo que yo tenía entendido con la compañera permanente AMPARO no le sé el apellido y su hijo (…).

- **Ubaldo Osorio Giraldo**

PREGUNTA NÚMERO DOS: Conoce usted al señor ABELARDO ANTONIO FORTICH PERCY, en caso positivo en razón de qué y cuánto tiempo hace (sic)*? CONTESTÓ: Sí lo conozco como médico general del hospital y hace aproximadamente 8 años.*
(…)
PREGUNTA NÚMERO CINCO: Para la época de la captura y detención del señor FORTICH este con quién convivía, si era cabeza de familia o quién aportaba los ingresos económicos a esta familia? CONTESTÓ: Él vivía con la señora AMPARO GÓMEZ R. y era cabeza de familia y él era quien aportaba lo del sustento para esa familia (…).

Los testigos aseguraron que conocían a la pareja conformada por los señores Ligia Amparo Gómez Ruiz y Abelardo Antonio Fortich Percy, desde hacía varios años, esto es, en época anterior a los hechos, particularmente, por el trabajo que este último desempeñaba como médico del hospital de Angostura. La Sala les confiere credibilidad

porque sus dichos son coherentes, claros, verosímiles y guardan armonía con los demás medios de prueba que obran en el expediente.

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva, se verifica que el daño que se invoca en la demanda proviene de actuaciones y decisiones adelantadas por la Nación – Fiscalía General de la Nación, la cual se acusa de ser la causante de los daños cuya indemnización reclama la parte actora.

5. Problema jurídico

La Sala deberá decidir si en el presente caso se reúnen los presupuestos necesarios para declarar a la Nación – Fiscalía General de la Nación patrimonialmente responsable por los daños sufridos por los demandantes por la privación de la libertad del señor Abelardo Antonio Fortich Percy, ordenada dentro de la investigación penal que se adelantó en su contra por los delitos de rebelión y concierto para delinquir con fines de secuestro, extorsión y terrorismo, que culminó con resolución de preclusión de la instrucción, con fundamento en que la conducta por él desplegada no constituía hecho punible, por haberse configurado una causal eximente de responsabilidad.

6.1. El daño

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

En el caso concreto, el daño alegado por los demandantes es la privación de la libertad del señor Abelardo Antonio Fortich Percy sufrida en el marco de la investigación penal que se adelantó en su contra.

La Sala considera que no hay duda de la existencia del daño alegado, pues se encuentra acreditado que el señor Abelardo Antonio Fortich Percy estuvo privado de la libertad dentro del proceso penal adelantado en su contra por los delitos de rebelión y concierto para delinquir con fines de secuestro, extorsión y terrorismo durante 25 días, período comprendido entre el 21 de diciembre de 2003 y el 16 de enero de 2004, tal como se desprende del acta de derechos del capturado (fl. 113, c. 2 anexo), elaborada por la Unidad Investigativa de Policía Judicial del Departamento de Policía de Antioquia,

y de la boleta de libertad No. 001 (fl. 274, c. 5 anexo), expedida por la Fiscalía Segunda Especializada de Medellín.

Al proceso también concurrieron los señores Fernán Alejandro Fortich Gómez, Jorge Andrés Fortich Tolosa, Jairo Hernán Fortich Tolosa y Jesús Alberto Fortich quienes acreditaron ser hijos del señor Abelardo Antonio Fortich Percy, según consta en sus registros civiles de nacimiento, por lo que se deduce que padecieron un daño como consecuencia de la privación de la libertad de su padre (fls. 27 a 32, c. 1). Igual inferencia se aplica respecto de la señora Ligia Amparo Gómez Ruiz, quien, como se vio, acreditó ser la compañera permanente del afectado directo, mediante los testimonios de los señores Jonathan de Jesús Orozco Villa, Viviana Carvajal Zapata y Ubaldo Osorio Giraldo (fls. 69 y 70, c. 1).

6.2. La imputación

Establecida la existencia del daño es necesario verificar si el mismo es imputable o no a la demandada, aspecto este que constituye el núcleo del recurso de apelación formulado. Según la parte actora, la privación de la libertad a la cual fue sometido el señor Abelardo Antonio Fortich Percy fue injusta y, como consecuencia, hay lugar a declarar su responsabilidad administrativa y patrimonial por los perjuicios que le hubiera podido causar tal medida.

En el expediente está acreditado que, en desarrollo de la operación denominada Marconi, adelantada en varios municipios del departamento de Antioquia (Yarumal, Angostura y Campamento), la Fiscalía 51 Especializada, destacada en la Sijin de Antioquia y Ceat de Medellín, ordenó la captura, entre otros, del señor Abelardo Antonio Fortich Percy, mediante providencia del 3 de diciembre de 2003, con el fin de vincularlos mediante diligencia de indagatoria, para que respondieran por los punibles de rebelión y concierto para delinquir con fines de secuestro, extorsión y terrorismo (fls. 321 a 330, c. 1 anexo). Para el efecto, la Fiscalía argumentó que el señor Fortich Percy "*es médico adscrito al Hospital de Angustura* (sic)*, es el encargado de trasladarse a las veredas para atender a los guerrilleros, señalado por el reinsertado* (de las Farc) *Alias Trompo Loco*".

La captura del señor Fortich Percy y otras 10 personas residentes en el municipio de Angostura, se hizo efectiva el 21 de diciembre de 2003, por parte de miembros de la Policía Nacional con funciones de policía judicial (fls. 97 a 125, c. 2 anexo). Al día

siguiente fueron puestos a disposición de la Fiscalía 51 Especializada, destacada en la Sijin de Antioquia y Ceat de Medellín (fls. 42 a 47, 95 y 96, c. 2 anexo). La diligencia de indagatoria del señor Fortich Percy se realizó el 26 de diciembre de 2003 ante dicha autoridad. En la misma fecha fueron escuchadas en indagatoria las otras diez personas capturadas en el municipio de Angostura, junto con el señor Fortich Percy (fls. 24 a 173, c. 3 anexo).

Una vez finalizada la diligencia de indagatoria, se expidió la respectiva boleta de encarcelamiento del señor Fortich Percy, con destino a la directora de la cárcel de Bellavista, ubicada en el municipio de Bello, Antioquia (fl. 142, c. 3 anexo).

Posteriormente, por medio de resolución del 13 de enero de 2004 (fls. 165 a 209, c. 5 anexo), la Fiscalía Segunda Especializada de Medellín resolvió la situación jurídica del señor Abelardo Antonio Fortich Percy, se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento y ordenó su libertad inmediata, básicamente, por considerar que actuó amparado en una causal de ausencia de responsabilidad, como lo es el ejercicio de su profesión de médico.

El señor Abelardo Antonio Fortich Percy recobró la libertad a partir del 16 de enero de 2004, pero continuó vinculado a la investigación penal, tal como se desprende del acta de la diligencia de compromiso realizada a instancias del Fiscal Segundo Especializado de Medellín (fl. 273, c. 5 anexo).

Más adelante, mediante providencia del 13 de diciembre de 2004 (fls. 147 a 206, c. 12 anexo), la Fiscalía Segunda Especializada de Medellín precluyó la investigación que por los delitos de rebelión y concierto para delinquir con fines de secuestro, extorsión y terrorismo se seguía, entre otros, contra el señor Abelardo Antonio Fortich Percy, para lo cual esgrimió los siguientes argumentos:

> *DEL PERSONAL MÉDICO*
>
> *Respecto al personal médico, la situación no ha variado tal como se consideró en la resolución que les resolvió la situación jurídica, también les es aplicable la causal quinta del artículo 32 del Código Penal, de ausencia de responsabilidad que dice 'Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público'. Esto es, cuando alguien en ejercicio de una actividad lícita, como es el caso de la medicina que es autorizada por el Derecho o en ejercicio de un cargo público se comporta de cierta manera en razón de ese ejercicio.*
>
> *Procedo entonces a analizar si la conducta típica llevada a cabo por el personal médico de los hospitales de San Rafael del municipio de Angostura y el de la Sagrada*

Familia de Campamento, caven (sic) *dentro de esas hipótesis justificantes y si se cumplen las exigencias objetivas y subjetivas de la regla en comento.*

Entonces, para ese análisis tenemos que echar mano del ordenamiento jurídico vigente (Constitución Política, instrumentos internacionales, leyes, decretos y demás actos administrativos). Para decir desde ya que esta Delegada comparte en gran parte los argumentos de los profesionales del derecho que ejercen la defensa del citado personal médico, razón por la cual se hará cita de ellos.

Veamos las condiciones que exige esa exculpante, para considerar si el referido personal médico pudo haber obrado en amparo de dicha hipótesis, 1) miremos si la medicina es una actividad lícita, reconocida, tenemos que decir que sí, que está amparada en los artículos 25 y 26 de la Constitución Política, además es una actividad auspiciada por el Estado en la medida que apunta al aseguramiento de bienes básicos de las personas como son la vida, la integridad física o síquica y la salud. Existe igualmente una norma que regula, reglamenta y controla ese ejercicio de la actividad médica (Ley 23 de 1981 y su decreto reglamentario 3380 del mismo año);

2) Miremos si los sindicados para ejercer esa profesión tenían las calidades o la autorización oficial, porque el ejercicio de la medicina como de la odontología, exige de licencia para ejercerla, tenemos que decir que igualmente esta condición se cumple, todos cuentan con sus respectivas licencias para el ejercicio de la profesión igualmente, no solamente están autorizados para ejercer sus profesiones sino que además tienen vinculación laboral con los referidos hospitales, eso se desprende de sus respectivas indagatorias;

3) Miremos si el hecho típico se cometió en el ejercicio, en el desempeño de una actividad profesional, si está ajustado a derecho, si está autorizada por el ordenamiento, tenemos que decir que esa condición se satisface, de las pruebas aportadas, es claro que los servicios de salud en los municipios de Angostura y Campamento, no solamente se prestaban en el interior de los hospitales y centros de salud, sino que también se hacían penetraciones para lograr la atención de aquella población distante a las áreas urbanas donde generalmente están ubicados, a los hospitales, centros y puestos de salud, a través de las denominadas 'Brigadas de Salud'; y además es lícito, por cuanto tanto el médico como el odontólogo están en la obligación y en el deber de dispensar los beneficios de la medicina a toda persona que lo necesite sin distingo de orden religioso, político, racial, económico, de origen nacional o de otra índole que implique discriminación.

4) Finalmente, observemos si los citados sindicados obraron con la finalidad propia de la actividad profesional, de sus injuradas y de la declaración de la ex gerente de uno de los hospitales citados, señora BLANCA OFELIA ARANGO así como del ex guerrillero JULIO CÉSAR HOYOS, la atención de los sindicados a los guerrilleros del Frente 36 de las FARC, tenemos que decir que hasta este momento procesal, fue exclusivamente con fines curativos, como la atención a guerrilleros heridos en el hospital después de una toma guerrillera, tal como lo admite uno de los médicos.
(…).

Valorado en conjunto el material probatorio que antecede, ha de decirse que se encuentra acreditado en el presente caso que, con fundamento en la denuncia interpuesta por un reinsertado de un grupo armado al margen de la ley, la Fiscalía 51 Especializada, destacada en la Sijin de Antioquia y Ceat de Medellín, libró orden de captura en contra del señor Abelardo Antonio Fortich Percy, por los delitos de rebelión y concierto para delinquir con fines de secuestro, extorsión y terrorismo, la cual tenía como finalidad escucharlo en diligencia de indagatoria.

Así mismo, está probado que, el 13 de enero de 2004, la Fiscalía de conocimiento se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en contra del señor Fortich Percy y, como consecuencia, ordenó su libertad inmediata.

Finalmente, se acreditó que la Fiscalía Segunda Especializada de Medellín precluyó la investigación a favor del señor Fortich Percy, en consideración a que obró amparado en una causal de ausencia de responsabilidad, como lo es el ejercicio de la medicina.

Como se ve, este es uno de esos casos en los que se ordena la captura con fines de indagatoria y posteriormente no se impone medida de aseguramiento.

En ese sentido, la Sala ha señalado[3] que, desde la óptica de la responsabilidad del Estado, es factible inferir que cuando una persona capturada no es sujeto de una medida de aseguramiento de detención preventiva por parte de la Fiscalía General de la Nación, esa responsabilidad no queda comprometida de manera objetiva, si se tiene en cuenta que, para que se abra paso, se debe analizar la falla derivada de la inobservancia de los términos legales que debían correr una vez materializada la captura, caso en el cual se configuraría una prolongación indebida de la restricción de la libertad.

El artículo 336 de la Ley 600 de 2000, ley vigente para la época de los hechos, establecía que en los casos en los cuales el delito investigado fuera de aquellos en los que resultaba obligatorio resolver situación jurídica, el fiscal podía prescindir de la citación a rendir indagatoria y librar orden de captura, tal como ocurrió en el presente caso.

En efecto, los delitos de rebelión y concierto para delinquir con fines de secuestro, extorsión y terrorismo, por los cuales fue capturado el señor Abelardo Antonio Fortich Percy tenían previstas, en su orden, penas de prisión de seis (6) a nueve (9) años (artículo 467 de la Ley 599 de 2000) y de ocho (8) a dieciocho (18) años (artículo 340 de la misma ley), de manera que sobre el mismo procedía la resolución de situación jurídica y, por ende, podía disponerse la captura con fines de indagatoria.

---

[3] Ver, entre otras, las siguientes providencias: **(i)** sentencia del 24 de mayo de 2017, expediente 41.533, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; **(ii)** sentencia del 17 de agosto de 2017, expediente 44.594, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, y **(iii)** sentencia del 10 de noviembre de 2017, expediente 48.433, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico (e).

A su vez, el artículo 354 de la Ley 600 de 2000 disponía que en los delitos en los cuales fuera procedente la medida de aseguramiento debía resolverse la situación jurídica, es decir, en aquellos en los que se verificaran las condiciones del artículo 357 de esa misma ley, esto es, que tuvieran una pena igual o superior a 4 años de prisión.

En ese orden de ideas, se tiene que el artículo 346 de la Ley 600 de 2000, aplicable para la época de los hechos, señalaba que quien hubiera sido capturado por cualquier autoridad debía ser conducido inmediatamente, o a más tardar en el término de la distancia, ante el funcionario judicial competente. Empero, de no ser posible, se le podía recluir en el establecimiento carcelario del lugar o en otro establecimiento oficial destinado para el efecto, con el fin de que "*dentro de la primera hora hábil del día siguiente*", se pusiera a disposición de esta última autoridad.

Con todo, según el mencionado artículo 346, en ningún caso el capturado podía permanecer más de 36 horas a cargo de una autoridad distinta a la judicial (fiscal o juez de conocimiento).

Por su parte, el artículo 340 de la Ley 600 de 2000, disponía que producida la captura y conducido el capturado a la autoridad judicial competente, la indagatoria debía recibirse a la mayor brevedad posible o a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a aquél en que el capturado era puesto a disposición del Fiscal General de la Nación o su delegado, término que se duplicaría si hubiere más de dos capturados en la misma actuación procesal y la aprehensión se hubiera realizado en la misma fecha.

El artículo 354 de la misma ley prescribía que cuando la persona se encontraba privada de la libertad, rendida la indagatoria, el funcionario judicial debía definir la situación jurídica por resolución interlocutoria, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, indicando si había lugar o no a imponer medida de aseguramiento si existía prueba que la justificara u ordenando su libertad inmediata.

Así mismo, dicha norma indicaba que el plazo para resolver situación jurídica era de diez (10) días, contados a partir de la indagatoria o de la declaratoria de persona ausente, según el caso, **(i)** cuando el sindicado no estaba privado de la libertad y **(ii)** cuando eran cinco o más las personas aprehendidas, siempre que la captura de todas se hubiere realizado en la misma fecha.

De todo lo anterior, se observa que la captura del señor Abelardo Antonio Fortich Percy se efectuó el 21 de diciembre de 2003 y que fue escuchado en indagatoria el 26 siguiente[4], de manera que la Fiscalía cumplió con el término señalado para dicha diligencia en el artículo 340 de la Ley 600 de 2000, teniendo en cuenta que hubo más de dos capturados en la misma actuación procesal y que la aprehensión se realizó en la misma fecha.

Igualmente, se advierte que dentro de los 10 días hábiles[5] siguientes a la diligencia de indagatoria, esto es, el 13 de enero de 2004, la Fiscalía Segunda Especializada de Medellín resolvió la situación jurídica del señor Fortich Percy, se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento y ordenó su libertad inmediata, de lo cual se infiere que la Fiscalía no excedió el término previsto en el artículo 354 de la Ley 600 de 2000, para aquellos eventos en que sean más de cinco las personas capturadas en la misma fecha.

Siendo así, como la orden de captura fue ordenada por una autoridad competente, se ajustó a los presupuestos previstos en la ley, en especial cumplió los plazos legales para oír al demandante en indagatoria y resolver su situación jurídica, según los artículos 340 y 354 de la Ley 600 de 2000, se puede concluir que el daño reclamado dejó de ser antijurídico, tal como lo ha considerado esta Subsección en casos similares[6], toda vez que el demandante no fue objeto de medida de aseguramiento u otra medida de privación de su libertad. De hecho, tampoco se demostró que la detención hubiere sido arbitraria.

Sobre este último punto, recientemente, la Sala[7] recordó que la Corte Constitucional, en sentencia C-037 de 1996, al analizar la exequibilidad del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, sostuvo que uno de los eventos en los que se podía configurar una privación injusta de la libertad era el caso de las detenciones arbitrarias. Así se razonó en aquella providencia en relación con el artículo 68 de la ley 270 de 1996[8]:

---

[4] En la misma fecha fueron escuchadas en indagatoria las otras diez personas capturadas en el municipio de Angostura, Antioquia, junto con el señor Fortich Percy. Ver folios 24 a 173 del cuaderno 3 anexo.
[5] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, auto del 21 de octubre de 2009, expediente: 32.892, M.P: Sigifredo Espinosa Pérez: "(…) *de acuerdo con el criterio jurisprudencial que rige en relación con la Ley 600 de 2000, los términos para resolver situación jurídica se pueden contabilizar hábiles* (…)".
[6] En este sentido, ver **(i)** sentencia del 14 de septiembre de 2017, expediente 47.800, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico (E), y **(ii)** sentencia del 12 de octubre de 2017, expediente 48048. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico (E).
[7] Sentencia del 1º de febrero de 2018, M.P. María Adriana Marín, expediente 46.817.
[8] *Artículo 68. Privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.*

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

El artículo 7.3 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece que nadie puede ser detenido por razones o motivos arbitrarios. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la detención será arbitraria, aunque se haya cumplido con los requerimientos legales, cuando la misma no cumple con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad[9].

Bajo ese contexto, en el caso particular, se tiene que la detención no fue arbitraria. En efecto, al ente investigador no le resultaba posible establecer, desde el inicio de la investigación, que el señor Fortich Percy obraba bajo una causal de ausencia de responsabilidad, toda vez que en ese momento no era claro por qué prestaba sus servicios médicos en zonas de influencia de la guerrilla de las Farc. Para tal fin, era necesario que se recaudaran y practicaran más pruebas, como la declaración de la gerente del hospital de Angostura, que permitieran no solo desvirtuar la declaración del reinsertado de las Farc, que lo señaló de ser auxiliador de ese grupo armado al margen de la ley, sino demostrar que actuó amparado en una causal eximente de responsabilidad, dado el ejercicio de su profesión de médico.

Por último, cabe anotar que si bien es cierto que en la resolución por medio de la cual la Fiscalía Segunda Especializada de Medellín se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en contra del señor Abelardo Antonio Fortich Percy, se consignó que continuaba vinculado a la investigación penal, con el compromiso de acudir ante dicha autoridad cada vez que se lo requiriera, también lo es que del material probatorio obrante en el expediente no se observa ningún llamado del ente instructor en tal

[9] Ver sentencia del 6 de mayo de 2008, que decidió el caso Yvon Neptune vs. Haití.

sentido, ni tampoco se demostró la causación de un perjuicio derivado del proceso penal que siguió en curso, luego de haberse decretado su libertad inmediata.

Sobre el particular, esta Sala ya consideró que "*la suscripción de acta de compromiso, por sí misma, no configura una medida de aseguramiento, esto teniendo en cuenta que en muchos casos, los deberes impuestos al procesado no son diferentes a los que cualquier persona, vinculada a un proceso penal, deba cumplir (presentarse si es requerido, informar el cambio de residencia, etc.)*"[10].

En ese sentido, se considera que tales compromisos u obligaciones no pueden catalogarse como unas restricciones jurídicas que afecten el derecho a la libertad de las personas vinculadas a la actuación penal y, en el evento de llegar a serlo, su ocurrencia, en todo caso, no fue demostrada por los aquí demandantes, luego ninguna responsabilidad le asiste a la Fiscalía General de la Nación.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala confirmará la sentencia proferida el 7 de febrero de 2012 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Octava de Decisión, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, pero por las razones aquí expuestas.

7. Condena en costas

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo normado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 7 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Octava de Decisión, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

---

[10] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de abril de 2017, expediente. 45.228, M.P. Hernán Andrade Rincón.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVOLVER** el expediente a su Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN **MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA