

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicación: 54001 23 31 000 2000 01834 01(30134).

Actor: Edgar Rodríguez Charry y Aminta Charry

Demandado: Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación

Asunto: Acción de reparación directa (Sentencia)

Decide la Sala de Sub-sección C el recurso de apelación presentado por la parte demandada y el Ministerio Público contra la sentencia proferida el 7 de octubre de 2004 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

La demanda fue presentada el 15 de septiembre de 2000 por EDGAR RODRÍGUEZ CARRY (víctima directa) y AMINTA CHARRY (madre) mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas¹:

“1. Que la **NACIÓN COLOMBIANA – RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, son administrativamente responsables de los graves perjuicios causados a los demandantes con motivo de la privación injusta de la libertad, del señor **EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY**, dentro del proceso penal adelantado por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, por presunta infracción a la ley 30 de 1986, dentro del marco de circunstancias de que da cuenta la presente demanda.

2. Que como consecuencia de lo anterior, condénese a la **NACIÓN COLOMBIANA – RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar:

2.1. A **EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY** y a su madre **AMINTA CHARRY**, el valor de los perjuicios morales equivalente a **DOS MIL (2.000) GRAMOS** de oro fino para cada uno de ellos.

Los **DOS MIL (2.000) GRAMOS** solicitados para cada uno de ellos deberá cubrirse con el precio de **TREINTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS**

¹ Fls. 2 a 18 c1

OCHENTA PESOS (\$39.434.680), teniendo en cuenta que el gramo de oro a la fecha de elaboración de la presente demanda (4 de septiembre de 2000) se cotiza en el Banco de la República a **DIECINUEVE MIL SETECIENTOS DIECISIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS (\$19.717.34)**.

En consecuencia, el valor de **TREINTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS OCHENTA PESOS (39.434.680)**, solicitado para cada uno de ellos, deberá actualizarse en la respectiva sentencia con base en el índice de precios al consumidor.

2.3. A **EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY** el valor de los perjuicios materiales (**LUCRO CESANTE**), equivalente a **SEIS MILLONES OCHENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$6.089.674,00) incluido el veinticinco (25%)** por concepto de prestaciones sociales. Los valores anteriores deberán actualizarse en la respectiva sentencia.

2.4. A **EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY** el valor de los perjuicios materiales (**DAÑO EMERGENTE**), equivalente a **SIETE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$7.959.253)**. Los valores anteriores deberán actualizarse en la respectiva sentencia.

2.5. Los intereses moratorios sobre las cantidades que resulten a favor del citado, desde la fecha en que deba hacerse el pago hasta aquella en que efectivamente se realice (Sentencia C-188/99 de la Corte Constitucional). En lo demás deberá darse cumplimiento a lo que señala el artículo 177 del C.C.A.

2.6. Para determinar el valor de los perjuicios morales deberá tenerse en cuenta la reiterada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, relativa a la regulación de dichos perjuicios.

2.7. En la regulación de los perjuicios materiales se tendrán en cuenta los salarios dejados de percibir mientras estuvo privado de su libertad injustamente. Además se actualizará su valor tomando en consideración el índice de precios al consumidor conforme al artículo 178 del C.C.A.

2.8. En caso que dentro del proceso no quedare establecido el valor de los perjuicios, se ordenará el trámite incidental autorizado en los artículos 172, modificado por el art. 56 de la Ley 446 de 1998 y 178 del C.C.A. respectivamente y el artículo 137 del C.P.C.

2.9. Que la NACIÓN COLOMBIANA – RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, debe dar cumplimiento a la sentencia que se dicte a instancias de esta demanda, dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A.” (Sic)

2. Hechos que sustentan las pretensiones

La demanda relaciona los siguientes hechos como fundamento de sus pretensiones:

“1. El día 2 de diciembre de 1996, la Dirección del C.T.I. de Cúcuta, presentó solicitud de allanamiento al Fiscal Regional ante las FF.AA. a unos inmuebles ubicados en la manzana 56 del barrio Claret de esta municipalidad, con fundamento en que había recibido una llamada anónima que daba cuenta que el señor EMILIANO RODRÍGUEZ BAUTISTA en compañía de sus hijos y de NESTOR MANUEL OROZCO procesaban alcaloides y, en la casa del frente, donde habita la hermana del mismo, se guardaban los insumos.

2. Al ser capturados señor EMILIANO RODRÍGUEZ BAUTISTA y NESTOR MANUEL OROZCO, aceptaron la responsabilidad en los hechos y se acogieron al trámite abreviado de sentencia anticipada del proceso.

3. El señor ORLANDO RODRÍGUEZ CHARRY quien manifestó que se encontraba en la casa de sus padres, toda vez, que en su condición de vendedor de gasolina guardaba allí cualquier remanente del combustible, le fue impuesta medida de aseguramiento.

4. El joven EDGAR EDUARDO RODRÍGUEZ RIVEROS, boxeador aficionado, sin conocimiento de los hechos, también fue fulminado con detención preventiva.

5. **EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY**, quien se encontraba de visita en casa de sus progenitores, igualmente le fue impuesta medida de aseguramiento.

6. Ya vinculados al plenario por presunta violación a la ley 30 de 1986, mediante providencia proferida por la Fiscalía Regional de esta ciudad, de fecha 26 de noviembre de 1997, se profiere resolución de acusación contra los señores ORLANDO RODRÍGUEZ CHARRY, EDGAR EDUARDO RODRÍGUEZ RIVEROS y **EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY**

7. La precitada providencia fue objeto de apelación por parte de la defensa técnica de los implicados, **resolviendo la Unidad Delegada ante el Tribunal Nacional mediante providencia de fecha septiembre 17 de 1998, de la siguiente manera:**

(...) 1°) REVOCAR parcialmente el numeral segundo de la resolución calificatoria del 27 de noviembre de 1997 y, en consecuencia, precluir la presente investigación a favor de ORLANDO RODRÍGUEZ CHARRY, **EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY** Y EDGAR EDUARDO RODRÍGUEZ REVEROS, según diligenciamiento adelantado en su contra por el hipotético punible de infracción al artículo 33 del Estatuto Nacional de Estupefacientes.

2°) REVOCAR la medida de aseguramiento de detención preventiva a favor de ORLANDO RODRÍGUEZ CHARRY, **EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY** Y EDGAR EDUARDO RODRÍGUEZ REVEROS y ordenar su libertad inmediata previa comprobación magnitud que no son requeridos por otra autoridad judicial. (...)

8. Concluyó definitivamente para el señor EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY el tortuoso y largo proceso penal adelantado en su contra, que le hizo perder su trabajo y lo mantuvo lejos de su entorno familiar conformado por sus hijos, esposa, madre, hermanos y amigos.

9. En el presente caso, repito, se observa un yerro de tal magnitud que afecta incuestionablemente la responsabilidad del Estado, puesto que las actuaciones amañadas de los miembros del C.T.I. (El presunto sindicado no fue capturado en flagrancia). –Providencia de fecha 17 de septiembre de 1998- evidencia graves falencias que causaron perjuicios a la parte actora susceptibles de indemnización.

10. Al detenernos en el pronunciamiento hecho por la Unidad Delegada ante el TRIBUNAL NACIONAL, vemos que realiza un estudio y un análisis serio sobre los elementos de juicio que integran las sumarias y acerca de la manera como se efectuó la retención por parte de los miembros del C.T.I., en la providencia de fecha 17 de septiembre de 1998, dice:

“al punto que se pueden decir sin dubitación alguna **que el mentado estado de flagrancia en que operó la captura, nunca existió, máxime cuando al arribo de las autoridades este no fue encontrado en situación comprometedor con parte de los elementos ilícitos o expeliendo el olor característico de quien maneja químicos diferentes al consumible gasolina”**

(...) 15. Para el caso que nos ocupa es evidente que la causal en la cual se enmarca la privación de la libertad de **EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY**, es la que hace alusión a **que el sindicado no cometió el hecho punible.**

(...) 17. No se puede pasar por alto el gran perjuicio ocasionado al actor con las publicaciones de los periódicos regionales de Norte de Santander, en donde se deja al descubierto como integrante de una banda de narcotraficantes, no solo consignado su nombre, sino su fotografía, exponiéndolo con ello a toda clase de vejámenes por parte de la sociedad. (...).

18. El sindicado estuvo privado de la libertad en un establecimiento carcelario desde el 2 de diciembre de 1996 hasta el 18 de septiembre de 1998.

19. Si nos atenemos a lo dispuesto por el legislador en el sentido que las providencias que se dicten en segunda instancia, una vez suscritas quedan en el acto ejecutoriadas artículo 197 del C.P.P., en el caso sub iudice la misma quedó en firme el día 17 de septiembre de 1998.

20. El señor **EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY**, para la época de los hechos contaba con 36 años de edad y vivía bajo un mismo techo con señora madre AMINTA CHARRY y en el desarrollo de sus actividades laborales devengaba mensualmente por lo menos el salario mínimo.

21. Como es obvio, se produjeron perjuicios morales, consistentes en la pena que la injusta privación de la libertad le causó al señor **EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY**, y a su señora madre **AMINTA CHARRY**.

22. El señor **EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY**, sufrió perjuicios materiales, consistente en los salarios dejados de percibir durante el tiempo en que estuvo privado de la libertad y además, el valor de los honorarios de abogado que debió cancelar a la persona que le prestó asistencia jurídica al actor dentro del proceso tantas veces citado”².

3. Actuación procesal en primera instancia.

3.1. Admitida que fue la demanda mediante auto del 15 de enero de 2001 expedido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander y notificada la demanda a la Rama Judicial, el asunto se fijó en lista y la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación le dieron respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas³.

3.2. Agotada la etapa probatoria a la que se dio inicio mediante auto del 10 de octubre 2001⁴, por auto del 13 de mayo de 2004 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión⁵.

La Rama Judicial presentó alegatos de conclusión mediante escrito del 27 de mayo de 2004⁶ en el que señala ser “ajena a los hechos y pretensiones de la demanda, toda vez, que a pesar de que la Fiscalía General de la Nación forma parte de la Rama Judicial, cuenta con autonomía administrativa y presupuesto propio, independiente del de la Rama Judicial”.

La Fiscalía General de la Nación presentó alegatos de conclusión mediante escrito del 28 de mayo de 2004⁷ en el que señala que la medida de aseguramiento de detención preventiva fue expedida con base en la captura en flagrancia realizada por los agentes del C.T.I. sobre el aquí demandante el día 2 de diciembre de 1996, señala también que la preclusión de la investigación declarada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional el 17 de septiembre de 1998 fue efectuada con base en el material probatorio que obra en el expediente, razón ésta por la cual no es posible concluir que dicha declaratoria en sí misma genera una falla en el servicio de la Fiscalía pues todas las personas tienen la carga de soportar una investigación por la comisión de un delito cuando medien

² Fls. 4 a 9 c1

³ Fls. 74 y 75 78 a 94 y 105 a 110 c1.

⁴ Fls. 142 a 144 c1.

⁵ Fl. 172 c1.

⁶ Fls. 174 a 177 c1.

⁷ Fls. 178 a 189 c1.

indicios serios en su contra, sin que la absolución final implique que hubo algo indebido en la detención.

La Fiscalía General de la Nación concluye diciendo que como quiera que el fundamento de la declaratoria de preclusión de la investigación fue el principio *in dubio pro reo* establecido en el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, el presente caso no encuadra en los supuestos de una detención injusta señalados en el artículo 414 pues el señor EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY fue absuelto en virtud de la duda razonable que operó a su favor más no con fundamento en que se hubiera demostrado que el hecho no existió, que el detenido no lo cometió o que no constituía hecho punible.

La parte actora presentó alegatos de conclusión mediante escrito del 31 de mayo de 2004⁸ en el cual señala que de la Resolución del 17 de septiembre de 1998 mediante la que se precluyó la investigación a favor de EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, se desprende de forma incuestionable la existencia del daño antijurídico padecido por los demandantes con ocasión de la privación de la libertad por más de 1 año y nueve meses padecida por éste, pues en su texto se expresa que “el mentado estado de flagrancia en que operó la captura, nunca existió”.

4. Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander profirió sentencia de primera instancia el 7 de octubre de 2004⁹ en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda al declarar administrativamente responsable a la Fiscalía General de la Nación por el daño antijurídico padecido por los demandantes como consecuencia de la privación injusta de EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY; condenarla al pago de \$32.220.000 por concepto de perjuicios morales a favor de los demandantes y de \$8.105.297 por concepto de perjuicios materiales a favor de la víctima directa; y denegar las demás súplicas de la demanda.

“La Sala encuentra los supuestos legales para que se configure la responsabilidad del Estado, contenidos en el artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, puesto que el señor EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, se le precluyó [sic] la investigación en la cual se le sindicó de la comisión del delito de elaboración de alcaloides en calidad de coautor con fundamento en que el **hecho el sindicado no lo cometió**.

Tal circunstancia está representada en la prueba documental allegada al proceso evidencian que hay lugar a declarar la responsabilidad de la **Nación Colombiana** y que si bien desde el punto de vista objetivo se estructura la responsabilidad del ente demandado y con ello sería

⁸ Fls. 190 a 208 c1.

⁹ Fls. 216 a 238 cp.

suficiente, también se probaron falencias en el proceso penal como las que resalta la providencia del 17 de septiembre de 1998, que le precluye la investigación en cuanto que **EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY**, no fue retenido en flagrancia al punto que los funcionarios que realizaron el operativo no presentaron cargos en contra de este. De ahí, que los cargos inicialmente formulados por la Fiscalía Regional solo se basaron en dos circunstancias que se hacen consistir en que el sindicato EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, se encontraba en el inmueble donde se realizó el allanamiento y en los vínculos de parentesco con uno de los implicados. De otro lado la Sala debe resaltar las dilaciones injustificadas del proceso penal, pues la Fiscalía Regional se tomó 9 meses y 21 días en resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia que calificó el mérito sumarial, pues la calificación de la instrucción se dio el día 26 de noviembre de 1997 y el recurso sólo se desató el día 17 de septiembre de 1998, sin tener en cuenta la larga reclusión a la que estaba siendo sometido EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, sin existir pruebas eficaces que lo incriminaran. (...) Finalmente la Sala observa como la entidad demandada sin argumento probatorio alguno disfraza la causal 414 del C. de P.P. en la cual se enmarco la injusta privación de la libertad de RODRÍGUEZ CHARRY (“...el sindicato no lo cometió) con la figura del “in dubio pro reo” en un intento por ocultar la falta de actividad y acuciosidad probatoria por parte de la extinta Fiscalía Regional para esclarecer los hechos investigados, desde la misma diligencia de allanamiento, circunstancia esta, que no tenía porque soportar, privado de la libertad el sindicato por más de veinte (20 meses) cuando precisamente del cumplimiento a cabalidad de dicha función dependía el buen éxito de la investigación y desde luego solamente con una adecuada prueba, indicio grave de responsabilidad, **-el fiscal que practicó la diligencia de allanamiento ni siquiera formulo descargos en contra de EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY-**, era procedente la imposición de la medida de aseguramiento.

Las anteriores situaciones son muestra, como ya se dijo: que desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva la Nación es responsable y de otro, también lo es desde el punto de vista subjetivo por las falencias ya reseñadas que se presentaron en el proceso” (sic).

El Tribunal indemniza el daño moral sufrido por los demandantes en virtud del año, 9 meses y 16 días de la privación de la libertad de EDGAR RODRÍGUEZ **CHARRY** y de la inmensa ansiedad y congoja experimentada por ellos en virtud de la detención, así a favor de la víctima directa reconoce el valor equivalente a 60 smlmv y para la madre de ésta reconoce el valor equivalente a 30 smlmv. Como en el expediente aparecía demostrado que la víctima directa trabajaba como conductor pero no el monto del salario devengado, el Tribunal reconoció indemnización del lucro cesante durante el tiempo de la detención de acuerdo con el salario mínimo

de la fecha de los hechos debidamente actualizado a la fecha de la sentencia de primera instancia.

5. Recurso de apelación.

Contra lo así resuelto el Ministerio Público interpuso el recurso de apelación¹⁰ por estimar que “no se evidencia la ilegalidad de la retención, por este motivo no hay lugar a la indemnización de perjuicios, ya que del trámite observado por la Fiscalía no se deduce una detención preventiva injusta ni una detención preventiva injusta ni una detención abiertamente ilegal, pues en contra del señor EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, existía de por medio la imputación de un delito (Elaboración y venta de estupefacientes) de acuerdo al material probatorio recaudado. Y para condenar se requiere plena prueba de la responsabilidad y por lo tanto no puede hacer lugar a la probabilidad y menos a la DUDA, las cuales son incompatibles con la plena prueba, como así ocurrió en este fallo absolutorio objeto de la impugnación por tanto era competencia de la Fiscalía investigar dichos delitos y actuar conforme a la Constitución y la Ley de la manera que lo hizo en el caso en estudio... Este Ministerio Público no comparte el argumento planteado por el Honorable Tribunal en el sentido de que el hecho no existió o el sindicado no lo cometió; lo cierto es que existió de por medio la imputación de un delito (elaboración y venta de estupefacientes) de acuerdo al material probatorio recaudado”.

Así mismo la Fiscalía General de la Nación interpuso el recurso de apelación¹¹ por considerar que la entidad actuó de conformidad con el mandato del artículo 250 de la Constitución Política y 120 del Código de Procedimiento Penal pues en dichas normas se establece su obligación de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores. Sostiene que para decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY se basó en la captura en flagrancia realizada por los agentes del Cuerpo Técnico de investigación el día 2 de diciembre de 1996 y en el informe por ellos expedido en el cual consta que el demandante se encontraba en el inmueble allanado, constituyendo esto un indicio de presencia que justifica tanto la medida de aseguramiento como la resolución de acusación. Adicionalmente señala que el padre del demandante y Néstor Manuel Escala Orozco se acogieron a la sentencia anticipada confesando su actividad delictiva. Finalmente señala el agente que no es posible reconocer indemnización alguna con base en los supuestos del artículo 414 del Decreto 2700 de 1990 pues no hay certeza sobre el grado de participación del hoy demandante.

¹⁰ Fls. 240 a 243 cp.

¹¹ Fls. 245 a 259 cp.

Mediante auto del 16 de diciembre de 2004¹² el Tribunal Administrativo de Norte de Santander concedió el recurso de apelación oportunamente presentado por la Procuraduría Judicial 24 para Asuntos Administrativos y por la parte demandada.

6. Actuación procesal en segunda instancia.

Recibido el expediente en esta Corporación se admitió en providencia del 27 de mayo a 2005¹³ y mediante auto del 5 de agosto de 2005 se dispuso correr traslado a las partes y al Ministerio Público por el término de 10 días para alegar de conclusión, oportunidad que sólo fue aprovechada por la Fiscalía General de la Nación¹⁴.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Subsección es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, toda vez que de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia) y el auto proferido por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación el 9 de septiembre de 2008, de las acciones de reparación directa relacionadas con el ejercicio de la administración de justicia conocen, en primera instancia los Tribunales Administrativos y en segunda instancia el Consejo de Estado¹⁵.

Previo a decidir, debe precisarse que el recurso de alzada contra la sentencia, sólo lo interpuso la parte demandada, por lo tanto, la Sala resolverá a partir de lo señalado en el artículo 357 del C.P.C.¹⁶, es decir, abordará el estudio sin hacer más gravosa la situación del apelante único, respetando así el principio de la *non reformatio in pejus*, así como la

¹² Fl. 252 cp.

¹³ Fl. 257 cp.

¹⁴ Fls. 259 a 272 cp.

¹⁵ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, expediente.2008-00009.

¹⁶ Inciso primero: "La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones".

sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente 21060.

2. Los hechos probados.

Con fundamento en el acervo probatorio que obra en el expediente, la Sala encuentra como probado lo siguiente:

2.1. Que el día 2 de diciembre de 1996 los Investigadores Judiciales No. 0009 y 3052, con la debida autorización de la Fiscalía Regional Delegada ante el C.T.I. FF.MM. Cúcuta, realizaron diligencia de allanamiento y registro en los inmuebles localizados en el lote 24 de la manzana 57 y en los lotes 4 y 5 de la manzana 56, etapa IV del barrio Claret del municipio de Cúcuta, pues según fueron informados mediante una llamada telefónica anónima, allí se realizaban presuntas labores de procesamiento de alcaloides y se almacenaban insumos tales como gasolina.

2.2. El día 3 de diciembre de 1996 se realizó la diligencia para describir el material incautado, que entre otros consistió en droga ya elaborada, insumos y utensilios como hornos y pesas, entre otros; y además, se realizaron labores de pesaje, homogenización e identificación de las sustancias.

Al respecto obran en el expediente la Resolución del 2 de diciembre de 1996 mediante la cual la Fiscalía Regional Delegada C.T.I. FF.MM. Cúcuta resolvió “ordenar el allanamiento y registro del inmueble situado en la manzana 57 lote 24 del barrio Claret de esta ciudad” con el fin de establecer si allí se encontraban laboratorios y/o elementos relacionados con la actividad del narcotráfico. Así mismo consta la ratificación del juramento prestado por los investigadores judiciales Códigos 3052 y 0009 del C.T.I.¹⁷.

2.3. Que el 24 de diciembre de 1996, la Fiscalía Regional definió la situación jurídica de los legalmente vinculados al proceso por presunta infracción a la ley 30 de 1986 y con respecto a EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY resolvió proferir medida de aseguramiento en la modalidad de detención preventiva sin beneficio de excarcelación por el punible de elaboración de alcaloides en calidad de coautores, conclusión esta a la que llegó con base en el siguiente análisis:

“Las circunstancias anteriores indican que los miembros de la familia de EMILIANO RODRÍGUEZ y como consecuencia, los aquí detenidos MARLIO RODRÍGUEZ CHARRY, ORLANDO RODRÍGUEZ CHARRY, EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY Y EDGAR EDUARDO

¹⁷ Fls. 2 y 3 c2.

RODRÍGUEZ RIVEROS, personas que se hallaban en el inmueble, conocían la existencia de los elementos incautados y el hecho de la elaboración de la droga pues de otro lado, el olor característico de el estupefaciente, que incluso fue percibido en el exterior, por el informe, se hacía más penetrante en la residencia, circunstancia que necesariamente los vincula con el hecho, máximo cuando de su compromiso con el mismo, da cuenta el informe, quien suministró datos serios y plenamente constatados, informe que por sí constituye indicio grave de responsabilidad¹⁸ (sic, subrayado fuera del texto).

2.4. Que el 26 de noviembre de 1997, la Fiscalía Regional Delegada C.T.I. FF.MM. Cúcuta dictó Resolución de Acusación por el delito de elaboración y venta de estupefacientes, en calidad de coautor, en contra de **EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY**, conclusión esta a la que llegó con base en el siguiente análisis:

“Respecto a EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY conocido con el apodo de “maradona” la situación es igual. La prueba recaudada y en especial las declaraciones de JAVIER CORZO RAMÍREZ, OLGA PIMIENTA MADRID y EMILIO MATAMOROS, lo señalan como persona que se dedica a laborar como ayudante de buseta, sin embargo, de estas pruebas se desprende que esta no es una actividad continua del procesado en la medida en que no posee una relación laboral formal que lo obligue al cumplimiento de horario alguno que le imposibilite conocer y participar de la actividad delictiva de su padre y demás miembros de la familia.

En efecto, obsérvese como ese día EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY estuvo durante el día en su casa en donde se fabricaba el alcaloide, no abandonó el lugar como quiera que esa situación no fue observada por los detectives y es ratificada por la señora ROMONA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ quien afirma que ese día estaba la familia del señor (Emiliano) y los hijos del señor, habiendo aproximadamente 7 u 8 personas. El motivo por el cual no fue a laborar no está claro en el proceso, siendo sospechosa lo afirmado por JAVIER CORZORAMIREZ y OLGA PIMIENTA MADRID respecto a este cuando arguyen que dejaron de laborar esa día en la lechuza en razón al “programita” que sostuvo ese día JAVIER CORZO, sospechoso en cuanto al motivo en que lo fundamenta y al hecho de recordar nueve meses después esta circunstancia. Sin embargo, como se afirmara anteriormente, la vinculación no formal mediante contrato de trabajo, hacia que esta persona laborara cuando quería ante la ausencia del elemento contractual relacionado con la subordinación¹⁹.

¹⁸ Fl. 96 del c2.

¹⁹ Fls. 211 a 226 del c2.

2.5. Que el 17 de septiembre de 1998, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución del 26 de noviembre de 1996 en el sentido de precluir la investigación adelantada en contra de **EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY** por el hipotético punible de infracción al artículo 33 del Estatuto Nacional de Estupefacientes. La Fiscalía fundamentó su decisión en que:

“No hay la prueba reclamada para acusar formalmente ante los Jueces Regionales a los señores EDGAR EDUARDO RODRÍGUEZ RIVEROS, ORLANDO y EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, a título de coautores y colaboradores, siendo que se deba aplicar en este momento en su favor, como lo ordena la ley procesal, el in dubio pro reo (art. 445), pues fuera del informe de inteligencia y la presencia en el teatro de los acontecimientos no existe ninguna constancia procesal que nos ilustre que tuvieron contacto alguno con los materiales incautados, de donde se desprende que los cargos yacientes en su contra subsistieron solo en la medida en que fueron capturados en el inmueble allanado, y sus lazos de consanguinidad con EMILIANO RODRÍGUEZ, situación insuficiente para que sean residenciados en juicio criminal como lo reclama el artículo 441 del C. de P.P.

Así las cosas, se revocará la medida de aseguramiento de detención preventiva que pesa en su contra y se ordenará su libertad inmediata e incondicional, previa comprobación que no son requeridos por otra autoridad judicial”²⁰.

2.6. Que el señor EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY estuvo privado de la libertad de forma ininterrumpida durante el período comprendido entre el 3 de diciembre de 1997 y el 18 de septiembre de 1998.

Al respecto obran en el expediente la constancia expedida por el I.N.P.E.C., Penitenciaría Regional de Cúcuta, el 8 de abril de 2002²¹. Asimismo, en el expediente obra la Orden de Libertad No. 107274 del 18 de septiembre de 1998 expedida a favor de EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY²².

2.7. La Sala encuentra probado que la señora AMINTA CHARRY es la madre de EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, tal como consta en el registro Civil de Nacimiento de este último²³.

2.8. Que para la época de la privación de la libertad de EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, este se desempeñaba como ayudante de una buseta.

²⁰ Fls. 248 a 263 c2.

²¹ Fl 159 c1.

²² Fl. 265 c2.

²³ Fl. 19 c1.

Esto se extrae de los testimonios rendidos por LUIS JOSÉ MANOSALVA URQUIJO y EDITH MARÍA DEL CARMEN SILVA, quienes en su calidad de vecinos de la presunta víctima coincidieron en manifestar que para el 3 de diciembre de 1997, EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY se desempeñaba como ayudante de una buseta²⁴.

3. Problema jurídico.

¿Cabe imputar la responsabilidad a las entidades demandadas por el daño antijurídico consistente en la privación de la libertad de Edgar Rodríguez Charry?

4. Aspecto previo.

4.1. Representación judicial de la Nación – Rama Judicial²⁵. La Subsección advierte que en el presente caso las demandas fueron formuladas en contra de la Nación – Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación; sin embargo, los hechos fueron realizados únicamente por la Fiscalía General de la Nación, pues fue este ente el que ordenó la privación de la libertad del señor EDAGR RODRÍGUEZ CHARRY, mediante la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin beneficio de excarcelación.

Ahora bien, como a quien se atribuye la presunta privación injusta del mencionado señor es a la Fiscalía General de la Nación, esta Corporación ha sostenido de manera reiterada²⁶ que en estos casos la condena que se llegue a imponer debe hacerse con cargo al presupuesto de la Fiscalía General de la Nación, en atención a las siguientes consideraciones:

Según lo previsto en el artículo 149 del Decreto 01 de 1984, la representación de la Nación – Rama Judicial estaba en cabeza del Ministro

²⁴ Fls. 147 y 148 c1.

²⁵ Posición reiterada en sentencia de la Subsección C de 5 de julio de 2012, expediente 22682.

²⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 5 de junio de 2001, expediente: C-736, C.P. Véase también de la Sección Tercera las Sentencias de 13 de diciembre de 2001, expediente: 12.787; de 11 de febrero de 2009, expediente: 15769; de 27 de abril de 2011, expediente: 20749. Así mismo, sentencia de Sala Plena de Sección Tercera de 17 de octubre de 2013, expediente: 23354.

de Justicia. Sin embargo, al entrar en vigencia de la Ley 270 de 1.996²⁷ (Estatutaria de la Administración de Justicia) dicha representación fue radicada en el Director Ejecutivo de Administración Judicial. Por otra parte, el artículo 49 de la Ley 446 de 1.998²⁸, al modificar el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, señaló que la representación de la Nación para efectos judiciales por actuaciones de la Fiscalía General de la Nación, es del Fiscal General de la Nación. Además, el Decreto 2161 de 2000 (artículo 17), estableció que el Fiscal General de la Nación tiene a su cargo la representación de la entidad ante las autoridades públicas y los particulares; así como también, es responsable por las actuaciones de la entidad ante los demás estamentos del Estado y la sociedad.

No obstante lo anterior, esta Corporación ha entendido que la norma contenida en el artículo 49 de la Ley 446 de 1.998 no es contraria al artículo 99 de la Ley 270 de 1.996. En consecuencia, al realizar una interpretación integral de dichas disposiciones resulta forzoso entender que tanto el Director Ejecutivo de Administración Judicial como el Fiscal General de la Nación pueden representar judicialmente a la Nación.

Sin embargo, en atención a que según lo previsto en el artículo 249 de la Constitución Política la Fiscalía General de la Nación, pese a pertenecer a la Rama Judicial, goza de autonomía administrativa y presupuestal y, por tanto, tiene capacidad para responder pecuniariamente, las condenas impuestas a la Nación por hechos imputables a la Fiscalía, deberán ser cumplidas o pagadas con el presupuesto de ésta.

²⁷ Ley 270 de 7 de marzo de 1996. Art. 99.- Del Director ejecutivo de Administración Judicial.

(...) "Son funciones del Director Ejecutivo de Administración Judicial:

(...) "8. Representar a la Nación-Rama Judicial en los procesos judiciales para lo cual podrá constituir apoderados especiales".

²⁸ Art. 49.- Representación de las Personas de Derecho Público. El artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

(...) "En los procesos Contencioso Administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho".

En consecuencia se entrará a estudiar el fondo del asunto y en el evento en que en el caso concreto se verifiquen los presupuestos para declarar la responsabilidad de la Nación, la imputación de la condena se hará a cargo del presupuesto de la Fiscalía General de la Nación y así se expresará en la parte resolutive del fallo, si a ello hay lugar²⁹.

4.2 Prueba trasladada. La Subsección advierte que una de las pruebas solicitadas en el curso del proceso consistió en el traslado de las piezas procesales contenidas en la investigación penal adelantada por la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales de Cúcuta contra EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, por su presunta infracción al artículo 33 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, punible de elaboración y venta de estupefacientes en calidad de coautores. Dicha prueba fue solicitada por la parte demandante y por la Fiscalía General de la Nación en la contestación de la demanda. Conforme a ello, el Centro de Servicios Administrativo Juzgados Ejecutivos de Penas y Medidas de Seguridad allegó, mediante oficio No. 2628 del 28 de abril de 2004³⁰, copia auténtica de la investigación penal adelantada contra EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY.

De conformidad con el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, y de acuerdo a la jurisprudencia de la Subsección³¹, la eficacia probatoria del material contenido en los medios de convicción de un proceso cualquiera cuyo traslado sea solicitado a la jurisdicción contenciosa administrativa, depende del cumplimiento de una serie de requisitos contemplados por el legislador, a saber: (i) Que las pruebas hayan sido válidamente practicadas en el proceso original; (ii) Que las piezas procesales se trasladen en copia auténtica; y (iii) Que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra la cual se aducen o con audiencia de ella.

No obstante, cuando las pruebas no hayan sido practicadas con audiencia o a petición de la parte contra la cual se aducen, el valor probatorio que puede imprimírsele a las piezas procesales trasladadas está supeditado a la observancia de una serie de criterios decantados por la jurisprudencia de esta Corporación, exigidos con el propósito de permitir el ejercicio del derecho de defensa de las partes y la observancia del principio de contradicción de la prueba.

Así las cosas, la prueba documental trasladada, cuando no ha sido practicada a petición de la parte contra la cual se aduce o sin su audiencia en el proceso primitivo, podrá ser valorada siempre que en el contencioso administrativo haya existido la oportunidad procesal para la contraparte de controvertirla, de acuerdo a lo dispuesto para la tacha de falsedad en el

²⁹ Posición reiterada en sentencia de 26 de marzo de 2014, expediente: 28385.

³⁰ FI. 168 c1.

³¹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 22 de octubre de 2012, expediente 24070.

artículo 289 del Código de Procedimiento Civil, esto es, dentro de los 5 días siguientes a la notificación del auto que ordena tenerla como prueba, o al día siguiente a aquél en que haya sido aportada en audiencia o diligencia³²; salvo que las partes hayan tenido a su disposición las piezas documentales trasladadas durante el trámite del proceso y no las hubiesen controvertido, caso en el cual podrán ser estimadas por el juzgador por razones de lealtad procesal³³.

Todas las exigencias anteriores se entienden sin perjuicio de que el Juzgador pueda y deba valorar las piezas arrimadas al plenario, cualquiera que sea el medio probatorio de que se trate, cuando todos los sujetos procesales hayan coincidido en solicitarla en la demanda, su contestación o en cualquiera de las demás oportunidades procesales previstas para ello³⁴, o cuando han estructurado sus alegaciones con base en ellas³⁵, pues en tales casos el principio de lealtad procesal se impone de forma tal que extingue la posibilidad de que alguna de las partes pueda negar el valor probatorio de algún medio de convicción respecto del cual ha solicitado expresamente su valoración³⁶.

Así las cosas, encuentra la Sala que, en el caso que hoy ocupa la atención de esta Corporación, los elementos materiales probatorios contenidos en el expediente del proceso penal trasladado, podrán ser valorados por la Subsección, pues estas fueron practicadas con la intervención directa de la Nación – Fiscalía General de la Nación, entidad contra la cual se dirigieron las súplicas del libelo y la cual resulta ser el centro de imputación jurídica

³² Sección Tercera. Sentencia de 19 de noviembre de 1998, expediente 12124: “Si se trata de documentos públicos o privados debidamente autenticados, que han sido aportados en otro proceso y cuya copia auténtica se traslada al proceso contencioso administrativo, para su validez en éste último, es suficiente con que el juez mediante auto que lo deje a disposición de las partes por el término de tres días (sic), para que las partes tengan la oportunidad de pronunciarse frente al mismo, en caso de que lo consideren necesario, es decir, otorga la posibilidad de que se surta el trámite de tacha por falsedad. Vencido ese término, sin que las partes hayan hecho manifestación alguna, el documento adquiere plena validez como prueba dentro del proceso y el juez administrativo entrará a otorgarle el valor que de su autenticidad y contenido se derive, calificación que hará en la sentencia”.

³³ Sección Tercera. Sentencia de 22 de octubre de 2012, expediente 24070.

³⁴ Sección Tercera. Sentencia de 8 de junio de 2011, expediente 19166: “(...) También ha establecido la Sala que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas rendidas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo sin limitaciones, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que las partes soliciten que la prueba haga parte del acervo probatorio, pero que en el evento de resultar desfavorable a sus intereses invoquen las formalidades legales para su inadmisión (...)”. En el mismo sentido: Sección Tercera, Sentencias de 29 de enero de 2004, expediente 14951; 22 de abril de 2004, expediente 15088; 25 de mayo de 2011, expediente 15838; 18 de septiembre de 1997, expediente 9666; 8 de febrero de 2001, expediente 13254.

³⁵ Sección Tercera, Sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607: “(...) la Sala, en aplicación del principio de lealtad procesal, ha reiterado que hay casos en los cuales sin ratificación del testimonio, el mismo puede y debe ser válidamente apreciado cuando es allegado a petición de una de las partes y la otra parte estructura su defensa con fundamento en aquél, o cuando las dos partes lo solicitan como prueba, una en la demanda y la otra en el escrito de contestación, siempre que sean allegados en copia auténtica, porque así lo dispone la norma general sobre prueba trasladada (art. 185 C.P.C)”.

³⁶ Sección Tercera. Sentencia de 27 de marzo de 2014, expediente 28096.

que estaría llamado a responder por los hechos del *sub lite*, en el evento en que se acredite la responsabilidad de ésta.

Decidido lo anterior, la Sala pasa a abordar cada uno de los elementos de la responsabilidad, siendo el primero (e incuestionable) el daño antijurídico, radicado en este tipo de asuntos en la constatación si se produjo la privación de la libertad de EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY.

5. El daño antijurídico.

El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual³⁷ y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”³⁸; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”³⁹; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”⁴⁰, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos⁴¹; y, iii) porque no encuentra

³⁷ “[...] el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

³⁸ LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

³⁹ SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

⁴⁰ “[...] que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186.

⁴¹ “Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? [...] el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus

sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general⁴², o de la cooperación social⁴³.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”⁴⁴. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”⁴⁵.

miembros de todo daño o vejación”. MILL, John Stuart, Sobre la libertad, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153.

⁴² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, próximo a publicación.

⁴³ Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: “la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado (...) El otro elemento corresponde a “lo racional”: se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas”. RAWLS, John, Liberalismo político, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art.1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”⁴⁶.

Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”⁴⁷. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁴⁸, anormal⁴⁹ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁵⁰.

Se precisa advertir que en la sociedad moderna el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamado a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera evolutiva, y no sujeta o anclada al modelo tradicional. Esto implica, para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta, vulnera, aminora, o genera un detrimento en derechos, bienes o interés jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece⁵¹.

derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiéndose por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

⁴⁷ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550.

⁴⁸ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

⁴⁹ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

⁵⁰ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

⁵¹ “[...] el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la

En el *jub judge* se encuentra acreditado **que** EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, estuvo privado de la libertad como consecuencia de la captura realizada por la Fiscalía Regional Delegada C.T.I. FF.MM. Cúcuta, **y luego fue dejado en libertad con ocasión de la** preclusión de la investigación ordenada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional. Considera la Sala que en el expediente contencioso administrativo obra prueba suficiente de que EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY estuvo privado de la libertad durante el periodo comprendido entre el 3 de diciembre de 1996 y el 18 de septiembre de 1998.

Demostrado el daño antijurídico sufrido por EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, la Sala debe examinar si cabe imputar fáctica y jurídicamente el mismo a la entidad demandada, planteando tanto los presupuestos y fundamentos convencionales y constitucionales de la responsabilidad del Estado, el régimen de responsabilidad por privación de la libertad, la consideración de la regla general y de las excepciones desprendidas de la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 17 de octubre de 2013⁵², y la imputación en el caso en concreto.

6. Presupuestos y fundamentos convencionales y constitucionales de la responsabilidad del Estado

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”⁵³ de la responsabilidad del Estado⁵⁴ y se erigió como garantía de los derechos e

violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo (...) Se parte, en acuerdo con C. THIBIERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta “el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitiría al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea suficientemente grave” (...) La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiese reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido (...) La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluirla de la materia deja una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial”. HENAO, Juan Carlos, “De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés”, en VVAA, Daño ambiental, T.II, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203.

⁵² Sección Tercera, sentencia de 17 de octubre de 2013, expediente 23354.

⁵³ En la jurisprudencia constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional,

intereses de los administrados⁵⁵ y de su patrimonio⁵⁶, sin distinguir su condición, situación e interés⁵⁷. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”⁵⁸. Como bien se sostiene en la doctrina, la “responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁵⁹; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”⁶⁰.

sentencia C-832 de 2001.

⁵⁴ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

⁵⁵ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXEY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. La “responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración. Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308.

⁵⁶ “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁵⁷ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

⁵⁸ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

⁵⁹ “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

⁶⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁶¹ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁶² tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo⁶³, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012⁶⁴ y de 23 de agosto de 2012⁶⁵.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁶⁶, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o

⁶¹ “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

⁶² Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

⁶³ “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

⁶⁴ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁶⁵ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁶⁶ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado⁶⁷ según la cláusula social así lo exigen⁶⁸.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁶⁹, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁷⁰. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁷¹.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte

⁶⁷ “[...] El paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la <<racionalidad formal>> y la <<racionalidad material>> weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una <<racionalidad formal>>; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una <<racionalidad material>> orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social. Todos los derechos fundamentales –no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones –equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho” [subrayado fuera de texto]. FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, 7ª ed, Trotta, Madrid, 2010, p.22.

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁶⁹ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁷⁰ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁷¹ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [http://criminet.urg.es/recpc], pp.6 y 7.

de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁷². Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”⁷³.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”⁷⁴. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad⁷⁵, donde será determinante la magnitud del riesgo⁷⁶ y su carácter permisible o no⁷⁷. Es

⁷² “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

⁷³ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁷⁴ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁷⁵ “[...] Varios factores, como el acelerado desarrollo industrial y la intervención del Estado en la economía, pusieron en jaque a diferentes nociones y conceptos de la sociedad liberal clásica, sin mencionar los cambios en el paradigma filosófico, con la consolidación de la filosofía analítica como la escuela dominante de pensamiento. El problema de la causalidad jugó un papel muy importante en espolear este tipo de visión filosófica. En particular, la obra de H.L.A. HART y ANTHONY HONORÉ sobre la causalidad desde la perspectiva de la filosofía analítica demostró que la “dogmática tradicional (principalmente ocupada de la coherencia y la explicación de la doctrina de la responsabilidad extracontractual) se había agotado así misma” [subrayado fuera de texto]. FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.25 y 26.

⁷⁶ “[...] Para una teoría adecuada, entonces, propone conceptualizar el estándar de debido cuidado (en su concepto, el fundamento de la compensación), en términos de una imposición razonable de riesgos, en vez de una imposición racional de riesgos, de una forma que determine estándares de conducta y sea compatible con el contrato social”. FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual, ob., cit., p.103.

⁷⁷ JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culpable o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos,

más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad [no afecte a la calidad de la actividad], sí incide en el nivel de la actividad [incide en la cantidad de actividad] del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad [el nivel óptimo] y, con ello, la causación de un número menor de daños”⁷⁸.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁷⁹ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁸⁰ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”⁸¹.

puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sección Tercera. Sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente 14170.

⁷⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁷⁹ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

⁸⁰ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

⁸¹ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁸² frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁸³. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁸⁴.

Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Habermas on Law and Democracy. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

⁸² Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

⁸³ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁸⁴ A lo que se agrega por el mismo precedente: “En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”⁸⁵.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁸⁶, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁸⁷, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁸⁸.

institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss). Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁸⁶ “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

⁸⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

⁸⁸ “(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo criterio de motivación de la imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁸⁹, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar, en primer lugar, en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁹⁰, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera:

“[...] en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los

actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”., ob., cit., p.308.

⁸⁹ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

⁹⁰ Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”., ob., cit., p.311.

casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas – a manera de recetario- un específico título de imputación”⁹¹.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo⁹² que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

En los anteriores términos, cabe estudiar la responsabilidad extracontractual del Estado analizando dos extremos: el régimen de responsabilidad aplicable cuando se produce el daño antijurídico por privación de la libertad.

6.1. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad – reiteración jurisprudencial⁹³.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 establece el derecho de reparación en favor de la persona que hubiere sufrido un daño antijurídico por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo que incluye sin duda aquellos daños generados por el ejercicio o con ocasión de las funciones judiciales de dichas autoridades.

⁹¹ “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁹² “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo “(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa»”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.

⁹³ Puede verse sentencia de Subsección C de 26 de febrero de 2014, expediente: 28535; 8 de mayo de 2013, expediente: 25158, 11 de julio de 2013, expediente: 26736; 25 de julio de 2012, expediente: 22682; 26 de septiembre de 2012, expediente: 21232.

La responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad en su construcción normativa y jurisprudencial ha pasado por las siguientes etapas:

En la primera etapa se consideró que en la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad debía aplicarse la teoría subjetiva o restrictiva, según la cual, la responsabilidad del Estado estaba condicionada a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir, que debía demostrarse el error judicial⁹⁴. También se sostuvo que, dicho error debía ser producto “*de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso*”⁹⁵.

Así las cosas, tal declaratoria de responsabilidad procedía bien porque se hubiese practicado una detención ilegal, o porque la captura se hubiese producido sin que la persona se encontrara en situación de flagrancia y, que por razón de tales actuaciones, se hubiese iniciado y adelantado la investigación penal por parte de la autoridad judicial⁹⁶. En ese sentido, el Consejo de Estado estableció:

“Ella [la sindicada] fue retenida en el curso de la investigación relacionada con el aludido secuestro; y del hecho de que hubiera sido absuelta al final no puede inferirse que fue indebida su retención. La justificación de la medida aparece plausible y nada hace pensar que en ella mediarán circunstancias extralegales o deseos de simple venganza.

“La investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual⁹⁷. Y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención. Este extremo, de tan delicado manejo, requería pruebas robustas y serias y no meras inferencias o conjeturas”⁹⁸. (Subrayas fuera del texto original).

En segundo lugar, la Sala determinó que la carga probatoria del actor relativa a demostrar el carácter injusto de la detención para obtener indemnización de perjuicios o, en otros términos, el “error de la autoridad jurisdiccional” al ordenar la medida privativa de la libertad, debía reducirse tan sólo a los casos de detención diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal⁹⁹. En efecto, la Sala

⁹⁴ Sección Tercera. Sentencia de 1 de octubre de 1992: expediente 10923.

⁹⁵ Sección Tercera. Sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente 15989.

⁹⁶ Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 13168.

⁹⁷Tal y como se mencionó anteriormente, la legislación vigente para la época de los hechos sólo exigía como requisito para la procedencia de la medida de aseguramiento la existencia de un indicio grave.

⁹⁸ Sección Tercera. Sentencia de 25 de julio de 1994, expediente 8666.

⁹⁹ Otros casos de detención injusta, distintos de los tres previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, podrían ser, por vía de ejemplo, los siguientes: detención por delitos cuya acción se

consideró en ese entonces que “en relación con los tres eventos allí señalados (...) la ley había calificado que se estaba en presencia de una detención injusta y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios con ella causados”¹⁰⁰. En este sentido, la Sala estableció:

“3.- En este orden de ideas, fuera de los casos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en los cuales la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad, cuando se pretenda obtener indemnización de perjuicios por esta causa, el demandante debe demostrar que la detención preventiva que se dispuso en su contra fue injusta; y, en tales eventos, habiéndose producido la detención preventiva por una providencia judicial, la fuente de la responsabilidad no será otra que el error jurisdiccional”¹⁰¹.
(Subrayas fuera del texto original).

Una tercera etapa y es la que prohíja la Sala actualmente, sostiene que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación) u opera por equivalencia la aplicación del *in dubio pro reo*, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho debe asumir, máxime cuando se compromete el ejercicio del derecho fundamental a la libertad.

Recientemente, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación unificó su jurisprudencia mediante sentencia del 17 de octubre de 2013 en la que señala que “respecto del título jurídico de imputación aplicable a los eventos de privación injusta de la libertad, que se trata de un título de imputación o de un régimen de responsabilidad cuyo fundamento debe ubicarse directamente en el artículo 90 de la Constitución Política” y seguidamente expone los argumentos que amparan la responsabilidad objetiva del Estado,

encuentra prescrita; detención por un delito que la legislación sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exige querrela de parte para el ejercicio de la acción penal, etc.

¹⁰⁰ Sección Tercera. Sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente 5989.

¹⁰¹ Sección Tercera. Sentencia de 17 de noviembre de 1995, expediente 10056.

específicamente por el daño especial, en los casos de privación injusta de la libertad, en los siguientes términos:

“... en la dirección de justificar la aplicación –en línea de principio- de un título objetivo de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, basado en el daño especial, en casos en los cuales se produce la privación injusta de la libertad de una persona posteriormente absuelta o exonerada penalmente, en particular en aplicación del principio *in dubio pro reo*, adviértase que es el legislador –aunque de forma mediata- el que autoriza o incluso ordena que tales daños puedan producirse, en beneficio de la colectividad que tiene interés en que la Administración de Justicia funcione de manera eficiente, pero con evidente ruptura del principio de igualdad de todos los ciudadanos frente a las cargas públicas, en detrimento del particular afectado con la privación de la libertad; así pues, lo cierto en el fondo es que la ley que tal cosa autoriza, al tiempo que resulta plenamente ajustada a la Constitución Política, es aquella que con su aplicación ocasiona un daño que el afectado individualmente considerado no tiene el deber jurídico de soportar y, por tanto, le debe ser reparado con base en argumentos similares a los que le han permitido a esta Corporación declarar la responsabilidad extracontractual del Estado también al amparo del título jurídico de imputación consistente en el daño especial por el hecho de la ley ajustada a la Carta Política”¹⁰² (subrayado por fuera del texto).

La sentencia de unificación señala también que si bien el régimen de responsabilidad aplicable al caso de la persona privada de la libertad que finalmente resulta exonerada penalmente ya sea por sentencia absolutoria o su equivalente, es el régimen objetivo del daño especial; ello no es óbice para que también concurren los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, caso este en el cual se determina y aconseja fallar bajo el régimen subjetivo.

No obstante lo anterior, a la hora de resolver el caso concreto, esto es, en la *ratio decidendi* del fallo, la Sala Plena de la Sección Tercera habilita al juez contencioso administrativo para que en el marco de su competencia, a la hora de resolver sobre la responsabilidad del Estado en los casos en que una persona es privada injustamente de la libertad en el desarrollo de una

¹⁰² Sección Tercera. Sentencia del 17 de octubre de 2013, expediente 23354.

investigación penal, y finalmente resulta exonerada penalmente mediante la expedición de un fallo absolutorio a su favor o mediante decisión equivalente, para que realice un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determine si los argumentos que sustentan la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio de la *in dubio pro reo*, esconde deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son las que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación penal a su favor.

De la valoración que el juez contencioso administrativo hace de la actividad realizada por las autoridades judiciales intervinientes se puede desprender la concurrencia de otro tipo de hechos y de razonamientos que fueron y/o deberían haber sido los que fundamentaron la exoneración penal, situación está que incide en la identificación del título en el cual habría de sustentarse la declaratoria de responsabilidad del Estado, tal como quedó sentado por la Sala Plena de la Sección Tercera (ratio decidendi) al señalar lo siguiente:

“Sin embargo, ha puesto de presente la Sección Tercera de esta Corporación que el Juez de lo Contencioso Administrativo se encuentra llamado a realizar –como en todos los casos- un análisis crítico del material probatorio recaudado en el plenario a efectos de establecer, aún cuando el Juez Penal u otra autoridad lo hayan afirmado o indicado expresamente ya, si en realidad la absolución de responsabilidad penal del sindicado se produjo, o no, en aplicación del aludido beneficio de la duda o si, más bien, la invocación de éste esconde la concurrencia de otro tipo de hechos y de razonamientos que fueron y/o deberían haber sido los que sustentaran la exoneración penal, como, por ejemplo, deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria por parte de las autoridades judiciales intervinientes, extremo que sin duda puede tener incidencia en la identificación de título de imputación en el cual habría de sustentarse una eventual declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, al igual que en el examen respecto de la procedencia de la instauración y las posibilidades de éxito de la acción de repetición en contra de los servidores públicos que con su actuar doloso o gravemente culposo pudieren haber dado lugar a la

imposición de la condena en contra de la entidad estatal demandada”.

Así fue como esta Corporación, a partir de un análisis crítico del material probatorio recaudado en el plenario, por vía del grado jurisdiccional de consulta, resolvió revocar la sentencia de primera instancia del Tribunal de Risaralda por medio de la cual declaró la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de que fueron objeto algunos de los miembros de una familia de la ciudad de Pereira y, en su lugar, denegar las súplicas de la demanda, por considerar que no “puede perder de vista la Sala que en el presente caso, como se corrobora en la sentencia del Tribunal Superior [del Distrito Judicial de Pereira, Sala Penal], el juez de primera instancia [Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Pereira] realmente falló en la valoración probatoria para llegar a la conclusión de absolver a los aquí demandantes, no lográndose deducir una “duda razonable” que le hubiera impedido llegar a la plena materialización y autoría de las conductas punibles¹⁰³. Por el contrario, se pone en evidencia que fue equívoco el presupuesto del juez de primera instancia según el cual existía una “ausencia de la prueba del dolo”, ya que la acusación proferida por la Fiscalía, como se ratifica por el Tribunal Superior, reunía los suficientes elementos demostrativos de la comisión de varios ilícitos penales, con lo que se ratificó la decisión de haber impuesto la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva de los demandantes, al reunirse los requisitos legales y procesales, sin que pueda considerarse dicha decisión como una actuación grosera y flagrante en que se hayan quebrado los criterios establecidos en la ley procesal”¹⁰⁴ (subrayado fuera del texto).

De la anterior jurisprudencia de unificación, cabe examinar la regla general prevista para el análisis de la imputación de la responsabilidad, esto es la prevalencia de la libertad para el juzgamiento de los administrados, y las reglas de excepción cuando dicho derecho puede limitarse bajo estrictas condiciones, y cumpliendo los estándares convencionales y constitucionales.

6. Las reglas general y de excepción para el análisis de la imputación de la responsabilidad cuando se afecta el derecho a la libertad en los procesos penales que se cursan contra los administrados.

6.1. La regla general afirmada por la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 17 de octubre de 2013: la libertad como derecho

¹⁰³ El precedente de la Sala afirma la aplicación del régimen objetivo cuando se constata el manejo de dicha duda razonable. Sección Tercera. Sentencia de 9 de junio de 2010, expediente 19312.

¹⁰⁴ Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2011, expediente 33238.

Indiscutible en el juzgamiento de los administrados en un Estado Social y Democrático de Derecho.

La libertad personal puede ser definida como *"la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente"*¹⁰⁵. Esta lectura de libertad¹⁰⁶ se cimienta en la exigencia positiva de los mínimos estándares convencionales, constitucionales y legales, que procuran que toda persona pueda afirmarse en la sociedad como interviniente de las interacciones en el ejercicio de los derechos, lo que representa un retorno a la idea inicial de la Declaración de 1789 que promovió la libertad a partir de la afirmación del derecho objetivo¹⁰⁷, sin

¹⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 1993. En el mismo sentido véanse las Sentencias C-634 de 2000 y C- 774 de 2001. HOYOS, Luis Eduardo, "Dos conceptos de libertad. Dos conceptos de democracia", en ARANGO, Rodolfo (ed), Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales, 1a ed, Siglo del Hombre Editores; Ediciones Uniandes, Bogotá, 2007, pp.167 y 168: "[...] La libertad individual –presuntamente formal- del liberalismo clásico, asociada conceptualmente a la idea de derechos humanos universales –también presuntamente formales- es una base normativa indispensable para pensar el sistema político democrático como adecuado a la búsqueda humana del bienestar y del mayor florecimiento social [...] El mismo hombre –para decirlo en una palabra- puede ser considerado a la vez desde dos perspectivas o aspectos diferentes: ora como un organismo natural más que comparte con otros un medio natural y que vive en él según principios de adaptación biológica, ora como un agente intencional y racional que hace cálculos en el tiempo, es decir, que tiene planes de acción y de vida, y que despliega esa acción y esa vida en ámbitos sociales y dentro de marcos institucionales. Es sólo en relación con el hombre considerado como agente intencional y social que tiene sentido hablar de responsabilidad y de libertad. El concepto de libertad humana es esencialmente normativo y social".

¹⁰⁶ ASÍS, Rafael de, Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista, Dykinson, Madrid, 2001, pp.56 y 57: "[...] Cabe hablar de tres sentidos de la libertad que dan lugar a otros tantos contenidos de derechos: libertad como no interferencia, libertad participación y libertad promocional. La libertad como no interferencia identifica un espacio de libertad en el que individuo puede hacer lo que quiera o escoger lo que quiere hacer. El individuo es soberano en esa parcela y el resto de sujetos y poderes tienen la obligación de no interferir esa soberanía. Pertenecen a este grupo derecho como a la vida, al honor, al pensamiento, a la conciencia, a la expresión. Se trata de los llamados derechos individuales y civiles. La libertad de participación se identifica con el reconocimiento del valor de la participación en la vida social [...] Por último la libertad promocional, trata de facilitar instrumentos necesarios y esenciales con lo que poder disfrutar de otros tipos de libertades, y por lo tanto para poder hacer o escoger lo que se quiere o para determinar qué es lo que se va a poder hacer o escoger".

¹⁰⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional, Trotta, Madrid, 2008, p.97. La libertad siempre se hace cimentar en la Declaración de 1789, sin aclarar el alcance de la misma: "[...] La Déclaration de 1789 no era propiamente <<derecho positivo>>, es decir, un derecho nacido de un acto de voluntad creadora. Era, en cambio, el reconocimiento de las <<verdades>> de una filosofía política elaborada por la filosofía de las <<luces>> y presentada como el sentido común de toda una época, una verdad, sin embargo, que <<solo>> pedía salir de la teoría y ser puesta en práctica. Esta <<puesta en práctica>> era tarea de la ley, y la <<puesta en práctica>> consistía, a su vez, en la demolición de las estructuras del Ancien Regime y en la instauración del reino de la libertad y de la igualdad jurídica en una sociedad que aún no conocía ni la una ni la otra, y que solo las conocería al someterse a la legislación revolucionaria. Así pues, la liberación social de los vínculos tardofeudales de la sociedad de Antiguo Régimen no habría pasado de las doctrinas políticas a la práctica política gracias a las leyes liberales, sino gracias a leyes positivas autoritarias. Por ello, puede decirse que la Déclaration sería efectiva, no mediante el reconocimiento y la protección jurídica de ciertas situaciones subjetivas individuales de libertad, sino solo con leyes objetivas imperativas. En una palabra, las libertades de la Revolución solo podían ser derecho objetivo, no subjetivo".

desconocer su exigencia permanente como presupuesto para el ejercicio de los derechos de la persona¹⁰⁸.

Según la jurisprudencia constitucional, el artículo 28 de la Constitución Política constituye la cláusula general del derecho fundamental a la libertad personal, íntimamente ligado a la dignidad humana¹⁰⁹, que afirma que toda persona es libre. Ahora bien, la libertad personal también aparece como principio constitucional sobre el cual reposa la construcción política y jurídica del Estado, el cual encuentra fundamento en el preámbulo¹¹⁰ y en otras disposiciones constitucionales¹¹¹ y convencionales, que intrínsecamente puede concebirse ilimitadamente, pero que debe corresponderse con limitaciones necesarias para que opere la cláusula rousseauiana del contrato social¹¹².

Desde la perspectiva de la convencionalidad, la protección de la libertad exige la consideración y el respeto estricto a los mandatos de los artículos 1.1 (compromiso de los Estados por el respeto a los derechos y libertades reconocidos en la Convención, procurar su libre y pleno ejercicio), 2 (adopción de todas las medidas para hacer eficaz el ejercicio de los derechos y libertades), pero especialmente del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este, el artículo 7, es un mandato convencional que exige no sólo su respeto, sino que en virtud de la convencionalidad demanda de todas las autoridades, singularmente las judiciales, tener en cuenta ciertos criterios al momento de la procura y restricción de la libertad: (1) el respeto se afirma respecto de toda persona; (2) la regla general es que no procede la privación física de la libertad, salvo “por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas

¹⁰⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, 9ª ed, Trotta, Madrid, 2009, p.86: “[...] Los derechos orientados a la libertad, es decir, a la voluntad, son una exigencia permanente, porque permanente es la voluntad que están llamados a proteger. La idea de los derechos continuamente en acción está estrechamente ligada a la del progreso individual y social, una idea que encierra en sí la ausencia de una conclusión, de un final”.

¹⁰⁹ Ver, entre otras, las Sentencias C-397 de 1997; C-774 del 2001 y C- 580 del 2002; C-1024 del 2002; C-730 de 2005; C-163 del 2008 y T-347 de 2010.

¹¹⁰ Según lo dispuesto en el preámbulo de la Constitución, la libertad es uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la nación.

¹¹¹ Así, por ejemplo, en el artículo 2 de la Constitución se establece como fin esencial del Estado la garantía de los principios y los derechos constitucionales; por su parte, el artículo 29 regula la garantía del debido proceso y el principio de presunción de inocencia. En este sentido véase Corte Constitucional, Sentencia C-397 de 1997 y C-163 del 2008.

¹¹² ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, ob., cit., p.87: “[...] Los derechos orientados a la libertad, reconocidos a los particulares para los particulares, es decir, para garantizar el <<señorío de su voluntad>>, son intrínsecamente ilimitados [...] Sin embargo, salvo que se acepte la concepción extrema de los derechos orientados a la voluntad, característica, por ejemplo, del darwinismo social radical a lo Spencer, los límites son posibles e incluso necesarios, aunque sólo como límites extrínsecos y al único objeto de prevenir la colisión destructiva de los propios derechos y de posibilitar su ejercicio a todos, tal como se expresa el artículo 4 de la Declaración de 1789. Desde esta perspectiva, los únicos límites a los derechos son también, y exclusivamente, los derechos (de los demás). La ley –como ocurre en la filosofía política kantiana- no tiene atribuida otra competencia que la de establecer los confines entre los distintos grupos de derechos de cada sujeto jurídico”.

conforme a ellas”; (3) no procede en ningún caso la detención o encarcelamiento arbitrario; (4) cuando una persona es detenida o privada de su libertad debe oportunamente informársele las razones de tales medidas y notificarse con base en qué cargos se procede a las mismas; (5) cuando una persona es detenida o privada de su libertad se le garantiza su puesta a disposición de una autoridad judicial, teniendo ésta la obligación de juzgarlo en un término razonable, o a determinar su libertad aunque continúe vinculada al proceso penal; (6) la libertad puede condicionarse si de ello depende garantizar que se asegure la comparecencia a juicio de la persona procesada, y el logro de la justicia material dentro del caso que se adelante; (7) en todo caso la persona detenida o privada de la libertad puede acudir ante una autoridad judicial para que resuelva acerca de la legalidad de las mismas; (8) la amenaza de ser detenido o privado de la libertad ante la que pueda exponerse una persona debe contar con la garantía del recurso efectivo para que la autoridad judicial resuelva su legalidad; y (9) no hay lugar a detención por deudas, salvo lo relacionado con el incumplimiento de los deberes alimentarios.

Dichas reglas convencionales, además, se deben corresponder con las garantías judiciales establecidas en los artículos 8, 9 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de los que se desprende los siguientes mandatos convencionales: (1) afirmación plena de los derechos de defensa, debido proceso y contradicción; (2) obligación para que toda persona sea juzgada por un juez independiente e imparcial; (3) derecho a la presunción de inocencia, salvo que “establezca legalmente su culpabilidad”; (4) respeto por el non bis in ídem y la cosa juzgada; (5) publicidad en el proceso penal, salvo en los casos en los que deba preservarse los intereses de la justicia; (6) juzgamiento de acuerdo con la ley penal previa, cierta y escrita; y (7) derecho al ejercicio de “un recurso sencillo y rápido” ante las autoridades judiciales competentes.

Ahora bien, bajo los postulados del Estado de Derecho¹¹³, la premisa doctrinaria inicial es que cuando se analiza la libertad en el marco de los procesos penales, su privación sólo debería ser consecuencia de una sentencia condenatoria, con el fin de proteger el principio universal de la presunción de inocencia, establecido en el artículo 29 de la Constitución Política. Sin embargo, *“(…) para los intereses de la investigación y de la justicia, y la efectividad de la sanción, es indispensable que los funcionarios judiciales, antes de proferir sentencia condenatoria, puedan tomar ciertas*

¹¹³ ASÍS, Rafael de, Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista, ob., cit., pp.44 y 45: El modelo estricto de Estado de Derecho “se caracteriza por situar esta fórmula dentro de un concepto finalista del derecho, caracterizado por su configuración como una técnica de control social puesta al servicio de una determinada forma de entender a los individuos en donde se destaca su autonomía”. Puede verse también en este sentido: HUMBOLT, W. Von, Los límites de la acción del Estado, Tecnos, Madrid, 1988; RAZ, Joseph, La autoridad del derecho, UNAM, México, 1985.

*medidas entre las que se cuenta la privación de la libertad del procesado (...)*¹¹⁴. Dichas medidas, pueden afectar total o parcialmente la libertad de las personas.

Sin embargo, debido a las dos dimensiones antes mencionadas (convencional y constitucional), las restricciones a la libertad tienen un carácter eminentemente excepcional, pues, en defensa del interés general, solamente proceden si previamente se cumplen ciertos requisitos formales y materiales que se desprenden del propio artículo 28 constitucional. En otras palabras, las medidas restrictivas de la libertad se admiten bajo determinadas *condiciones* y por *motivos* que deben estar previamente definidos en la ley¹¹⁵.

En cuanto a los requisitos formales, la limitación de la libertad de una persona, en el marco de los procedimientos penales, está condicionada a que exista un mandamiento escrito de autoridad judicial competente¹¹⁶, y a que dicha orden se efectúe con las formalidades legales. Además, *“toda 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”*.

Respecto de los motivos de privación de la libertad, la Constitución exige la sujeción al principio de legalidad, esto es, que los motivos por los cuales procede la medida estén previamente definidos en la ley; así como también, los procedimientos a través de los cuales se lleva a cabo¹¹⁷. Ahora bien, el poder de configuración legislativa tampoco es absoluto, pues la tarea del legislador está sujeta a los postulados y preceptos superiores,

¹¹⁴ Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2011, expediente 33238.

¹¹⁵ Según lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, “Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta (...)”. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972 señala, 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”. En este mismo sentido el Decreto Ley 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 ordenan que “ toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni privado de su libertad, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley”. Así mismo, el artículo 6 de la Ley 599 de 2000 dispone, “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

¹¹⁶ La única excepción a la exigencia de mandamiento judicial escrito está prevista en el artículo 32 de la Constitución Política, pues se permite que el delincuente que sea sorprendido en flagrancia sea aprehendido y llevado ante autoridad judicial por cualquier persona.

¹¹⁷ Así, el Artículo 7° de la Ley 65 de 1993, “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, señala que “La privación de la libertad obedece (i) al cumplimiento de pena, (ii) a detención preventiva o (iii) captura legal”. Por otra parte, la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, en su Artículo 296, establece: “La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria (i) para evitar la obstrucción de la justicia, o (ii) para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, (iii) la protección de la comunidad y de las víctimas, o (iv) para el cumplimiento de la pena”.

específicamente de los principios de separación de poderes¹¹⁸, de razonabilidad y proporcionalidad¹¹⁹; y, además, podrá ser objeto de control de constitucionalidad¹²⁰.

En definitiva, este conjunto de reglas que deben observar las autoridades judiciales competentes¹²¹ al momento de restringir la libertad personal se establecen para garantizar, entre otras cosas, la existencia de razones jurídicas suficientes que justifiquen la limitación de la libertad; la protección del detenido; la prevención de detenciones arbitrarias y, en general, de cualquier otro evento que pueda producir la vulneración de derechos fundamentales¹²².

Dentro de las circunstancias que pueden dar lugar a restricciones legales a la libertad personal se encuentran las medidas de aseguramiento. Éstas, hacen parte de las llamadas medidas cautelares, es decir, aquellas medidas tomadas por las autoridades judiciales, de oficio o a petición de parte, sobre bienes o personas con el fin de asegurar el cumplimiento de las decisiones tomadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y generar tranquilidad jurídica y social en la comunidad¹²³.

Ahora bien, las medidas cautelares, entre ellas la detención preventiva, por regla general tienen un carácter provisional o temporal y se encuentran en una relación de estricta sujeción con el principio de legalidad, esto es, se deben decretar bajo el riguroso cumplimiento de los requisitos convencionales, constitucionales y legales. Así mismo, la detención preventiva y la privación de la libertad como medida cautelar puede justificarse excepcionalmente para la defensa social, para prevenir el

¹¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-1001 de 2005.

¹¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-397 de 1997.

¹²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-730 de 2005.

¹²¹ Bajo el régimen de la Constitución anterior, sólo se exigía que la privación de la libertad fuese adelantada por autoridad competente. Sin embargo, la Constitución de 1991 atribuyó dicha competencia expresamente a las autoridades judiciales. A juicio de la Corte Constitucional, este cambio tuvo como fundamento el principio de separación de poderes, pues los jueces se convierten, frente al ejecutivo y al legislativo, en los principales defensores de los derechos individuales; por esta razón, la protección de dichos derechos se confió a la rama judicial, como garantía de imparcialidad e independencia, atributos propios de esta rama del poder público. Cfr. Sentencia T-490 de 1992.

¹²² Corte Constitucional, Sentencia C-397 de 1997.

¹²³ Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001. MATÍAS PINTO, Ricardo, "Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera", en *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año IV, números 7-8, enero-diciembre de 2007, p.308: "La utilización de una detención con fines de prevención general constituye una violación a una de las garantías procesales consagradas en las revoluciones liberales del siglo XVIII en tanto el Estado, como Estado de derecho, sólo puede privar de la libertad a una persona, que es inocente, luego de la realización de un juicio. Señala Ferrajoli que si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos, sino también por las penas arbitrarias, la presunción de inocencia no es sólo una garantía de la libertad y verdad, sino también una garantía de seguridad o, si se quiere, de defensa social; de esa seguridad ofrecida por el Estado de derecho, expresada en la confianza en la justicia, como defensa ante el poder punitivo".

peligro procesal, sin perjuicio que sólo ésta última sea en la que se sustenta la jurisprudencia moderna¹²⁴.

Así las cosas, con fundamento en el artículo 29 de la Constitución Política, se establecieron que las medidas de aseguramiento están sometidas a dos tipos de requisitos. Por una parte, requisitos de tipo formal, esto es, que la medida se adopte mediante providencia interlocutoria que contenga la indicación de los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y en segundo lugar, los requisitos sustanciales, mediante los cuales se exige para su adopción la existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso¹²⁵.

Ahora bien, la Sala subraya que no siendo la detención preventiva una medida sancionatoria, sino, precisamente una medida de prevención, no resulta contraria al principio de presunción de inocencia, por cuanto no se trata de una pena y su uso debe ser excepcional.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- *De acuerdo con el artículo 7.1 de la Convención Americana “la protección de la libertad salvaguarda <tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla del derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal>”¹²⁶.*
- *“El Tribunal entiende que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener **carácter excepcional**, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”¹²⁷ (negrilla propia).*
- *La detención preventiva “**es una medida cautelar, no punitiva**”¹²⁸ (negrilla propia).*

¹²⁴ Hobbes justificó la detención preventiva o la privación de la libertad siempre que existiera la necesidad de asegurar la presencia del acusado, en la medida en que “no constituye un castigo, pues supone que ningún hombre es castigado antes de haber sido sometido a audiencia pública”. Según Beccaria “la prisión preventiva es necesaria contra el peligro de fuga o de obstaculización de las pruebas”. Cita tomada de FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 1995, p.552.

¹²⁵ Decreto Ley 2700 de 1991, artículos 388 y 389.

¹²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 104. Puede verse en similar sentido: Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Caso Hermanos Gómez Paquiyaui. Sentencia de 8 de julio de 2004.

¹²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 106. Puede verse en similar sentido: Caso Instituto de Reeducación del menor. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

¹²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 106. Puede verse en similar sentido: Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

- *En un “Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, **cuando sea estrictamente necesario**, y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia”¹²⁹ (negrilla propia).*

Finalmente, la Sala reitera que una vez el juez de lo contencioso administrativo encuentre probado que el derecho fundamental a la libertad de una persona ha sido vulnerado como consecuencia de una decisión judicial, lo que se ha constituido en un daño antijurídico a la luz del artículo 90 de la C.P, debe determinar si cabe imputarlo al Estado. Esto es, desde una perspectiva garantista, la privación injusta de la libertad no sólo se configura cuando la medida de aseguramiento impone que su cumplimiento sea intramural, sino también, cuando se ordena la detención domiciliaria¹³⁰, o cuando la medida de aseguramiento establece restricciones para salir del país o cambiar de domicilio¹³¹.

En consecuencia, si bien el legislador señaló expresamente los eventos en los cuales se habría producido por parte del Estado una detención injusta, esto no significa que otras afectaciones de los derechos de libertad, como la libertad de locomoción y de fijar domicilio (C.P. artículo 24), no puedan dar lugar a que se declare la responsabilidad de la Administración, pues, sin duda alguna, en estos casos también se estaría ante una carga desproporcionada impuesta a un ciudadano¹³².

Sin perjuicio de lo anterior, cabe reiterar cómo desde la perspectiva del derecho interamericano de los derechos humanos el uso abusivo de la detención preventiva “es contrario a la esencia misma del Estado democrático de derecho, y que la instrumentalización en los hechos del uso de esta medida como una forma de justicia expedita de la que eventualmente resulta una suerte de pena anticipada, es abiertamente contraria al régimen establecido por la Convención y la Declaración Americanas. Por otro lado, el uso de la detención preventiva es un factor importante de la calidad de la administración de justicia, y por lo tanto, directamente relacionado con la democracia”¹³³. En esa perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la construcción convencional desde la sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, de 29 de julio de 1988, consideró que “por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin

¹²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 109.

¹³⁰ Sección Tercera. Sentencia del 1 de marzo de 2006, expediente 15537.

¹³¹ Sección Tercera. Sentencia del 6 de marzo de 2008, expediente 16075.

¹³² Sección Tercera. Sentencia del 6 de marzo de 2008, expediente 16075.

¹³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, Documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, 30 de diciembre de 2013.

límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”¹³⁴. Dicho presupuesto da continuidad a lo sostenido por la misma Corte en la Opinión Consultiva OC-8/87, según la cual “el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”¹³⁵.

La anterior construcción tuvo una decantación en la sentencia del caso Yvon Neptune vs. Haití, de 6 de mayo de 2008, donde se sentó como principio que “independientemente de la naturaleza o gravedad del crimen que se persiga, la investigación de los hechos y eventual enjuiciamiento de determinadas personas deben desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar la seguridad pública en el marco del pleno respeto de los derechos humanos”¹³⁶.

Dentro de los mandatos convencionales su base fundamental se encuentra en el principio de presunción de inocencia, la que ha sido reconocida convencionalmente por diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos y libertades, tales como el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo XXVI de la Declaración Americana y artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Dicho principio, a su vez, tiene sustento en tres sub-principios (1) de trato humano (que implica que “la reclusión de una persona no debe conllevar restricciones o sufrimientos que vayan más allá de aquellos que sean inherentes a la privación de la libertad”¹³⁷); (2) de posición de garante del Estado; y, (3) de compatibilidad entre el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad y el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana.

La tutela convencional del primero de los principios, esto es, de la presunción de inocencia se consolida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la que cabe extraer en el despliegue de los mandatos normativos convencionales del artículo 7 de la

¹³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.

¹³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-8/87, de 30 de enero de 1987, “El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías”.

¹³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 6 de mayo de 2008, caso Yvon Neptune vs. Haití.

¹³⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas, Documento OEA/Ser.L/V/II, adoptado el 31 de diciembre de 2011.

Convención Americana de Derechos Humano, los límites que impone dicho principio: (1) las “detenciones programadas y colectivas, las que no se encuentran fundadas en la individualización de conductas punibles y que carecen del control judicial, son contrarias a la presunción de inocencia, coartan indebidamente la libertad personal y transforman la detención preventiva en un mecanismo discriminatorio”¹³⁸

Es precisamente a partir del último de los principios que la sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 17 de octubre de 2013 se encuadra para aplicar las reglas de excepción, con fundamento en el principio de compatibilidad entre el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad y el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana.

6.2. Las reglas de excepción al juzgamiento en libertad de los administrados, conforme al sub-principio convencional de la compatibilidad entre el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad y el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana, y su recepción en el fallo de unificación jurisprudencial en la sentencia de 17 de octubre de 2013.

Establecida la regla general del juzgamiento en libertad de las personas dentro del proceso penal, ratificado por la sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 17 de octubre de 2013, esta Subsección encuentra necesario exponer cómo la misma providencia de unificación plantea ciertas excepciones, las cuales se ajustan a los principios convencionales y constitucionales expuestos, a dicha regla, con las que se pretende delimitar el alcance del derecho a la libertad, que no puede entenderse en términos absolutos¹³⁹, y la procedencia de medidas con las que se prive la libertad¹⁴⁰, siempre que se cumpla con requisitos específicos y expresos, y

¹³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 21 de septiembre de 2006, caso Servellón García y otros vs. Honduras.

¹³⁹ RAWLS, John, Teoría de la justicia, 2ª ed., 7ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 2010, p.193: “[...] cualquier libertad puede ser explicada con referencia a tres cosas: los agentes que son libres, las restricciones o límites de los que están libres y aquellos que tienen libertad de hacer o no hacer [...] La descripción general de la libertad tiene, entonces, la siguiente forma: esta o aquella persona (o personas) está libre (o no está libre) de esta o aquella restricción (o conjunto de restricciones) para hacer (o no hacer) tal y cual cosa [...] La mayoría de las veces discutiré la libertad en relación con las restricciones constitucionales y jurídicas. En estos casos la libertad consiste en una determinada estructura de instituciones, un sistema de reglas públicas que definen derechos y deberes [...] las personas se encuentran en libertad de hacer algo cuando están libres de ciertas restricciones para hacerlo o no hacerlo y cuando su hacerlo o no está protegido frente a la interferencia de otras personas [...] No sólo tiene que estar permitido que los individuos hagan algo o no lo hagan, sino que el gobierno y las demás personas tienen que tener el deber jurídico de no obstaculizar [...] las libertades básicas habrán de ser evaluadas como un todo, como un sistema único” [subrayado fuera de texto].

¹⁴⁰ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, 2ª reimp, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp.439 y 440: “[...] una presunción general no se pronuncia ni a favor de que el hombre sea libre, siempre y en todos los aspectos, ni en pro de que no lo sea nunca y bajo ningún aspecto (no hay, en consecuencia, espacio para una decisión “en caso de duda”). El conocimiento que proviene de la experiencia nos dice, no obstante, que el hombre es tanto libre como no libre; en algunas ocasiones, más aquello, en algunas otras, más esto otro. *El problema consiste en saber cuándo y dónde se debe postular*

que se corresponda con las exigencias convencionales y constitucionales¹⁴¹.

De acuerdo con la mencionada sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera “si en realidad la absolución de responsabilidad penal del sindicado se produjo, o no, en aplicación del aludido beneficio de la duda o si, más bien, la invocación de éste esconde la concurrencia de otro tipo de hechos y de razonamientos que fueron y/o deberían haber sido los que sustentaran la exoneración penal, como, por ejemplo, deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria por parte de las autoridades judiciales intervinientes, extremo que sin duda puede tener incidencia en la identificación de título de imputación en el cual habría de sustentarse una eventual declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado”.

En el derecho interamericano de los derechos humanos la justificación de la detención preventiva o de la privación de la libertad se encuentra en las siguientes reglas: (1) si se afirma la presunción de culpabilidad del procesado¹⁴²; (2) se existe peligro de fuga; (3) cuando existe la necesidad de investigar; (4) si se presenta un riesgo inminente de presión o sujeción indebida a testigos; y, (5) con el objetivo de preservar el orden público.

En contraste, el derecho europeo de derechos humanos, especialmente en la sentencia de la Corte Europea Yagci y Sargin vs Turquía, de 1995, consideró que “la sospecha fundada de que los acusados habrían cometido los delitos investigados es una condición indispensable para validar la legitimidad de la prisión preventiva”¹⁴³. En tanto que, en el caso “Neumeister vs. Austria, de 27 de junio de 1968, la Corte planteó las siguientes reglas: (1) las autoridades judiciales no tienen la posibilidad de “elegir entre detener al imputado hasta que se realice el juicio en tiempo

razonablemente libertad, y cuándo y dónde se debe postular razonablemente no libertad. La regulación de la incapacidad de la culpabilidad así como de la capacidad reducida de culpabilidad [...] Merece consideración el hecho de que no se dice positivamente cuándo ha de tenerse por existente la libertad o la culpabilidad, sino negativamente cuándo ha de presumirse la no existencia de libertad o de culpabilidad [...] Todo juez penal podrá dar testimonio de que muchos autores prefieren un bien delimitado castigo por culpabilidad a una medida de aseguramiento que no esté determinada con precisión en el tiempo y bajo la cual, en ciertas circunstancias, se les obligará incluso a someterse a terapia”.

¹⁴¹ RAWLS, John, Teoría de la justicia., ob., cit., p.194: “[...] si bien las libertades iguales para todos pueden restringirse, estos límites están sujetos a determinados criterios expresados por el significado de libertad igual y el orden lexicográfico de los dos principios de la justicia”. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011, p.323: “[...] la minimización de las restricciones de la libertad personal viene impuesta por el valor constitucional de tal inmunidad como derecho fundamental. De aquí la necesidad no sólo de una drástica superación de la actual centralidad de la pena de privación de libertad, sino también de una drástica restricción de los presupuestos de la privación cautelar de libertad, que, según ya he dicho, deberían quedar limitados en exclusiva al riesgo de contaminación de las pruebas y por el tiempo estrictamente necesario para el primer interrogatorio”.

¹⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 2/97.

¹⁴³ MATÍAS PINTO, Ricardo, “Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera”, ob., cit., p.315.

razonable o liberarlo con garantías suficientes para prevenir su fuga”; (2) la “razonabilidad del tiempo en el cual una persona ha estado detenida antes del juicio debe ser ponderada en relación con la detención, y debe ser presumido inocente hasta tanto se dicte una eventual condena”; (3) la determinación si la detención preventiva excede lo razonable debe valorarse “los hechos a favor y en contra de los requisitos que llevaron al dictado de la detención y considerar si existe un genuino requerimiento que justifica salir del principio conforme al cual la libertad es la regla”; y, (4) cuando se sustenta en el peligro de fuga, debe ponderarse “para considerar junto con otros factores, como el carácter del imputado, su moral, si tiene domicilio, ocupación, bienes, lazos familiares y la comunidad en donde está siendo acusado, como así también el tiempo que lleva en detención sin juicio”.

Las restricciones a la regla general de la libertad también ha sido sostenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (caso “Salerno”), según la cual “los intereses del gobierno en preservar la seguridad de la comunidad pueden, en circunstancias apropiadas, restringir la libertad de los individuos. Por ejemplo, en tiempos de guerra o insurrección, cuando los intereses de la sociedad están en juego, el gobierno puede detener a los individuos que cree que son peligrosos... Aun sin que exista una guerra, la Corte ha afirmado que los intereses del gobierno pueden justificar la detención de personas peligrosas. Por lo tanto, el tribunal sostuvo en otra oportunidad que no encuentra ninguna barrera constitucional para detener a inmigrantes ilegales que son potencialmente peligrosos, cuando está pendiente su deportación... También se ha sostenido que el gobierno puede detener a personas con problemas psiquiátricos que presentan un peligro para el público... También se ha autorizado la detención de jóvenes, menores que presentan un peligro a la sociedad... Si la policía sospecha que un individuo cometió un delito, está autorizada a detenerlo y presentarlo ante un juez para determinar si existe causa probable”¹⁴⁴.

La jurisprudencia constitucional colombiana ha sostenido (sentencias C-1198 de 2008 y C-695 de 2013) que el derecho de todas las personas a la libertad, fundada en el artículo 28 de la Carta Política (compatible con el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos) puede encontrar excepciones con base en los siguientes criterios: (1) que se ejerza la reserva judicial, que implica “un mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos

¹⁴⁴ FRESSLER, Joshua, Understanding Criminal Procedure, 2ª ed, California, 1996, pp.556 y 557: “[...] Cuando el gobierno prueba de un modo convincente y claro que el imputado presenta una amenaza expresa para otras personas o la comunidad, la Corte valora que, siendo consistente con la cláusula constitucional del debido proceso, un juez puede neutralizar el peligro que presenta el sujeto. En estas circunstancias, la Corte no puede establecer en forma genérica que la prisión preventiva “afecta los conceptos fundamentales de justicia que están en la esencia de nuestras tradiciones y en la conciencia de nuestro pueblo que los entiende como vitales”.

previamente definidos en la ley”; (2) que se sustente la decisión de restringir la libertad en el principio de legalidad de la privación preventiva de la libertad; y (3) cabe afirmar la aplicación del test de proporcionalidad para determinar si las restricciones a la libertad, para el caso concreto del proceso penal la medida de aseguramiento, resultan adecuadas y necesarias para la finalidad perseguida “sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza”¹⁴⁵.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala como juez administrativo, y fundado en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 17 de octubre de 2013, debe establecer si el presente caso se comprende dentro de las excepciones que al juzgamiento en libertad debe procurar el Estado, y si es así se corresponde con los estándares convencionales y constitucionales señalados.

6.3. Del caso en concreto y la aplicación de la regla excepcional por deficiencias en el recaudo y valoración probatoria.

En el *sub lite*, los demandantes pretenden la declaración de responsabilidad patrimonial de la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios a ellos irrogados como consecuencia de la privación injusta de la libertad de EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, producto de la medida de aseguramiento de detención preventiva que le fue impuesta con ocasión de la investigación penal que por el delito de procesamiento de alcaloides se inició en su contra.

Analizada la decisión del 17 de septiembre de 1998 de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, por medio de la cual resolvió el recurso interpuesto contra la Resolución de Acusación del 27 de noviembre de 1997 en el sentido de revocarla y en su lugar precluir la investigación adelantada en contra de EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, se encuentra que la Fiscalía tomó su decisión con fundamento en el principio *in dubio pro reo* (art. 445) pues señala que aparte del informe de inteligencia y de la presencia del señor RODRÍGUEZ CHARRY en el lugar del allanamiento, no existe prueba alguna que lo incrimine como copartícipe del delito de elaboración de alcaloides.

Precisado lo anterior, corresponde a la **Sección Tercera** determinar, en primer lugar, si cabe imputar la responsabilidad a las entidades demandadas por el daño antijurídico padecido por EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, consistente en los 9 meses y 16 días que estuvo privado de la libertad, siguiendo los criterios fijados por la sentencia de la Sala Plena de

¹⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-695 de 2013.

Sección Tercera del 17 de octubre de 2013¹⁴⁶, según la cual, el juez de administrativo está habilitado para estudiar críticamente el acervo probatorio, de manera tal que pueda establecer si la preclusión de la investigación, o la absolucón se fundó en razones que sin ser consideradas o expuestas por la Fiscalía o el Juez Penal de conocimiento, llevan a la conclusión de aplicar la duda razonable, o in dubio pro reo a partir de deficiencias en la actividad investigativa, o en el recaudo y valoración probatoria, supuestos en los cuales el régimen de responsabilidad objetiva encuentra precisas excepciones, e impone no atribuir o imputar la responsabilidad al Estado de manera mecánica o instrumental, sino que exige una seria carga de motivación, justificación y ponderación de los hechos, y las pruebas, en sede de juzgamiento del contencioso administrativo.

Luego, con fundamento en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, expediente 24392, debe examinarse todos los elementos de la imputación, en este caso analizar contrastadamente la Resolución por la que se ordenó la medida de aseguramiento por parte de la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales, la Resolución de Acusación, y la que decidió precluir la investigación por parte de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, ya que puede tratarse de supuestos de hecho que encuadren en alguna de las excepciones fijadas por la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 17 de octubre de 2013, específicamente por deficiente o insuficiente recaudo y valoración probatoria.

De acuerdo con las pruebas regular y oportunamente arrimadas al proceso, quedó acreditado que el día 2 de diciembre de 1996 los Investigadores Judiciales No. 0009 y 3052, con la debida autorización de la Fiscalía Regional ante el C.T.I. FF.MM. Cúcuta, realizaron diligencia de allanamiento y registro en una vivienda de Cúcuta en la que, según fue informado mediante una **llamada** anónima, se realizaban presuntas labores de procesamiento de alcaloides y se almacenaban insumos. Allí resultó capturado, entre otros, el señor EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, respecto del cual el 24 de diciembre de 1996 la Fiscalía Regional resolvió proferir medida de aseguramiento en la modalidad de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, por el punible de elaboración de alcaloides en calidad de coautor.

La Fiscalía Regional consideró acreditada, en los términos del artículo 388 del Decreto 2700 de 1991, la existencia de elementos probatorios suficientes para proferir la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del aquí demandante EDGAR RODRÍGUEZ

¹⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de octubre de 2013, expediente 23.354.

CHARRY, así como de su padre EMILIANO RODRÍGUEZ BAUTISTA, de sus hermanos MARLIO RODRÍGUEZ CHARRY, ORLANDO RODRÍGUEZ CHARRY, de su sobrino EDGAR EDUARDO RODRÍGUEZ RIVEROS y de los señores NESTOR MANUEL ISCALA OROZCO y OVIDIO SALCEDO SÁNCHEZ. La Fiscalía fundamentó su decisión en el informe de la diligencia de allanamiento y registro al señalar que “se obtiene prueba directa que indica la materialidad del hecho imputado a los procesados, como quiera que es evidente la existencia de ácido clorhídrico, acetona, gasolina, insumos éstos utilizados para la elaboración de alcaloide; estupefaciente preparado en cantidad de 67.3 gramos como peso bruto y 57.1 gramos como peso neto, en el primero y 140 gramos (peso bruto) y 131 como peso neto en el segundo y elementos, como balanzas, horno, microondas, pipetas, guantes para cirugía y otros, utilizados en el proceso de elaboración y empaque de la droga ya elaborada, que indica la existencia de un laboratorio clandestino para la fabricación de droga prohibida, conducta infractora a la ley 30 de 1.986 y por la cual se retuvo a las personas que rindieron indagatoria”¹⁴⁷ (Subraya fuera del texto).

Seguidamente concluye la Fiscalía Regional que “... es entonces claro que en casa de EMILIANO se elaboraba droga prohibida, contrario a lo afirmado por el procesado EMILIANO RODRÍGUEZ. Así mismo, sustentó el allanamiento con base en la información obtenida y lo expuesto por el investigador MILTON EDUARDO MARQUEZ MEZA indica que EMILIANO RODRÍGUEZ no era el único miembro de la familia que tenía nexos con el hecho (...)”¹⁴⁸ (sic) (Subraya fuera del texto).

El 26 de noviembre de 1997 se dicta Resolución de Acusación en contra de EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY por el delito de elaboración y venta de estupefacientes, en calidad de coautor, así como en contra de sus hermanos MARLIO RODRÍGUEZ CHARRY, ORLANDO RODRÍGUEZ CHARRY y de su sobrino EDGAR EDUARDO RODRÍGUEZ RIVEROS. Considera la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales que se encuentran acreditados los requisitos sustanciales establecidos en el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del imputado, para dictar resolución de acusación.

Señala la Fiscalía que resultó “claro entonces que lo dicho por el informante anónimo resultó ser verídico y de ésta llamada se desprende la imputación directa realizada en contra de EMILIANO RODRÍGUEZ, NESTOR ISCALA OROZCO e indeterminada en cuanto hace referencia a los hijos de EMILIANO RODRÍGUEZ, sin embargo, al realizarse el operativo se retuvo en el lugar a MARLIO, EDGAR, ORLANDO

¹⁴⁷ Fl. 93 c2.

¹⁴⁸ Fl. 95 c2.

RODRÍGUEZ CHARRY (hijos de Emiliano) y a EDGAR E RODRÍGUEZ RIVEROS (nieto), contra quienes se concretó la incriminación”. A lo que se agregó, que si “bien es cierto que los declarantes hablan de haber escuchado rumores, estos no eran afirmaciones equivocadas pues probado quedó en el plenario que efectivamente en casa de EMILIANO RODRÍGUEZ y su familia se expedía estupefacientes, como igualmente esa información era conocida por quien realizó la llamada, señalándose igualmente que las personas que realizaban esa labor era el núcleo familiar al cual pertenecen los aquí detenidos, actividad que ejecutaban desde años atrás. Significa lo anterior que esa incriminación generalizada encuentra reafirmación con el estado de flagrancia en que fueron capturados los hermanos EDGAR E RODRÍGUEZ RIVERO, MARLIO RODRÍGUEZ CHARRY, EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY y ORLANDO RODRÍGUEZ CHARRY, personas que, entre otras, conforman el núcleo familiar dedicado a esta actividad delictiva conforme las pruebas a que se hizo alusión anteriormente”¹⁴⁹ (Subraya fuera del texto).

Tratándose de delitos que tipificados para la época de su ocurrencia en la ley 30 de 1986 “Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones”, la decisión de la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales al momento de proferir la Resolución de Acusación se ajustó al procedimiento penal ya que por el punible de procesamiento de alcaloides no procedía libertad provisional, condena de ejecución condicional o libertad condicional, por lo que se imponía legalmente la detención preventiva¹⁵⁰.

El 17 de septiembre de 1998 la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de Acusación en el sentido de precluir la investigación a favor de EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, de su hermano ORLANDO RODRÍGUEZ CHARRY y de su sobrino EDGAR EDUARDO RODRÍGUEZ RIVERO “no obstante de aceptar que para preparar y efectuar un delito como el que se está investigando, son varias las personas que innegablemente participan en su cometido ...”¹⁵¹. Señaló la Fiscalía que “...resulta jurídico precluir la investigación en su favor, más aun cuando en el mentado informe y posterior ampliación, se habla de los hijos de EMILIANO que son químicos, situación que no se probó respecto de ninguno de los procesados, por el contrario, de sus injuradas se extrae que son poco adiestrados académicamente, y no hay ninguna constancia procesal, que dé cuenta que en virtud de su trabajo, tienen conocimiento empírico de cómo manejar químicos para procesar alcaloides”.¹⁵² Dice también que “... el calificador los consideró partícipe de los hechos en la medida que para obtener el

¹⁴⁹ Fls. 211 a 226 c2.

¹⁵⁰ Sentencia de 1 de octubre de 1992. Exp.7058.

¹⁵¹ Fl. 254 c2.

¹⁵² Fl. 257 c2.

producto final, (cocaína base), necesariamente participaron varias personas, descontando por supuesto a EMILIANO RODRÍGUEZ quien se encontraba de vigía en la entrada del inmueble, se tiene que no podía estar en esa actividad solamente NESTOR ISCALA sino otros más, quienes en sentir del Fiscal de primer nivel, no podían ser otros diferentes a los presentes en el allanamiento. Pues bien, analizando la forma en que se encontraron los elementos que se utilizan necesariamente en el laboratorio ilegal, encontramos una situación que no fue objeto de estudio crítico, cual es la posibilidad de que en ese lugar no se adelantaba la totalidad del proceso de elaboración de alcaloides, sino que allí apenas era sometida la base de coca a su purificación y secamiento”¹⁵³.

Otro de los argumentos expuestos por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional para precluir la investigación a favor de EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, su hermano y su sobrino es que “el señor MILTOR EDUARDO MARQUEZ MEZA, adujo que durante el allanamiento uno de los hijos de este [EMILIANO RODRIGUEZ] le reclamaba para que diera a conocer el nombre del personaje que le llevaba estos materiales allí, dando a entender, per se que no eran partícipes de la actividad criminal que se desplegaba, pues con esa misma objetividad, hemos de admitir que tampoco para esa labor ilícita se necesitaba gran cantidad de personal como lo adujo el instructor”¹⁵⁴ (Subraya fuera del texto).

Finalmente, la Fiscalía desató el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución de Acusación precluyendo la investigación en aplicación del principio *in dubio pro reo* al señalar que no “hay la prueba reclamada para acusar formalmente ante los Jueces Regionales a los señores EDGAR EDUARDO RODRÍGUEZ RIVEROS, ORLANDO y EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, a título de coautores y colaboradores, siendo que se deba aplicar en este momento en su favor, como lo ordena la ley procesal, el *in dubio pro reo* (art. 445), pues fuera del informe de inteligencia y la presencia en el teatro de los acontecimientos no existe ninguna constancia procesal que nos ilustre que tuvieron contacto alguno con los materiales incautados, de donde se desprende que los cargos yacientes en su contra subsistieron solo en la medida en que fueron capturados en el inmueble allanado, y sus lazos de consanguinidad con EMILIANO RODRÍGUEZ, situación insuficiente para que sean residenciados en juicio criminal como lo reclama el artículo 441 del C. de P.P. Así las cosas, se revocará la medida de aseguramiento de detención preventiva que pesa en su contra y se ordenará su libertad inmediata e incondicional, previa comprobación que no son requeridos por otra autoridad judicial”¹⁵⁵.

¹⁵³ Fls. 258 y 259 c2.

¹⁵⁴ Fl. 259 c2.

¹⁵⁵ Fls. 248 a 263 c2.

Son dos problemas a resolver: (1) ¿la medida de aseguramiento de la que fue objeto EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY y adoptada por la autoridad judicial se encuadra en la excepción de deficiente recaudo o valoración probatoria?, y (2) siendo esto así, ¿la restricción a la libertad del procesado cumple con los estándares convencionales y constitucionales, siguiendo un test de proporcionalidad?

En cuanto al primero, la Sala responde que la medida de aseguramiento de la que fue objeto EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY y adoptada por la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales al contrastarla con la decisión de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional revela, sin duda alguna, ciertas y serias deficiencias tanto en el recaudo, como en la valoración probatoria, que derivó en la decisión diferenciada entre las Resoluciones de situación jurídica y acusación, con la que de segunda instancia revoca ésta última.

Analizadas las anteriores decisiones de manera contrastada y crítica, la Sala encuentra que se presenta un claro supuesto de deficiencia o insuficiencia en la valoración probatoria, lo que exige que no puede afirmarse la atribución o imputación de la responsabilidad a la entidad demandada por la simple operancia del in dubio pro reo, ya que el juez administrativo no puede ser un operador mecánico, sino que debe corresponderse con los mandatos convencionales y constitucionales de la justicia material, porque como bien lo ha señalado el precedente de la Sala si en el mismo proceso se llega al final a absolver, esto no es indicativo “de que hubo algo indebido en la detención”¹⁵⁶, sin que esto constituya reelaboración alguna de la valoración probatoria efectuada por la jurisdicción penal¹⁵⁷.

En el caso concreto, no hay duda que la actuación o actividad desplegada por la Fiscalía en la fase de investigación e instrucción del proceso penal se correspondió con el ejercicio del ius puniendi del Estado, pero revela serias deficiencias en la valoración probatoria, máxime cuando se trata de el encausamiento penal de complejas e intrincadas redes que se construyen alrededor de este tipo de ilícitos ligados al tráfico, procesamiento o comercialización de estupefacientes.

Como se observa, de la valoración crítica de las razones expuestas por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, se colige que, a pesar de declarar la preclusión de la investigación penal a favor de EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY con fundamento en el principio *in dubio pro reo*, salta a la vista que la aplicación del aludido beneficio de la duda en

¹⁵⁶ Sección Tercera. Sentencia de 25 de julio de 1994, expediente 8666.

¹⁵⁷ Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 13168.

realidad esconde deficiencias en la actividad de valoración del material probatorio, pues, el argumento esgrimido por la Fiscalía en segunda instancia, según el cual, “fuera del informe de inteligencia y la presencia en el teatro de los acontecimientos no existe ninguna constancia procesal que nos ilustre que tuvieron contacto alguno con los materiales incautados”; al parecer de la Sala, por el contrario, constituye una muestra de que el demandante, precisamente por el hecho de residir en el lugar de los hechos, tenía pleno conocimiento de la actividad ilícita que se desarrollaba en su casa de habitación, tanto por los miembros de su familia como por personas extrañas a ella como es el caso del señor NESTOR ISCALA, contrastado con los presupuestos probatorios que tuvo a su disposición la Fiscalía en la instancia de resolver la situación jurídica y ordenar la medida de aseguramiento, así como de acusar a los procesados.

El informe de la diligencia de allanamiento y registro de la casa de la familia Rodríguez, tal como lo establece el ente acusador, claramente prueba la existencia de sustancias e instrumentos destinados a la comisión del delito de procesamiento de alcaloides proscrito en la ley 30 de 1986, lo que, por el hecho de permanecer en la casa de habitación del señor EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY llevaron a la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales a determinar su conocimiento de la actividad ilícita y por ende, a formular resolución de acusación por su participación en ella.

Adicionalmente, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional revoca la Resolución de Acusación en contra de EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY con base en una serie de suposiciones que no es posible extraer del material probatorio existente, como, por ejemplo, cuando en términos hipotéticos contempla “la posibilidad de que en ese lugar [la casa de la familia de EMILIANO RODRÍGUEZ] no se adelantaba la totalidad del proceso de elaboración de alcaloides, sino que allí apenas era sometida la base de coca a su purificación y secamiento”, y a partir de esa hipótesis deducir que si bien para perpetrar el delito investigado se necesitaba la participación de varias personas, en la casa de EMILIANO RODRÍGUEZ no se requería muchas personas porque allí sólo se realizaba una parte del procesamiento de estupefacientes.

Finalmente, la acusación realizada por la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales fue revocada porque no es suficiente tener como fundamentos la presencia física de EDGAR RODRIGUEZ CHARRY en la vivienda allanada y su lazo o nexo de parentesco con los demás encausados penalmente por los ilícitos derivados del procesamiento de sustancias estupefacientes, situación ésta que lejos de generar una duda a favor del RODRIGUEZ CHARRY, tan solo esconde la deficiencia en la valoración del material probatorio por parte de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, lo que es suficiente para que la Sala aplicando el

supuesto exceptivo de la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 17 de octubre de 2013, encuentre que no hay lugar a imputar o atribuir la responsabilidad a la entidad demandada por la privación de la libertad, o, con otras palabras, no hay lugar a afirmar la injusticia de la misma.

La Sala no puede ignorar que en el presente caso, el Fiscal de segunda instancia realmente falló en la valoración probatoria para llegar a la conclusión de precluir la investigación a favor de EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, no lográndose deducir una “duda razonable” que le hubiera impedido llegar a la plena materialización y autoría de las conductas punibles. Por el contrario, se pone en evidencia que fue equívoco el presupuesto del Fiscal de segunda instancia según el cual no existía prueba suficiente, ya que la acusación proferida por la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales, reunía los suficientes elementos demostrativos del conocimiento de la realización de una la actividad ilícita y por ende de su participación, con lo que se fundamenta la decisión de imponer la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva del demandante, al reunirse los requisitos legales y procesales, sin que pueda considerarse dicha decisión como una actuación grosera y flagrante en que se hayan quebrado los criterios establecidos en la ley procesal.

La Sala, encuentra, encuentra que el presente caso encuadra en una excepción a la aplicación del régimen de responsabilidad objetivo, se reitera, a los casos de privación injusta de la libertad, establecida en la sentencia de unificación de la Sala Plena de Sección Tercera del 17 de octubre de 2013, al facultar al juez administrativo para estudiar de manera crítica el material probatorio en orden a determinar si el fundamento de la exoneración penal en realidad escondía deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria, procediendo así una excepción a la imputabilidad de responsabilidad del Estado. En concordancia también con la sentencia de unificación de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, expediente 24392, que determinó la procedencia del examen de los diferentes fundamentos de responsabilidad, sin limitar el juzgamiento de la Sala a uno u otro específico.

Ésta alternativa que le fue otorgada al juez administrativo para declarar la no atribuibilidad o imputabilidad de responsabilidad al Estado en casos de privación injusta de la libertad, ampara hipótesis como la encontrada en la sentencia del 30 de marzo de 2011¹⁵⁸ por medio de la cual se revoca la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Pereira y en su lugar se deniegan las pretensiones de la demanda por considerar que el juez penal de primera instancia incurrió en un error en la valoración de los medios probatorios allegados a ese proceso, al absolver a los acusados

¹⁵⁸ Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2011, expediente 33238.

pese a que se encontraban reunidos los requisitos para establecer la existencia de los hechos, su adecuación típica y la antijuridicidad.

Ésta misma alternativa, es la que permite ahora denegar las pretensiones indemnizatorias de la demanda, por encontrarnos ante una deficiencia en la actividad de valoración probatoria, que, escondida bajo la aplicación del beneficio de la duda, que fundamentó la decisión de precluir la investigación penal a favor de EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY.

Para resolver el segundo problema, la Sala entiende que encuadrándose la medida de aseguramiento impuesta a EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY dentro de la excepción del juzgamiento en libertad, fundada en la deficiencia en el recaudo y valoración probatoria, cabe someterla al test de proporcionalidad para poder corroborar que cumple con los estándares convencionales y constitucionales.

En primer lugar, debe abordarse su la finalidad de la medida de aseguramiento impuesta persiguió o buscó objetivos legítimos a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Constitución. Para el caso concreto, es indiscutible que la investigación penal cursada exigía que se pudiera contar con la comparecencia del imputado, con el fin de que no escapara a la acción de la justicia, ya que encontraba implicados a diferentes miembros de su familia en actividades ilícitas relacionadas con el procesamiento de estupefacientes. Así mismo, cabe afirmar que las resoluciones con las que se definió la situación jurídica y se acusó a EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, al contrastarlas con la que revocó ésta última, que precluyó la investigación fundada en el principio del in dubio pro reo, revelan que las deficiencias en el recaudo y valoración probatoria afectan la decisión de preclusión de la investigación, sin que esto haya afectado las primeras, en especial la resolución que ordenó la medida de aseguramiento de detención preventiva, ya que como lo sostiene la sentencia de la Corte Constitucional C-106 de 1994 “una cosa es **detener** al individuo contra el cual existen indicios graves acerca de que puede ser responsable penalmente, para que esté a disposición de la administración de justicia mientras se adelanta el proceso en su contra, y otra muy distinta que, cumplidos los trámites procesales y celebrado el juicio con observancia de todas las garantías, reconocimiento y práctica del derecho de defensa, se llegue por el juez a la convicción de que en realidad **existe esa responsabilidad penal**”, de tal manera que se cumple con el fin de la restricción permitida convencional y constitucionalmente, que se corrobora con una actuación judicial surtida en todas sus instancias, pero que fue deficiente en el recaudo y valoración probatoria por la segunda instancia ante la que se interpuso el recurso contra la resolución de acusación. Finalmente, las deficiencias en el recaudo y valoración probatoria de la decisión que precluyó la investigación, no implica desvirtuar que la medida

de aseguramiento impuesta cumplió con el valor convencional y constitucional de la justicia “como derecho que le es propio tanto a las víctimas de las conductas objeto de sanción penal, como a la sociedad en general, interesada en conservar el orden y la convivencia”¹⁵⁹.

En segundo lugar, cabe examinar si frente a las deficiencias en el recaudo y valoración probatoria de la decisión que precluyó la investigación, la medida de aseguramiento impuesta a EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY fue idónea para lograr el objetivo propuesto. En el presente caso se tenía que los familiares directos, no por razones de consanguinidad, de RODRIGUEZ CHARRY se habían acogido a la figura de la sentencia anticipada por los delitos en los que éste mismo se encontraba comprometido, por lo que la decisión de restringir su libertad buscaba no sólo su comparecencia al proceso penal en curso, sino que ante la decisión de sus familiares de acogerse a sentencia anticipada, y en caso de haber sido llevado a juzgamiento fuera posible materializar la condena a imponer por un juez penal de competencia, con lo que se prime el principio convencional y constitucional de seguridad ciudadana y de prevención general, y genere efectos disuasivos a “futuros infractores en potencia”. Y siendo los ilícitos penales por los que fue investigado RODRÍGUEZ CHARRY de aquellos que afectan la seguridad pública, ciudadana y la convivencia social, ya que el procesamiento de sustancias estupefacientes tiene un profundo impacto en la comunidad, no hay duda que la medida ha sido idónea para evitar la impunidad que sobre estos ilícitos se cierne y la potencial revictimización.

Finalmente, si frente a las deficiencias en el recaudo y valoración probatoria de la decisión de preclusión de la investigación, la medida de aseguramiento fue proporcional en estricto sentido “como quiera que no tiene la entidad para anular por sí misma la presunción de inocencia ni la libertad de locomoción reconocidas en la Constitución y en los diferentes instrumentos internacionales ya reseñados, pues además de que se trata de derechos que no tienen un carácter absoluto, su restricción atiende el imperativo deseo de conservar las condiciones para garantizar la efectividad del proceso penal, adoptando medidas de reacción rápidas y urgentes, para precaver que los responsables de comportamientos desviados no cumplan la sanción”¹⁶⁰. Cuando se trata de ilícitos como el relacionado con el procesamiento de sustancias estupefacientes, la medida de aseguramiento dictada en el proceso objeto de consideración cumplió con la proporcionalidad en sentido estricto al limitar el derecho a la libertad personal con base en el principio de seguridad ciudadana que para los delitos de este tipo procuran su persecución y prevención, tanto para asegurar la comparecencia, como para permitir que el valor convencional y constitucional de la justicia operara. Dicha proporcionalidad encuentra

¹⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-695 de 2013.

¹⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-695 de 2013.

sustento, también, al aplicar el sub-principio de razonabilidad, ya que tratándose de la investigación penal de un ilícito penal complejo, como el procesamiento de sustancias estupefacientes, se revela en la propia decisión de la Fiscalía que revocó la Resolución de Acusación que le llevó a conclusiones sujetas a deficiencias en el recaudo y valoración probatoria, concluyendo a partir de suposiciones y no de certezas jurídico probatorias en aspectos relacionados con la participación de RODRIGUEZ CHARRY, lo que no pone en cuestión que la decisión de haberle impuesto la medida de aseguramiento se correspondió con un ejercicio de justicia material, en el marco de su aplicación excepcional, y sin que se entendiera con un carácter sancionatorio o de condena.

En conclusión, para la Sala, pese a que el daño antijurídico se estableció, se demostró que no es imputable a la entidad demandada, ya que la preclusión de la investigación fundada en el in dubio pro reo se sustentó en una seria deficiencia probatoria que no puede soslayar, ni omitir en su valoración, raciocinio y justificación el juez administrativo, en aras de la justicia material, y que permite la aplicación concreta de la jurisprudencia unificada de la Sala Plena de la Sección Tercera de 17 de octubre de 2013. Se trata, sin duda alguna, de afirmar el sentido original del mencionado de fallo de unificación, que si bien contempla una regla general que proscribiera el juzgamiento en detención como principio, y enaltece el mismo en libertad como valor sustancial, convencional y constitucional, el fin de lograr la justicia material, como valor convencional y constitucional, permite este tipo de justificaciones excepcionales.

Por todo lo anterior, y en virtud de los argumentos de esta providencia con los que se decide el recurso de apelación, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y denegará las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sub-sección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia de octubre 7 de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, y en consecuencia,

SEGUNDO: DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado