

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., 29 de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: REPARACIÓN DIRECTA
Radicación: 73001-23-31-000-2011-00671-01 (48712)
Demandante: GONZALO CARDONA MOLINA
Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, RAMA JUDICIAL.

Tema: Privación injusta de la libertad. Ausencia de daño antijurídico.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 8 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La policía judicial vinculó mediante investigación al señor Gonzalo Cardona Molina como presunto integrante del frente XXI de las FARC. Posteriormente, la Fiscalía le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de rebelión. No obstante, un juzgado penal del circuito de Ibagué lo absolvió de los cargos imputados en virtud del principio *in dubio pro reo*. Los demandantes consideran que la detención del señor Cardona Molina fue injusta.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

El 23 de septiembre de 2011¹, Gonzalo Cardona Molina, en nombre propio y en representación de Jonathan Alexander Cardona Rojas, Anderson Santiago Cardona López; Érica Yohanna Cardona Rojas y Guely Yiced Cardona Rojas, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa, presentaron demanda en contra de La Nación – Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial por los perjuicios ocasionados por la privación injusta de la libertad del señor Cardona Molina.

Como pretensiones la parte demandante solicita condenar a las entidades demandadas a pagar la suma equivalente a 150 SMLMV en favor de Gonzalo Cardona Molina y 75 SMLMV para los demás demandantes por perjuicios morales; igualmente solicitó el reconocimiento y pago de \$241.020.000.00. por concepto de daño material, así como el pago de costas.

En apoyo de las pretensiones, la parte demandante afirma que el señor Cardona Molina *“fue capturado el 10 de junio de 2004 en las famosas capturas masivas, como consecuencia de un trabajo de `inteligencia` realizado por el Departamento de Policía del Tolima, el día 7 de julio de 2004, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación”*.

Asimismo, indicó que el Juzgado 3º Penal del Circuito de Descongestión absolvió al procesado por *“falta de pruebas”*. Por lo anterior, los demandantes consideran que la privación de la libertad sufrida por el procesado fue injusta.

2. Contestaciones

El 13 de octubre de 2011² el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda y ordenó su notificación a los demandados y al Ministerio Público.

2.1. La Fiscalía General de la Nación³ solicitó negar las pretensiones de la demanda, manifestando que *“la decisión adoptada por la Fiscalía Delegada, obedeció a razones jurídicamente atendibles en ese momento determinado, a una decisión que por la época de*

¹ Fl. 576 a 582 C.1.

² Fl. 584 y 585, C. 1.

³ Fl. 602 a 609, C. 1.

expedición se ajustaba a todas la exigencias sustanciales y formales de la ley más no a una actuación indebida [...]”.

Asimismo, indicó que la medida preventiva fue emitida por cuanto existían pruebas aportadas hasta ese momento que satisfacían los requisitos exigidos por la ley procesal vigente.

Igualmente, expuso que *“la absolución del sindicado, con fundamento en la aplicación del principio in dubio pro reo, no constituye, por si sola, una causal de responsabilidad del Estado, por cuanto, para el efecto resulta necesario, además, que la medida cautelar de privación injusta de la libertad se hubiere ordenado en forma desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales”.*

2.2. La Rama Judicial⁴ se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, manifestando que el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Ibagué, recibió dicho proceso instruido por la Fiscalía 13 Seccional y lo hizo con apoyo de varias declaraciones de reinsertados quienes en sus testimonios vincularon de forma directa al actor. Sin embargo, una vez agotadas todas las etapas propias del proceso se resolvió absolver al procesado del delito endilgado.

Por lo anterior, adujo que en el evento de declarar responsabilidad patrimonial en contra del Estado, ésta debe recaer en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, por ser la entidad que adelantó la investigación y profirió la medida restrictiva, así como también sobre las personas que vincularon al actor con sus testimonios.

Propuso como excepciones: la de (i) *falta de legitimación en la causa por pasiva*; (ii) *inexistencia de perjuicios*; (iii) *culpa de terceros* y; (iv) *la innominada o genérica*.

3. Alegatos de conclusión en primera instancia

El 26 de marzo de 2012⁵ se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

⁴ Fl. 683 a 688, C. 1.

⁵ Fl. 632, C.1.

3.1. La parte demandante⁶ reiteró los argumentos expuestos en la demanda e indicó que *“el daño se produjo, pese a la actividad probatoria recaudada por la Fiscalía General de la Nación, quien no logró desvirtuar la presunción de inocencia.”*

3.2. La Fiscalía General de la Nación⁷ ratificó los argumentos expuestos en el escrito de contestación, solicitó negar las pretensiones de la demanda e indicó que para ese momento procesal en que se efectuó la captura del procesado, el ente acusador contaba con suficientes elementos de prueba que *“le permitían vislumbrar la posible responsabilidad del sindicado”* por lo que la medida de aseguramiento resultaba necesaria y pertinente.

3.3. La Rama Judicial⁸ ratificó las razones expuestas en la contestación de la demanda, igualmente adujo que absolver al demandante por aplicación del principio *in dubio pro reo* no significa la acreditación de irregularidades en la prestación del servicio de justicia.

Asimismo, expresó que *“al demandante se le investigó por hechos de un tercero, y que es un eximente de responsabilidad a favor de la entidad”*.

4. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 8 de agosto de 2013⁹, el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda.

Al efecto, indicó:

“[...] que los indicios de responsabilidad exigidos por la norma para que la Fiscalía procediera a proferir medida de aseguramiento contra el hoy demandante por el delito de Rebelión, estaban dados por los testimonios de algunos reinsertados y habitantes del municipio de Roncesvalles, quienes en sus declaraciones hicieron claros señalamientos respecto de las labores específicas cumplidas por el encartado, [...] además de coincidir con el alias, lugar de residencia y situaciones particulares de su vida cotidiana [...]. Estas circunstancias y el hecho que algunos de los deponentes hubieran sido militantes del grupo subversivo con asentamiento en el mentado municipio, permitían otorgar credibilidad a sus afirmaciones, la cuales, se reitera, era espontáneas y coherentes con la realidad material del investigado.”

⁶ Fl. 633 a 638, C. 1.

⁷ Fl. 651 a 673, C.1.

⁸ 693 a 695, C. 1.

⁹ Fl. 710 a 728, C. Ppal.

Así las cosas, teniendo en cuenta los testimonios anteriormente citados, que constituyen indicio grave de responsabilidad frente a la conducta de Rebelión endilgada al señor Gonzalo Cardona Molina, estima esta Corporación que el funcionario Judicial tenía los elementos de juicio necesarios y pertinentes, para en su momento ordenar la medida de aseguramiento.”

5. Recurso de apelación

Los demandantes interpusieron recurso de apelación, que fue concedido el 3 de septiembre de 2013¹⁰ y admitido el 21 de octubre de 2013¹¹.

5.1. Los recurrentes¹² replicaron los hechos expuestos en el libelo introductorio e indicaron que en el presente asunto se acreditaron los elementos de responsabilidad del Estado, esto es el daño antijurídico y el nexo de causalidad por lo que las entidades demandadas deben responder patrimonialmente.

De otro lado, alegó que el juez de primera instancia tomó como fundamento probatorio *“las declaraciones de reinsertados que a todas luces, mintieron con el fin de obtener beneficios legales, y solo buscan enlodar a cualquier persona, porque solo buscan un fin de favorecimiento personal”*.

Igualmente, indicó que *“después de la toma guerrillera, en el ente territorial, no se instaló nuevamente policía (sic) [...] es decir, el municipio se vio agobiado a un total desgobierno, desde el 13 de junio de 2000, donde el frente XXI gobernaba bajo el imperio de las armas quienes no se sometían a sus caprichos y ordenes ilegales, tenían que abandonar su terruño [...] que otra alternativa tenía el agricultor al pasar por el lado de los guerrilleros, saludarlos, no tenía otra alternativa y si le ofrecían charla, hacerlo, o si no, podría enfrentarse al abandono (sic) de su terruño o quizás hasta la muerte.”*, circunstancia que no fue valorada por el operador jurídico de primera instancia.

Finalmente, esgrimió que *“en el caso concreto es claro que la sentencia absolutoria en favor del GONZALO CARDONA MOLINA, se enmarca en la segunda hipótesis señalada, esto es, que su absolución se debió a que el sindicato no cometió la conducta punible, aunque se haya pretendido soslayar su absolución bajo un falso entendido de in dubio pro reo, que para los efectos jurídicos ya determinados dentro de la anterior lógica y comprensión, conduciría igualmente a la misma consecuencia jurídica: la detención se*

¹⁰ FI. 742, C. Ppal.

¹¹ FI. 747, C. Ppal.

¹² FI. 189 a 197. C Ppal.

califica como injusta”.

6. Alegatos de conclusión en segunda instancia

El 25 de octubre de 2013¹³ se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

6.1. La Fiscalía General de la Nación¹⁴ reiteró lo expuesto en las etapas procesales anteriores.

6.2. Los demandantes, La Nación – Rama Judicial, y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 8 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 270 de 1996.

2. Acción procedente

La acción de reparación directa es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando el daño invocado proviene de un hecho, omisión, operación administrativa o cualquier otra actuación estatal distinta a un contrato estatal o un acto administrativo, en este caso por hechos imputables a la administración de justicia.

3. Vigencia de la acción

Con el propósito de otorgar seguridad jurídica, de evitar la parálisis del tráfico jurídico dejando situaciones indefinidas en el tiempo, el legislador, apuntando a la protección del interés general¹⁵, estableció unos plazos para poder ejercer oportunamente cada uno de los medios de control judicial. Estos plazos resultan ser razonables, perentorios, preclusivos, improrrogables,

¹³ FI. 749, C. Ppal.

¹⁴ FI. 206 a 210, C, Ppal.

irrenunciables y de orden público, por lo que su vencimiento, sin que el interesado hubiese elevado la solicitud judicial, implica la extinción del derecho de accionar, así como la consolidación de las situaciones que se encontraban pendientes de solución.

El establecimiento de dichas oportunidades legales pretende, además, la racionalización de la utilización del aparato judicial, lograr mayor eficiencia procesal, controlar la libertad del ejercicio del derecho de acción¹⁶, ofrecer estabilidad del derecho de manera que las situaciones controversiales que requieran solución por los órganos judiciales adquieran firmeza, estabilidad y con ello seguridad, solidificando y concretando el concepto de derechos adquiridos.

Este fenómeno procesal, de carácter bipolar, en tanto se entiende como límite y garantía a la vez, se constituye en un valioso instrumento que busca la salvaguarda y estabilidad de las relaciones jurídicas, en la medida en que su ocurrencia impide que estas puedan ser discutidas indefinidamente.

La caducidad, en la primera de sus manifestaciones, es un mecanismo de certidumbre y seguridad jurídica, pues con su advenimiento de pleno derecho y mediante su reconocimiento judicial obligatorio cuando el operador la halle configurada, se consolidan los derechos de los actores jurídicos que discuten alguna situación; sin embargo, en el anverso, la caducidad se entiende también como una limitación de carácter irrenunciable al ejercicio del derecho de acción, resultando como una sanción *ipso iure*¹⁷ que opera por la falta de actividad oportuna en la puesta en marcha del aparato judicial para hacer algún reclamo o requerir algún

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-394 de 2002: “La caducidad es una institución jurídico procesal a través de la cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general.

Como claramente se explicó en la sentencia C-832 de 2001 a que se ha hecho reiterada referencia, esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia.

¹⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 23 de febrero de 2006. Exp. 6871-05 “...el derecho al acceso a la administración de justicia no es absoluto, pues puede ser condicionado legalmente a que la promoción de la demanda sea oportuna y las acciones se inicien dentro de los plazos que señala el legislador (...). El término de caducidad, tiene entonces como uno de sus objetivos, racionalizar el ejercicio del derecho de acción, y si bien limita o condiciona el acceso a la justicia, es una restricción necesaria para la estabilidad del derecho, lo que impone al interesado el empleo oportuno de las acciones, so pena de que las situaciones adquieran la firmeza necesaria a la seguridad jurídica, para solidificar el concepto de derechos adquiridos.

¹⁷ Consejo de Estado, Sentencia del 30 de enero de 2013: “Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico. Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho. Es así como el fenómeno procesal de la caducidad opera *ipso iure* o de pleno derecho, es decir que no admite renuncia, y el juez debe declararla de oficio cuando verifique la conducta inactiva del sujeto procesal llamado a interponer determinada acción judicial”.

reconocimiento o protección de la justicia¹⁸, cuya consecuencia, por demandar más allá del tiempo concedido por la ley procesal, significa la pérdida de la facultad potestativa de accionar.

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, señala que la acción de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

La Sección Tercera de esta Corporación ha indicado, de manera reiterada, que cuando el daño alegado proviene de una privación injusta de la libertad, el término de caducidad empieza a contabilizarse a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluye la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado, lo último que ocurra, puesto que a partir de ese momento se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad¹⁹.

En el caso *sub examine*, teniendo en cuenta que la demanda se interpuso el 23 de septiembre de 2011, previa solicitud de conciliación del 15 de junio de 2011 la cual se declaró fallida el 11 de agosto de ese mismo año²⁰ y que la providencia que ordenó absolver de los cargos imputados al señor Cardona Molina, quedó ejecutoriada el 21 de octubre de 2009²¹, se estima que la demanda se presentó antes del vencimiento del término de caducidad de dos (2) años previsto para el medio de control ejercido, de donde el derecho de accionar se realizó oportunamente.

4. Legitimación en la causa

4.1. Gonzalo Cardona Molina, Jonathan Alexander Cardona Rojas, Anderson Santiago Cardona López, Érica Yohanna Cardona Rojas y Guely Yiced Cardona Rojas, son las personas sobre las

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1998: "... [s]i el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho, por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado".

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 14 de febrero de 2002, Rad.: 13.622, Sentencia del 19 de julio de 2017, Rad.: 49.898; Sentencia del 23 de octubre de 2017, Rad.: 48.130; Sentencia del 10 de noviembre de 2017, Rad.: 49.206; Sentencia del 23 de noviembre de 2017, Rad.: 54.716.

²⁰ Fl. 574 y 575, C. 1.

²¹ Fl. 77, C. 1.

que recae el interés jurídico que se debate en este proceso y están legitimados en la causa por activa, ya que el primero es el sujeto pasivo del proceso penal y los demás conforman su núcleo familiar, vínculo acreditado con los respectivos registros civiles de nacimiento²².

4.2. La Nación se encuentra legitimada en la causa por pasiva y debidamente representada por la Fiscalía General de la Nación, toda vez que fue dicha entidad quien impuso la medida de aseguramiento en contra del señor Cardona Molina.

4.2. La Rama Judicial no representa idóneamente los intereses de la Nación en este proceso y por tanto carece de legitimidad para actuar por pasiva, toda vez que no fue dicha entidad quien profirió la medida de restrictiva en contra del demandante, facultad jurisdiccional propia de la Fiscalía General de la Nación en virtud de los presupuestos legales (Ley 600 de 2000) que exigen resolver la situación jurídica del procesado una vez este sea capturado y puesto a disposición del ente acusado.

5. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la medida de aseguramiento, mediante la cual se privó de la libertad al señor Gonzalo Cardona Molina, cumplió con los presupuestos legales que se exigían para su imposición y si con la adopción de la medida preventiva le ocasionó un daño antijurídico que deba reparar el Estado.

6. Solución del problema jurídico

Antes de resolver el problema jurídico es menester hacer unas consideraciones generales sobre la responsabilidad del Estado y el régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

6.1. Consideraciones generales sobre la responsabilidad del Estado

²² FI. 567 a 570, C. 1.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991²³ consagró dos condiciones para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado: i) la existencia del daño antijurídico y ii) la imputación de éste al Estado.

El daño antijurídico es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho²⁴, que contraría el orden legal²⁵ o que está desprovista de una causa que la justifique²⁶, resultado que se produce sin derecho al contrastar con las normas del ordenamiento y, contra derecho, al lesionar una situación reconocida o protegida²⁷, violando de manera directa el principio *alterum non laedere*, en tanto resulta violatorio del ordenamiento jurídico dañar a otro sin repararlo por el desvalor patrimonial que sufre, de donde la antijuridicidad del daño deviene del necesario juicio de menosprecio del resultado y no de la acción que lo causa.

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto²⁸.

Es decir, verificada la ocurrencia de un daño antijurídico y su imputación al Estado, surge el deber de indemnizarlo plenamente, con el fin de hacer efectivo el principio *neminem laedere* y de igualdad ante las cargas públicas, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

6.2. Régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad

En desarrollo del artículo 90 constitucional, el legislador instituyó la responsabilidad del Estado por la actuación o funcionamiento de sus órganos jurisdiccionales o de sus funcionarios mediante la Ley 270 de 1996, regulación que en su artículo 65 dispuso lo siguiente:

²³ “Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de marzo de 2000. Rad.: 11945

²⁵ Cfr. De Cupis. Adriano. Teoría General de la Responsabilidad. Traducido por Ángel Martínez Sarrión. 2ª ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A.1975. Pág.90.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 1999, Rad.: 11499; Sentencia del 27 de enero de 2000, Rad.: 10867

²⁷ Cosso. Benedetta. Responsabilità della Pubblica Amministrazione, en obra colectiva Responsabilità Civile, a cargo de Pasquale Fava. Pág. 2407, Giuffrè Editore, 2009, Milán, Italia.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia de 18 de mayo de 2017, rad.: 36.386.

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

La mencionada normatividad estableció que el Estado sería patrimonialmente responsable por razón o con ocasión de la actuación judicial en los siguientes eventos: i) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia; ii) error jurisdiccional y iii) privación injusta de la libertad²⁹.

En cuanto a esta última, esto es, la responsabilidad por los daños antijurídicos derivados de la privación injusta de la libertad de las personas, el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, consagró que:

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

Con relación al modelo de responsabilidad aplicable a los casos de privación injusta de la libertad, la Constitución de 1991 no privilegió ningún título de imputación³⁰ en particular, por lo que en aplicación del principio *iura novit curia*, dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, el régimen aplicable y la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que se habrá de adoptar. Como corolario de lo anterior, los títulos de imputación aplicables por el juez deben guardar sintonía con la realidad probatoria que se presenta en el caso concreto, de manera que la solución que se ofrezca atienda realmente los principios constitucionales que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado, así como a los fines y deberes de éste.

Bajo la óptica de la cláusula general de responsabilidad contenida en la Constitución, no existe fundamento para favorecer un régimen de tinte marcadamente objetivo como el previsto en la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013 (Rad.23354), con la cual fundamentalmente se buscaba proteger el derecho ambulatorio de las personas y restablecer el desvalor patrimonial sufrido por quien fue objeto de la medida de restricción de la libertad cuando el sindicado recobraba el pleno goce de su derecho al resultar sobreseído o absuelto por alguno de los supuestos desarrollados por la jurisprudencia, para los cuales se reservaba la asignación objetiva de responsabilidad al Estado cuando: (i) el detenido no cometió el delito, (ii) el hecho no existió, (iii) la conducta por la cual fue detenido no es típica o, (iv) por aplicación del principio *in dubio*

²⁹ Cfr. Artículo 65. Ley 270 de 1996.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018.

pro reo; eventos en cuya ocurrencia la antijuridicidad del daño se consideraba de antemano presente y por tanto el análisis de la responsabilidad se simplificaba y con ello el de los elementos estructurales de la responsabilidad, debiendo probarse únicamente la ocurrencia del daño mismo, es decir, de la privación material de la libertad, dejando de lado verificar si con la medida se contradice el ordenamiento jurídico o si esta se produjo al margen del derecho, régimen bajo el cual la única manera para el Estado de librarse de una condena era lograr probar alguna causal de justificación y, en particular, la culpa o hecho de la propia víctima, rompiendo la imputación de la responsabilidad y desestimando el deber de responder para la Administración. Es en ese aspecto que se ha encontrado necesario reconducir esta fuente de responsabilidad buscando mayor cercanía y armonía con la teleología del artículo 90 Constitucional y por ello el análisis debe partir no solo de la verificación de la existencia del daño bajo su condición de elemento estructural, sino también de su antijuridicidad como condición *sine qua non* de la lesión indemnizable, que de suyo implica consultar el apego al ordenamiento jurídico de la orden de detención o privación, así como de la conducta de quien padece el daño en carne propia, para luego acreditar, si ello llega a hacerse necesario, los demás elementos de la responsabilidad, sin que de antemano, en tal juicio, deba privilegiarse alguno de los títulos de atribución en particular, que lo escogerá el juez en cada caso dependiendo de las particularidades del proceso en concreto.

En otras palabras, en cuanto al necesario examen de la antijuridicidad del daño que se discute en el juicio de responsabilidad por una privación injusta de la libertad, se exige constatar si la orden de detención y las condiciones bajo las cuales esta se llevó a cabo se apegaron a los cánones legales y constitucionales o no, e igualmente si el término de duración de la medida de restricción fue excesivo, así como si la medida era necesaria, razonable y proporcional³¹, de donde, si la detención se realizó de conformidad con el ordenamiento jurídico, se entenderá que el daño carece de antijuridicidad y por lo tanto quien lo sufrió no tendrá derecho a que se le indemnicen los perjuicios por su padecimiento. Así, cuando el operador jurídico o el ente acusador levanta la medida restrictiva de la libertad que pesaba sobre una persona, independientemente de la causa de dicha decisión, debe realizarse el análisis pertinente bajo la óptica del artículo 90 Superior, con el fin de identificar la antijuridicidad del daño que se discute.

³¹ *Ibíd.*

En el anterior sentido, el primer examen debe hacerse sobre la medida cautelar misma, pues su apego a la normatividad implica la juridicidad de la afectación, que tiene un efecto definitivo de la solución jurídica que se otorgue a la demanda en la medida en que en el régimen colombiano de responsabilidad del Estado, este responde únicamente por los daños antijurídicos que cause en desarrollo del principio *alterum non laedere* pero no de aquellos que hallan amparo en el ordenamiento. Deberá establecerse si el detenido causalmente contribuyó y determinó con su actuar doloso o gravemente culposo la detención, para estimar si debe asumir las consecuencias de su actuación que pudo sentar las bases para que se adoptara la medida restrictiva de su libertad.

Esta concepción de la fuente de responsabilidad en comento, si bien encuentra amplia aplicación y desarrollo en la falla del servicio, que exige el estudio de la adecuada actuación del Estado a la hora de dictar la orden de detención contra una persona y por tanto el apego de dicha medida al ordenamiento jurídico, no excluye la posibilidad de estudiar la responsabilidad derivada de la restricción a la libertad de las personas bajo alguno de los otros títulos de atribución como ocurre con el daño especial, en eventos en los cuales el sindicado sufre injustificada e inmerecidamente los rigores de la medida adoptada en debida forma por el órgano competente, pero, en tales casos, ello resulta de aplicación residual frente a la falla del servicio y puede presentarse en situaciones en las cuales el mismo reo no dio pie a la adopción de la medida dictada en su contra, donde la actuación del Estado se ajustó al ordenamiento jurídico, pero se causó un desequilibrio de las cargas públicas respecto del administrado.

6.3. El caso concreto

En el presente caso Gonzalo Cardona Molina, Jonathan Alexander Cardona Rojas, Anderson Santiago Cardona López, Érica Yohanna Cardona Rojas y Guely Yiced Cardona Rojas, pretenden que se declare patrimonialmente responsable a La Nación – Fiscalía General de la Nación por los perjuicios ocasionados con la privación injusta de la libertad de Gonzalo Cardona Molina.

Bajo esta óptica, la Sala establecerá cuáles son los hechos probados, para posteriormente analizar si los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado se encuentran acreditados.

6.3.1. Hechos Probados

Se encuentra acreditado que mediante oficio del 2 abril de 2004, la Policía Judicial – Grupos Armados Ilegales, puso en conocimiento del Fiscal 40 de Estructura y Apoyo la investigación adelantada respecto de un grupo de personas que presuntamente hacían parte del frente XXI de las FARC, así como las actividades y el rol que desarrollaban al interior de dicha organización, según consta en copia simple³² de dicho informe³³.

Asimismo, se probó que mediante informe del 18 de mayo de 2004, esa misma dependencia policial individualizó, entre otros, al señor Gonzalo Cardona Molina, alias “El Burro”, señalado por reinsertados de hacer parte de la subversión, particularmente del frente XXI La Gaitana de las FARC, según consta en copia simple del mencionado informe³⁴.

De igual manera, se comprobó que en providencia del 7 de julio de 2004 la Fiscalía 16 Seccional Unidad de Patrimonio Económico, afectó con medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva al señor Cardona Molina como presunto autor del delito de rebelión, según da cuenta copia simple de tal providencia³⁵.

De ese mismo modo, se acreditó que el 6 de diciembre de ese mismo año, la Fiscalía de instrucción profirió resolución de acusación en contra del implicado por el mismo punible, según da cuenta copia simple de dicho proveído³⁶.

Así mismo, se acreditó que el 5 de agosto de 2005, el Juzgado 3º Penal del Circuito de Ibagué, ordenó sustituir la medida preventiva intramural por la detención domiciliaria en favor del procesado, según da cuenta copia de la sentencia mencionada³⁷.

De igual forma, se demostró que en providencia del 31 de julio de 2009, el Juzgado 3º Penal Adjunto del Circuito de Ibagué, resolvió absolver al actor de los cargos que le fueron imputados en la resolución de acusación adiada del 6 de diciembre de 2004 como coautor del delito de rebelión, indicando que *“se impone necesario darle aplicación al principio del IN DUBIO PRO REO, profiriendo fallo absolutorio en favor del procesado por el cargo que se le imputó*

³² La Sala le otorga valor a las pruebas documentales presentadas en copia simple, en virtud de lo decidido en sentencia de unificación con radicado No. 25022 del 28 de agosto de 2013.

³³ Fl. 4 a 21, C. 2.

³⁴ 22 a 34, C. 2.

³⁵ Fl. 104 a 147, C. 2.

³⁶ Fl. 148 a 217, C. 2.

³⁷ Fl. 228 a 237, C. 2.

consistente en detención preventiva". Según obra en copia simple de la alusiva sentencia³⁸.

6.3.2. Análisis de los elementos de la responsabilidad del Estado

En el caso *sub examine* se tiene que **el daño** alegado es la privación injusta de la libertad de Gonzalo Cardona, la cual es calificada como injusta por los demandantes.

Así pues, está acreditado: i) que en providencia del 7 de julio de 2004 la Fiscalía 16 Seccional de la Unidad de Patrimonio Económico, impuso medida de aseguramiento en contra del demandante como presunto autor del delito de rebelión³⁹; ii) que el 6 de diciembre de ese mismo año, la Fiscalía de instrucción profirió resolución de acusación en contra del implicado⁴⁰; iii) que el 5 de agosto de 2005, el Juzgado 3º Penal del Circuito de Ibagué ordenó sustituir la detención preventiva por la domiciliaria favor del procesado⁴¹ y; iv) que en providencia del 31 de julio de 2009, el Juzgado 3º Penal Adjunto del Circuito de Ibagué resolvió absolver al actor de los cargos que le fueron imputados en virtud del principio *in dubio pro reo*⁴².

Ahora bien, el artículo 356 de la Ley 600 de 2000 dispone que *"solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva. Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso"*.

A su turno, el artículo 357 *ibidem* señala que la medida de aseguramiento es procedente, entre otros, cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años.

Bajo el anterior contexto, se observa que la medida de aseguramiento impuesta por resolución del 7 de julio de 2004 cumplió con los requisitos previstos en el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, según dan cuenta los medios de prueba allí referidos, pues se fundamentó sobre elementos de juicio e indicios graves de responsabilidad, consistente en los diferentes testimonios de reinsertados, desplazados y de habitantes de la población del Municipio de Roncesvalles, de los que, todos ellos, inicialmente

³⁸ FI. 384 a 56, C. 1.

³⁹ FI. 104 a 147, C. 2.

⁴⁰ FI. 148 a 217, C. 2.

⁴¹ FI. 228 a 237, C. 2.

⁴² FI. 384 a 56, C. 1.

apuntaban a que el demandante formaba parte del frente XXI La Gaitana de las FARC. En efecto, esta resolución dice:

“DE GONZALO CARDONA MOLINA, ALIAS EL BURRO

Al igual que los anteriores le pesan los cargos a través de los reinsertados y de los que no lo son, como a continuación se extractan:

JOSÉ GREGORIO BEDOYA VARON, reinsertado del frente XXI de las FARC, expone:

[...] Conocí a alias EL BURRO, sé que tiene una finca, pero no me acuerdo donde, ese es miliciano en (sic) demasiado de confianza de el (sic) frente XXI de las FARC, este señor tuvo bajo custodia a la señora INGRID BETANCURTH nos dimos cuenta porque nos mandaron a una exploración, y fuimos a dar al sitio, ESTABA EL burro (sic) con otros guerrilleros, estaba de civil y tenía una pistola 9 mm, el hombre Burro es el encargado de organizar la gente, los civiles, es el encargo de finanzas, está al mando de WALTHER.

ELIKIN CARDONA BOHORQUEZ, reinsertado, expone:

También conocí a GONZALO Alias el Burro, a ese lo conocí en Roncesvalles ese man mantenía con la guerrilla para arriba y para abajo, es Miliciano comandante de milicia de Roncesvalles era el que entregaba las milicias a donald, y los dotaba en armas les conseguía los camuflados a las milicias [...], por ese man fue que mataron a la personera de Roncesvalles por que (sic) el fue el que fue a dar quejas de ella a Marlon, no supe que le dijo, pero el nos contó que la había envalado con Marlon, eso fue una vez tomando trago donde Yelao; el estuvo cuidando a Ingrid Betancourth, yo un día subía a una exploración y de metido me fui para donde el Burro, y la vi, le tenían una piecita con televisor, eso fue como en las fechas que estuve en Roncesvalles, en el 2001, una vez me mandaron a llevarle parte a Marlon a darle parte de los que sucede en el pueblo de Roncesvalles, nos daba órdenes a nosotros los guerrilleros. (Sic en toda la cita).

RICARDO DUCUARA, también reinsertado dice:

[...]De Roncesvalles, conozco a un miliciano que le dicen el BURRO, a el (sic) lo distinguí en la vereda la platina, yo en esa ocasión fui a dicha vereda por el cucho MARLON me había mandado a llamar, MARLON es el comandante del 21 frente de las FARC ... y el que ande con ARMANDADO es miliciano de confianza, porque el (sic) es de la financiera y trabaja con WALTER”

FERDINAN POLINIA MEDINA, ex comerciante de Roncesvalles, expone:

Distinguí a un señor que le dicen el burro, sé que este señor es colaborador de ellos en información, todo lo que sucede en el pueblo, el sube y le cuenta a los comandantes de la guerrilla, es miliciano porque lo ve uno, siempre con ellos, comparte mucho con ellos, uno lo ven en las camionetas, en las motos... Él vive del núcleo hacia arriba, por la orilla del río Cucuana.

JOSE IGNACIO AGUJA SOGAMOSO, exguerrillero y ahora auxiliar regular de la Policía dice:

[...] Al mes que llegamos nosotros, más abajito hay una finca, y hubo una reunión que los citó EL MACANICO, EL YELAO y GONZALO EL BURRO, que eran los coordinadores de la reunión, y se le dijo en la reunión a la señoras y señores del pueblo, que les dijeran a las hijas de ellos, que no se fueron a volver novios de los policías y soldados porque o sino las iban a matar ... Distinguí a Gonzalo por el apodo le dicen el Burro, ese man es guerrillero, siempre lo vi uniformado de camuflado, pertenecía al grupo donde yo iba, el man cargaba una miniuzi; ese estuvo en la muerte de los seis policías de Coyaima, estuvo en la toma de San Antonio, la última y en la toma de Rovira, y estuvo en enfrentamiento con el ejército en las brisas, en cucuanita, en santa helena, en la yerba buena y en el silencio; llegó Gonzalo el BURRO colocó una bomba entre la pared de la finca, se fueron y a los diez minutos estallo la bomba y mató a cuatro niños y la pareja.

RUBIELA PERDOMO MUÑO, trabajadora doméstica:

Conocí Alias el Burro, se llama GONZALO, es familiar de WILSON CARDONA; él es miliciano del frente XXI de las Farc, es del grupo de YELAO, EL MEDICO, y la guerrilla, tomando trago y yo veía que el Burro les colaboraba a la Guerrilla, uno lo veía salir del pueblo con los guerrillero, el Burro tiene una Finca al pie del pueblo, usa siempre sombrero y poncho.

JOSE LEONOR SUAREZ PUERTO, desplazado de Roncesvalles expone:

Distinguí a GONZALO alias El burro, el mantenía bajando dela finca al pueblo que quedaba para el lado del Abanico, venía a llevarle información y yo veía que se saludaba con la guerrilla⁴³.

Testimonios de los que la Fiscalía pudo inferir con certeza lo siguiente:

“Entonces, analizados estos testimonios de reinsertados y de personal ajeno a la subversión, el despacho sin mayor hesitación infiere que el sindicado GONZALO CARDONA (alias el burro), encaja perfectamente como auxiliador y colaborador de la guerrilla, pues aquellos testimonios lo señalan en forma directa de subir a los campamentos, vérselo uniformado cargando una miniuzi, de haber participado en el asesinato de seis policías en Coyaima, que su actividad, la acompañaba en forma paralela con la ayuda a la guerrilla, ya que se le veía hablar y departir licor; igualmente se asevera que en su residencia fue vista la Dra. INGRINTD BETANCOPURTH (sic), quien se conoce fue secuestrada por las FARC, al tiempo que lo relacionaban con las idas al pueblo reuniéndose con los también hoy sindicatos [...], se reitera del estudio hecho a los testimonios y la sana crítica, los mismos son creíbles, pues al unísono y en forma clara, precisa, coherente y sin vacilaciones confluyen a un solo hecho cierto e irrefutable, que no es otro, que su

⁴³ FI. 104 a 147, C. 2.

colaboración y auxilio con la guerrilla, razón por la cual por ahora sobre este implicado recaerá medida de aseguramiento [...].” (Se resalta).

Bajo la óptica de lo anterior, se observa que la resolución que ordenó imponer la medida de aseguramiento en contra del actor fue sustentada probatoriamente con las declaraciones de reinsertados y de otras personas, cuyos relatos allí descritos permitían inferir inicialmente la responsabilidad penal del implicado en los hechos y por el delito por el cual era procesado, pues al ser dichas declaraciones coherentes acerca del rol y las labores que cumplía el enjuiciado al interior de la organización guerrillera, además de coincidir con el alias, lugar de residencia y situaciones particulares de su cotidianidad, así como el hecho de que algunos de los deponentes hubieran pertenecido al mismo eje guerrillero con asentamiento en el mentado municipio, permitían al ente acusador otorgar credibilidad a sus afirmaciones las cuales no se contradicen con la realidad material del implicado.

Así pues, la medida precautelativa cumplió con creces el estándar probatorio consagrado en la ley procesal penal vigente para emitir una providencia que afectare la libertad del implicado, en tanto las pruebas descritas en la providencia que afectó la libertad del encartado permitían estimar al menos, en principio, la comisión del delito de rebelión.

De acuerdo con lo anterior, la Sala advierte que la medida de precaución cumplió con los requisitos previstos en el artículo 357 de la Ley 600 de 2000, puesto que inicialmente existieron pruebas directas e indicios que llevaron a la convicción, en esa etapa procesal, de la vinculación del señor Gonzalo Cardona Molina, alias “el Burro” a una estructura armada ilegal y por lo tanto justificaba la adopción de la medida de detención preventiva.

Asimismo, se advierte que la medida de aseguramiento cumplió con los requisitos previstos en el artículo 357 de la Ley 600 de 2000, puesto que el delito por el que se investigaba al sindicado tenía prevista una pena de prisión que excedía los cuatro (4) años. De hecho, el punible por el que se investigaba al señor Cardona Molina era el de rebelión, que según el artículo 467⁴⁴ de la Ley 599 de 2000 tiene una pena de prisión de mínimo seis (6) años.

En vista de lo expuesto, se observa que la privación de la libertad del demandante no fue injusta, puesto que la medida de aseguramiento cumplió con los requisitos fijados en los artículos 356 y 357 de la Ley 600 de 2000, así como que fue necesaria,

⁴⁴ “Artículo 467. Rebelión. Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de seis (6) a nueve (9) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”.

proporcional y razonable⁴⁵, tal y como se desprende de los elementos de prueba obrantes en el expediente, debido a la gravedad de los delitos por los cuales estaba siendo acusado, que no solo permitía sino aconsejaba la medida restrictiva de la libertad.

En otras palabras, la Sala evidencia que el daño alegado no tiene el carácter de antijurídico, al derivarse de una actuación de la Administración ajustada a derecho, frente a la cual el señor Gonzalo Cardona no puede pretender indemnización de perjuicios. En efecto, la medida resultaba: (i) necesaria para garantizar la presencia del sindicado en el proceso penal que se le seguía en su contra; (ii) proporcional, por cuanto el delito de rebelión implica una pena privativa de la libertad de al menos seis (6) años de prisión intramural y; (iii) razonable, de cara a la gravedad de la conducta y a las circunstancias bajo las cuales fue detenido.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia del 8 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda, al constatar que el daño alegado en la demanda no tiene el carácter de antijurídico y, en tal virtud, no es susceptible de ser indemnizado, en los términos que exige el artículo 90 de la Constitución Política.

6.3.3. Condena en costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia una actuación temeraria de alguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para ésta proceda.

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

RESUELVE

⁴⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU072 de 2018.

PRIMERO: DECLÁRESE la indebida representación de la Nación en cabeza de la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial de conformidad con lo expuesto en la presente providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia del 8 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones aquí expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS.

CUARTO: En firme esta providencia **ENVÍESE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

Aclaración de voto Cfr. Rad. 36146-15 #1

NICOLÁS YEPES CORRALES

Magistrado

LAST/CM