

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”**

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil veintiuno (2021)

REPARACIÓN DIRECTA

Radicado:	25000232600020070055601
Actor:	ADRIÁN MONTOYA RAMÍREZ Y OTROS
Demandado:	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Tema:	PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD – LEY 600 DE 2000 – PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POR FALTA DE PRUEBAS PARA SOSTENER LA ACUSACIÓN EN CONTRA DEL PROCESADO Y DUDAS SOBRE SU RESPONSABILIDAD TRAS PRUEBAS SOBREVINIENTES – CARGA DE LA PRUEBA DE LA FALLA EN SERVICIO – PROVIDENCIA QUE IMPONE LA MEDIDA RESTRICTIVA DE LA LIBERTAD NECESARIA PARA ANALIZAR SI EXISTÍAN DOS INDICIOS GRAVES DE RESPONSABILIDAD PENAL
Sentencia N°:	SC3 – 21012776
Instancia:	PRIMERA
Sistema:	ESCRITURAL

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso ordinario iniciado por Adrián Montoya Ramírez, Henry Alberto Montoya Ramírez, María Fabiola Ramírez y Nancy Estella Montoya Ramírez, en contra de la Nación – Fiscalía General, en ejercicio de la acción de reparación directa, por la presunta privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor Adrián Montoya Ramírez.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones

En la demanda presentada el 4 de octubre de 2007, los demandantes solicitaron:

- i. Declarar a la Nación - Fiscalía General de la Nación administrativa y extracontractualmente responsable por la privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor Adrián Montoya Ramírez, por el término de 9 meses.
- ii. En consecuencia, condenar a la Nación - Fiscalía General al pago de los *“...perjuicios de orden físicos, fisiológicos (Daño en las condiciones de vida), psicológicos, materiales y morales subjetivos y objetivados, actuales y futuros, los cuales se estiman en una suma superior a mil millones de pesos m/te (\$1.000.000.000), conforme a lo que resulte probado dentro del proceso, o en su defecto, en forma genérica”*. Así como el pago de los perjuicios morales, en *“...la suma estipulada por la ley en salarios mínimos legales mensuales vigentes o en gramos oro a cada uno de los demandantes”*.

De manera concreta, en el acápite de cuantía se especificaron los siguientes perjuicios:

a. Materiales por lucro cesante:

Los salarios dejados de devengar por los 9 meses de privación de la libertad, por un total de \$4.854.340 calculados con base en los siguientes conceptos:

Salario mínimo para el año 2005	\$381.500
Auxilio de transporte	\$44.500
Cesantías	\$381.500
Intereses de cesantías	\$44.340
Primas legales	\$\$381.500
Vacaciones	\$213.000

b. Materiales por daño emergente:

Por el valor de \$40.000.000, que resulta de la suma de los siguientes conceptos:

Tiquetes aéreos Bogotá – Santa Marta- Bogotá de Nancy Montoya Ramírez y María Fabiola Ramírez, gastos de hotel y viáticos
Tiquetes terrestres de Henry Alberto Montoya Ramírez de Maicao a Santa Marta, en aproximadamente 36 oportunidades
Gastos necesarios de Adrián Montoya Ramírez, necesarios durante la privación de la libertad
Gastos por honorarios profesionales al abogado Regulo Moscote

Gastos de representación, honorarios profesionales y traslado de Bogotá - Santa Marta – Bogotá de la abogada María Cristina Ramírez

- c. Morales, en el monto máximo autorizado por la ley, debidamente indexado para cada uno de los demandantes.

2.2. Hechos

El resumen de los hechos expuestos por la parte demandante como sustento de las pretensiones, es el siguiente:

- Adrián Montoya Ramírez se dedicaba a un negocio familiar “...cobrando al paga diario” en el municipio de Maicao (Guajira).
- El 9 de octubre de 2004 fue realizada una captura masiva en el mercado público del municipio de Maicao (Guajira). Posteriormente, el 24 de enero de 2005, Adrián Montoya Ramírez fue capturado y privado de la libertad, tras la imposición de una medida de aseguramiento, al sindicársele como “sicario y miembro de las autodefensas”, siendo trasladado a la Cárcel Rodrigo de Bastidas de Santa Marta.
- El proceso penal radicado No. 2000 ante la Fiscalía 30 de Derechos Humanos está en etapa de juicio, debido a un cambio de radicación; sin embargo, la mayoría de las 40 personas implicadas son inocentes y algunas han sido puestas en libertad
- En audiencia pública realizada ante el Juzgado Quinto Penal Especializado de Bogotá, la Policía reconoció que no contó con el tiempo y los medios idóneos para realizar una adecuada investigación, por lo que le dieron credibilidad a un testigo.
- El proceso inicialmente correspondía al Juez Penal Especializado de Riohacha, pero bajo el argumento de la peligrosidad y complejidad del proceso, se dispuso el cambio de radicación y reparto al Juez Quinto Especializado de Bogotá.
- El señor Adrián Montoya Ramírez fue puesto en libertad el 3 de octubre de 2005 y la decisión de preclusión de la investigación fue adicionada el 5 de octubre de 2005.

2.3. De los argumentos de la parte actora

El apoderado de los demandantes considera que la responsabilidad extracontractual es imputable a la Fiscalía General de la Nación a título de falla en el servicio, por incumplimiento de sus deberes de investigar las conductas delictivas de manera integral y realizar las acusaciones en contra de los presuntos infractores con el respeto de los derechos fundamentales y las garantías procesales.

Para la parte demandante, el actuar irregular de la Fiscalía General de la Nación se evidencia en que la imputación de cargos en contra de varias personas se basó

en la identificación de un testigo único y principal, previa elaboración de un álbum con fotografías recaudadas de forma ilegal en diferentes pesquisas, entre estas las adelantadas en el mercado público del Municipio, con el pretexto de revisar antecedentes judiciales.

En resumen, señala que no existían indicios graves de responsabilidad en contra del señor Montoya Ramírez, de modo que la privación de su libertad devino en injusta, y procede la reparación del daño causado a los demandantes.

2.4. Admisión y notificación de la demanda

- Mediante acta individual de reparto de 5 de octubre de 2007, le correspondió conocer la controversia al Magistrado Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, que a través de auto de 16 de noviembre de 2007 inadmitió la demanda, para que la parte demandante precisara el lugar de reclusión del señor Ramírez Montoya y aportara copia con constancia de ejecutoria de la providencia de preclusión de a investigación, así como copia auténtica de la boleta de excarcelación¹.

- Mediante el auto de 23 de enero de 2008, el proceso fue remitido por cuantía a los Juzgados Administrativos y correspondió por reparto al Juzgado 33 Administrativo de Bogotá, que mediante auto de 11 de marzo de 2008 admitió la demanda².

- En el término de contestación de la demanda, la Fiscalía General de la Nación alegó la nulidad por falta de competencia. A través de auto de 30 de junio de 2009, la Juez 33 Administrativa de Bogotá declaró la nulidad de lo actuado y dispuso la remisión de proceso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca³.

- El proceso correspondió por conocimiento previo al Magistrado Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, que dispuso la admisión de la demanda, a través del auto de 5 de marzo de 2010⁴.

2.5. Contestación de la demanda

A través del escrito visible de folios 81 a 91 del expediente, el apoderado de la Fiscalía General de la Nación contestó la demanda oportunamente y se opuso a las pretensiones de los demandantes.

Señaló que no le constaban los hechos de la demanda, por lo que debían probarse.

Frente a los perjuicios alegados por los demandantes, indicó que su tasación desconocía los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

¹ Folio 16

² Folio 24

³ Folios 56 a 58

⁴ Folio 69

Manifestó que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación tuvieron sustento en el artículo 250 la Constitución Política y 114 del Código de Procedimiento Penal, de modo que no estaban dados los supuestos de la falla en el servicio.

Sostuvo que la medida de aseguramiento fue impuesta de acuerdo con lo previsto en el artículo 338 del Código de Procedimiento Penal y dada la existencia de indicios graves de responsabilidad en contra del señor Montoya Ramírez.

Adujo que la decisión de preclusión de la investigación penal en contra del señor Adrián Montoya, se produjo en virtud de una prueba sobreviniente y con fundamento en el principio de *in dubio pro-reo*.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que las actuaciones de su representada se ajustaron a la normatividad penal y al principio de progresividad.

2.6. Etapa probatoria y alegatos de conclusión.

- Mediante auto de 10 de diciembre de 2010 se dispuso la apertura de la etapa probatoria, de acuerdo con el decreto de pruebas documentales, testimoniales y periciales. En cuanto a las pruebas documentales se requirió previamente a la parte actora, con el fin de que suministrara información necesaria para su recaudo, correspondiente al número completo del radicado del proceso al que aludía y los nombres de las entidades a las que se dirigirían los oficios⁵.

- Continuó el impulso del recaudo probatorio, a través de auto de 11 de noviembre de 2011, en el que se tuvieron como desistidas las pruebas documentales, debido a que la parte actora no aportó la información que le fue requerida⁶.

- A través de auto de 23 de marzo de 2012, se decidió tener como desistida la valoración por Medicina Legal a las señoras María Fabiola Ramírez y Nancy Stella Montoya, se requirió a la parte actora frente el cumplimiento de cargas procesales para el recaudo de las pruebas testimoniales y la valoración médica de los señores Adrián Montoya Ramírez y Henry Alberto Montoya, y se negó la solicitud de suspensión del proceso por incapacidad de la apoderada⁷.

- Mediante auto de 27 de julio de 2012, se reconsideró la decisión frente al impulso de las pruebas, teniendo en cuenta la situación de incapacidad de la apoderada de la parte demandante; sin embargo, fue reiterada la decisión de tener por desistidas las pruebas documentales⁸.

⁵ Folios 93 y 94

⁶ Folio 106

⁷ Folio 115

⁸ Folio 119

- Mediante auto de 8 de noviembre de 2013, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto, por estar vencido el término probatorio⁹.

- La apoderada de la parte actora en etapa de alegatos de conclusión planteó la posibilidad de decretar oficiosamente un auto de pruebas¹⁰.

- A través de auto de 23 de mayo de 2014, se consideró que previo a dictar sentencia, era necesario el decreto de pruebas de oficio, para requerir (i) al Juzgado Quinto Especializado de Bogotá, solicitándole informar el estado del proceso y allegar la sentencia de haberse dictado; (ii) a la Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, para que allegara copia de las actuaciones adelantadas en contra del señor Adrián Montoya Ramírez y (iii) al INPEC, para que remitiera certificación de boleta de detención y salida del señor Adrián Montoya Ramírez¹¹.

- Mediante auto de 25 de julio de 2014, la parte actora fue requerida, con el fin de que tramitara los oficios para el recaudo de las pruebas decretadas¹².

- La apoderada de la parte actora aportó copia de los oficios con constancia de radicación¹³.

- El Director de Fiscalía Nacional Especializada de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario informó que contra el señor Adrián Montoya Ramírez se adelantaba investigación en la Fiscalía 17 Especializada, radicado No. 2000, por lo que se había corrido traslado de la solicitud al Despacho mencionado¹⁴.

- Mediante oficio de 12 de mayo de 2015, el Oficial Mayor del Juzgado Quinto Especializado de Bogotá, informó que revisada la actuación procesal NI 005-2006-0080, en la resolución de acusación proferida el 3 de octubre de 2005, la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario dispuso la preclusión de la investigación en contra de Adrián Montoya Ramírez y remitió copia de dicha resolución en calidad de préstamo¹⁵.

- A través de auto de 22 de mayo de 2015, el Magistrado dispuso reiterar los oficios dirigidos al INPEC y a la Fiscalía General de la Nación, para lo cual la parte demandante debía cumplir con la carga de su trámite¹⁶.

- El Fiscal 17 Especializado informó al Despacho que cursaba investigación radicada bajo el No. 2000, relacionada con la actividad delictiva atribuida al frente Contrainsurgencia WAYUU de las AUC, que ejercieron su accionar en zona urbana

⁹ Folio 169

¹⁰ Folios 184 y 185

¹¹ Folio 187

¹² Folios 190 y 191

¹³ Folios 199 a 201

¹⁴ Folio 207

¹⁵ Cuaderno 3

¹⁶ Folios 210 y 211

y rural de Maicao (Guajira), la cual constaba en 32 cuadernos que quedaban a disposición de la parte demandante para que coordinaran lo relacionado con el pago de las copias y el envío a esta Corporación¹⁷.

- Mediante auto de 18 de agosto de 2015, el Magistrado Henry Aldemar Barreto Mogollón remitió el expediente a la Sección Tercera, Subsección C, correspondiéndole por reparto a la Magistrada Corina Duque Ayala, quien avocó conocimiento y corrió traslado para alegar de conclusión¹⁸.

- A través de auto de 24 de noviembre de 2015, fue revocada la decisión de correr traslado para alegar de conclusión y se ordenó reiterar los oficios dirigidos a la Fiscalía 17 Especializada y al INPEC, dejando en la parte actora la carga de su trámite¹⁹.

- Mediante auto de 31 de mayo de 2017, la parte actora fue requerida para que allegara constancia de radicación de los oficios antes mencionados²⁰.

- El 15 de febrero de 2019, la Asistente de Fiscal ID 76 comunicó que en el plazo indicado no era posible remitir la totalidad del proceso radicado No. 2000, por lo que solicitó una prórroga para enviar el proceso²¹.

- Por su parte, el INPEC manifestó que la información requerida podía obtenerse a través del link <https://goo.gl/NU1SRi>, con nombre y número de cédula de ciudadanía, pero que al consultar con el nombre del demandante no se encontró información²².

- El 1 de marzo de 2019, la apoderada de la parte demandante aportó copia de los oficios radicados ante la Fiscalía General de la Nación y el INPEC²³.

- Mediante auto de 15 de agosto de 2019, el Magistrado Ponente requirió a la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que aportara copia de la resolución de la situación jurídica y de la resolución de la preclusión de la investigación en contra de Adrián Montoya Ramírez y demás actos procesales relevantes dentro de la investigación efectuada dentro del proceso radicado No. 2000, y al INPEC, para que remitiera certificación de la boleta de detención y salida del señor Montoya Ramírez, debido a que seguidas las instrucciones dadas en su respuesta, el Despacho no obtuvo la información, por lo cual suministró nuevos datos del demandante²⁴.

- El proceso ingresó al Despacho sin pronunciamiento de las partes y sin respuesta a los requerimientos. Vencido ampliamente el período probatorio, se dictó auto de

¹⁷ Folio 214

¹⁸ Folios 215 a 218

¹⁹ Folio 241

²⁰ Folio 244

²¹ Folio 248

²² Folio 249

²³ Folios 250 a 254

²⁴ Folio 256

traslado para alegar de conclusión, decisión contra la cual no se interpusieron recursos²⁵.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Parte demandante²⁶

La apoderada de los demandantes destacó que está probada la privación injusta de la libertad del señor Adrián Montoya Ramírez, por el actuar deficiente de la Fiscalía General de la Nación, al imponer la medida de aseguramiento y mantenerlo privado de la libertad por el término de 9 meses, pese a que estaba demostrada su inocencia.

A su juicio, los elementos probatorios que obran en el proceso son suficientes para concluir que el actuar de la entidad demandada desatendió los criterios normativos para la imposición de una medida de aseguramiento, puesto que no contaba siquiera con un indicio de la responsabilidad penal del señor Montoya Ramírez.

Destacó la gravedad de los perjuicios materiales e inmateriales causados a los demandantes.

Concluyó que estaban dados los supuestos de la responsabilidad extracontractual de la Fiscalía General de la Nación, por considerar desproporcionada la medida privativa de la libertad impuesta al demandante, motivada por la intención de la entidad demandada de demostrar resultados favorables en las estadísticas de gestión.

3.2. Parte demandada²⁷

En oportunidad para presentar alegatos de conclusión, el apoderado de la Fiscalía General de la Nación señaló que no está probada la privación de la libertad del señor Adrián Montoya Ramírez, esto es, el daño como primer elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado.

En gracia de discusión, sostuvo que no está demostrado que la privación de la libertad en contra del demandante obedeció a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales establecidos para el efecto y, en ausencia de esta verificación, no estaba probada la antijuridicidad del daño.

3.3. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público guardó silencio en oportunidad para presentar concepto.

²⁵ Folio 262

²⁶ Folios 263 a 266

²⁷ Folios 267 a 270

IV. CONSIDERACIONES

4.1. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN

4.1.1. Jurisdicción y competencia

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo consagra el criterio orgánico para establecer que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo debe conocer de los litigios de las entidades públicas, por lo que basta verificar que la naturaleza de una de las partes sea pública, como lo es la Fiscalía General de la Nación, para que se trámite la controversia ante esta jurisdicción.

Por la naturaleza del asunto, esta Sala de Decisión es competente para conocer del proceso, teniendo en cuenta que de acuerdo con lo previsto en el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y lo señalado por el H. Consejo de Estado en auto de 9 de septiembre de 2008, en primera instancia, los Tribunales Administrativos conocen de las acciones de reparación directa relacionadas con el ejercicio de la administración de justicia (por error judicial, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia) y el H. Consejo de Estado conoce en segunda instancia. En razón de lo anterior, no es necesario considerar los factores territorial y de cuantía en el proceso²⁸.

4.1.2. De la procedencia de la acción

A través de la pretensión de reparación directa se busca que sean reparados todos los daños causados por una entidad estatal, esta acción encuentra su base jurídica en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual establece que el estado deberá responder por el daño antijurídico que cause.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 del C.C.A, cualquier persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otro motivo. En este caso, los demandantes solicitan la reparación del daño irrogado por la demandada, a su juicio, por habersele privado injustamente de su libertad, razón por la cual la acción de reparación de directa es procedente.

4.1.3 De la caducidad

En el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., está previsto que la acción de reparación directa puede interponerse en un término de dos años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente causante del daño.

²⁸ Esta regla de competencia es aplicable, debido a que la demanda se instaura en vigencia del Código Contencioso Administrativo, pues el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 fue derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011.

Cuando el perjuicio se deriva de la privación injusta de la libertad, el conocimiento del daño se evidencia una vez se tiene la plena certeza acerca de la ilegalidad, la injusticia o la falta de fundamento de la medida restrictiva correspondiente, es decir, desde el momento en que el sindicato recupera su libertad o quede ejecutoriada la providencia judicial que lo declara absuelto o dispone la preclusión de la investigación²⁹, dependiendo que sea lo último que ocurra.

En el *sub judice*, el conocimiento del daño se evidencia una vez quedó ejecutoriada la resolución de preclusión de la investigación penal en contra del señor Adrián Montoya Ramírez, dictada el 3 de octubre de 2005 y aclarada mediante providencia de 5 de octubre de 2005. Aún sin contar con la constancia de ejecutoria de dicha decisión, la Sala advierte que la demanda fue interpuesta oportunamente, dentro de los dos años siguientes a su emisión, específicamente, el 4 de octubre de 2007.

4.1.4. De la legitimación en la causa

En este caso, el daño irrogado es la privación de la libertad del señor Adrián Montoya Ramírez y la *causa petendi* es que tal medida se impuso injustamente.

4.1.4.1. Legitimación en la causa por activa

El señor Adrián Montoya Ramírez está legitimado en la causa por activa, debido a que es el directo afectado por haber sido privado de la libertad

Respecto a los restantes demandantes María Fabiola Ramírez Henry Alberto Montoya Ramírez y Nancy Estella Montoya Ramírez, la legitimación en la causa por activa está dada por el parentesco con el afectado directo, en calidad de madre y hermanos, según consta en los registros civiles de nacimiento visibles de folios 1 a 3 del cuaderno 2.

4.1.4.2. Legitimación por pasiva.

Conforme a lo consagrado en el artículo 250 de la Constitución Política y el marco jurídico previsto en la Ley 600 de 2000, las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación se relacionan con el daño por cuya reparación se reclama, teniendo en cuenta que el proceso para el señor Adrián Montoya Ramírez culminó con la resolución de preclusión de la investigación, en etapa de instrucción.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO

i. ¿Está demostrada la privación de la libertad del señor Adrián Montoya Ramírez, como daño por el cual los demandantes exigen la reparación?

²⁹ Para ampliar sobre la caducidad de la acción de reparación directa en casos de privación injusta de la libertad, véase Consejo de Estado sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera - Subsección “A” Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON Bogotá, D.C., sentencia de nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00189-01(38438).

ii. En caso afirmativo, ¿La Fiscalía General de la Nación debe ser declarada administrativa y patrimonialmente responsable y, por ende, ser condenada a la reparación de los presuntos daños que padecieron los demandantes, a causa de la privación de la libertad del señor Adrián Montoya Ramírez, que culminó con la preclusión de la investigación penal?

iii. En caso de que se declare la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, la Sala deberá establecer si hay lugar a reconocer la indemnización de perjuicios pretendida por los demandantes.

4.3. TESIS DE LA SALA

No procede declarar la responsabilidad extracontractual de la Fiscalía General de la Nación, porque no se probó que la medida privativa de la libertad impuesta al señor Adrián Montoya Ramírez fuera irrazonable, arbitraria, desproporcionada o carente de fundamento. En el expediente no obra la decisión a través de la cual fue privado de la libertad, y de la resolución de preclusión de la investigación se colige que la Fiscalía General de la Nación contaba con la declaración de un testigo, de la cual extrajo los indicios de responsabilidad penal en contra del señor Montoya Ramírez. Por su parte, la preclusión estuvo fundada en la ausencia de otras pruebas que arrojaran el grado de certeza necesario para continuar con la acusación en su contra. De otro lado, la parte demandante no demostró que la implicación inicial del señor Montoya Ramírez al proceso penal derivó de un reconocimiento fotográfico nulo, ni estuvo motivada por razones extralegales, tampoco que no haya mediado una investigación o se le haya impuesto la privación de la libertad con absoluta orfandad probatoria, de ahí que, en aplicación del principio de la carga de la prueba, no hay lugar a reprochar como irregular el accionar de la Fiscalía General de la Nación.

4.4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

La responsabilidad por privación injusta de la libertad implica la reparación del daño que causa la vulneración del derecho a la libertad, cuando al procesado se le priva de su pleno goce y ejercicio; por tal razón, el fundamento constitucional, además de la cláusula de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, se encuentra en el artículo 28 ibidem y en los artículos 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por su parte, el fundamento legal de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se encuentra en los artículos 65 y 68 de la Ley 270 de 1996, los cuales preceptúan:

“ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por

la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”.

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

La H. Corte Constitucional, a través de la sentencia C-037 de 1996, condicionó la exequibilidad del artículo 68 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, señalando que debe entenderse el término “injustamente” como una actuación desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, en este sentido, para que exista responsabilidad del Estado la privación de la libertad debe ser contraria al derecho, irrazonable y arbitraria, por lo cual, su declaratoria debe obedecer a un análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la imposición de la medida restrictiva de la libertad.

Sin embargo, el H. Consejo de Estado consideró que la previsión del artículo 68 de la Ley 270 y el pronunciamiento de la H. Corte Constitucional, no impiden que, en virtud de lo consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, se impute responsabilidad al Estado por privar de la libertad a quien no incurrió en conducta punible, pese a que la actuación haya sido legal, porque en este caso el sujeto no tiene la obligación de soportar el daño irrogado y la responsabilidad se declara por la ruptura del principio de las cargas públicas³⁰.

Con fundamento en los pronunciamientos jurisprudenciales reseñados, hasta hace un tiempo, la posición predominante en el H. Consejo de Estado era que como regla general, cuando el daño cuya reparación se persigue es la privación injusta de la libertad, el régimen de imputación de responsabilidad del Estado es de carácter objetivo por daño especial³¹, en tanto que no se valoraba la actuación subjetiva de la autoridad judicial y únicamente se requería acreditar: (i) la existencia de la medida restrictiva de la libertad; (ii) la existencia de una providencia judicial en la que se declaró la inocencia del sindicado, porque el hecho por el cual se le procesó no existió, él no lo cometió, no constituía una conducta punible o en aplicación del principio in dubio pro reo, y (iii) la ausencia de causal de exoneración de responsabilidad, tal como el hecho exclusivo y determinante de la víctima, fuerza mayor o el hecho exclusivo de un tercero.

Recientemente, en Sentencia de Unificación 072 de 5 de julio de 2018, la H. Corte Constitucional cuestionó la indefectible aplicación de un título de imputación objetivo, cuando quien fue privado de la libertad obtiene la absolución en aplicación del principio de in dubio pro reo, toda vez que tal actuación pretermite lo dispuesto en la sentencia C- 037 de 1996, en cuanto a que debe mediar un

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2016, Rad. No. 2006-01469-01(38952), C.P. Ramiro de Jesús Pasos Guerrero.

³¹ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de unificación de 17 de octubre de 2013, Rad. No. 1996-07459-01(23354), M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

análisis del que se concluya que la detención preventiva fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria.

Posteriormente, en Sentencia de Unificación de 15 de agosto de 2018, el H. Consejo de Estado modificó su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales se reclama la reparación de daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca dicha medida³².

No obstante, la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 15 de agosto de 2018, proferida dentro del proceso tramitado bajo el número de radicado No. 2011- 00235-01 (46947) fue dejada sin efectos a través de la sentencia de tutela del 15 de noviembre de 2019, dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2019-00169-01 Demandante: Martha Lucía Ríos Cortés y otros Demandado: Consejo de Estado - Sección Tercera, ordenando a la demandada que en el término de 30 días, profiriera un fallo de reemplazo en el que, al resolver el caso concreto y teniendo en cuenta las consideraciones que sustentan la decisión de tutela, se valorara la culpa de la víctima sin violar la presunción de inocencia de la accionante.

Por lo anterior, no se dará aplicación a la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, sin embargo, conforme a los hechos probados en la demanda se realizará el respectivo juicio de imputación que corresponda conforme a los postulados enunciados, y siguiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia SU 072 de 5 de julio de 2018.

4.5. PROCESO PENAL EN VIGENCIA DE LA LEY 600 DE 2000

Teniendo en cuenta que en el procedimiento penal adelantado en contra del demandante se aplicaron las disposiciones normativas establecidas en la Ley 600 de 2000, es preciso anotar que, en vigencia de esta ley, la acción penal se ejercía en dos etapas, investigación y juzgamiento, la primera a cargo de la Fiscalía General de la Nación y la segunda a cargo de los jueces penales (artículo 26).

Como atribuciones de la Fiscalía General de la Nación, en el artículo 114 de la de la Ley 600 de 2000 se señalan:

“Artículo 114. Atribuciones. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación:

- 1. Investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes.*
- 2. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento.*

³² Consejo de Estado, Sentencia de unificación de 15 de agosto de 2018, Exp. No. 46.947.

3. *Tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, cuando a ello hubiere lugar.*

4. *Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas.*

5. *Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.*

6. *Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.*

7. *Las demás que le atribuya el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación”.*

De acuerdo con el artículo citado y, en general, con lo establecido en la Ley 600 de 2000, a la Fiscalía General de la Nación le corresponde adelantar las siguientes actuaciones:

1) Investigación previa (artículos 322 a 328): Con esta se determina si ha tenido ocurrencia la conducta que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades, si está descrita en la ley penal como punible, si se ha actuado al amparo de una causal de ausencia de responsabilidad, si se cumple el requisito de procesabilidad para iniciar la acción penal y se obtienen las pruebas indispensables para lograr la individualización o identificación de los autores o partícipes de la conducta punible.

2) Instrucción (artículo 329 a 331): Esta se divide en varias actuaciones, se inicia con la apertura de la instrucción y culmina con la calificación del sumario, en la que debe determinarse si se emite resolución de acusación o se dispone la preclusión de la instrucción.

En la apertura de la investigación se deben establecer: (i) si se ha infringido la ley penal; (ii) quién o quiénes son los autores o partícipes de la conducta punible, (iii) los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación de la ley penal, (iv) las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó la conducta, (v) las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del procesado y su conducta anterior, sus antecedentes judiciales, de policía y sus condiciones de vida, y (vi) los daños y perjuicios de orden moral y material que causó la conducta punible.

Luego se define la situación jurídica del imputado indicando si hay lugar o no a imponer medida de aseguramiento, previa su vinculación legal al proceso una vez sea escuchado en indagatoria o declarado persona ausente.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, la imposición de la detención preventiva procede cuando aparezcan por lo menos **dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.**

Finalmente, se procede al cierre de la investigación y a la calificación del sumario con resolución de acusación o de preclusión de la instrucción.

4.6. DE LAS PRUEBAS Y LOS HECHOS PROBADOS

En primer término, es importante señalar que en la demanda fueron solicitadas como pruebas documentales las siguientes:

- i. *Oficiar a la Fiscalía 30 de Derechos Humanos de Bogotá, con el fin de que enviara **copia auténtica de la resolución jurídica de Adrián Montoya Ramírez, dentro del proceso 2000 y de la resolución de preclusión de la investigación en su contra.***
- ii. *Oficiar a los principales medios de comunicación del Municipio de Maicao, con el fin de que aportaran **copias de la información sobre las capturas masivas que tuvieron lugar el 9 de octubre de 2004 en el mercado público del Municipio.***
- iii. *Oficiar al Juzgado Quinto Penal Especializado de Bogotá, con el fin de que enviara los **registros de audio y video de la audiencia pública en la que se encuentran las declaraciones de miembros de la Policía Judicial sobre las investigaciones que dieron lugar a las capturas y consecuentes procedimientos de la Fiscalía General de la Nación.***

Tal y como se advierte del recuento del trámite procesal, dichas pruebas documentales fueron decretadas; sin embargo, por el incumplimiento de las cargas de la parte demandante para su recaudo, se tuvieron como desistidas. En consecuencia, mediante auto de 8 de noviembre de 2013 fue dictado el auto de traslado para alegar; oportunidad en la que la parte demandante señaló que consideraba que debía hacerse uso de la facultad oficiosa del decreto de pruebas, con el fin de que fueran incorporados al proceso algunos elementos relevantes para la resolución del litigio.

Mediante auto de 23 de mayo de 2014, el Despacho que tramitaba el proceso consideró que previo a dictar sentencia, era necesario el decreto de pruebas de oficio, para requerir (i) al Juzgado Quinto Especializado de Bogotá, solicitándole informar el estado del proceso y allegar la sentencia de haberse dictado; (ii) a la Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, para que allegara copia de las actuaciones adelantadas en contra del señor Adrián Montoya Ramírez y (iii) al INPEC, para que remitiera certificación de boleta de detención y salida del señor Adrián Montoya Ramírez.

Luego de esta decisión, continuó el impulso del recaudo de las pruebas; sin embargo, no fueron aportadas la totalidad de las requeridas.

Así mismo, fue necesario en varias ocasiones instar a la parte demandante para que colaborara con las gestiones necesarias para su recaudo y reiterar los oficios a las autoridades requeridas.

Verificado que fueron recibidas nuevas pruebas y que se encontraba ampliamente vencido el periodo probatorio, el Magistrado Sustanciador corrió traslado para alegar de conclusión, decisión que no fue impugnada por las partes; por el contrario, presentaron los argumentos de defensa de sus posiciones con sustento en los medios probatorios obrantes en el proceso.

Previo al análisis del fondo de la controversia, conviene mencionar que según lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; premisa reiterada por el artículo 167 del Código General del Proceso, y que trata sobre la carga de la prueba que en su noción básica responde al principio de que *el que afirma debe probar*.

Por lo anterior, a las partes del proceso les corresponde principalmente el impulso probatorio en el proceso y el cumplimiento de las gestiones necesarias para el recaudo de las pruebas en las que sustentan sus alegaciones, sin perjuicio de la facultad oficiosa con la que cuenta el Juez, que de ningún modo suple el papel de las partes.

En este orden, la definición del problema jurídico se abordará teniendo en cuenta la carga de la prueba como regla de juicio frente a la ausencia de demostración de los hechos controvertidos en el proceso.

Con fundamento en el material probatorio válidamente recaudado, la Sala destaca las siguientes pruebas y hechos probados relevantes para resolver el problema jurídico:

4.6.1. Resolución de preclusión de la investigación en contra del señor Adrián Montoya Ramírez y que mantiene la acusación frente a otros procesados

Mediante providencia de 3 de octubre de 2005, el Fiscal Especializado de la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, profirió resolución de preclusión de la investigación en contra de Adrián Montoya Ramírez y calificó el mérito del sumario en contra de otros sindicados.

En general, expuso lo siguiente:

*“De esta manera, tenemos que **principalmente el testigo EDILBERTO BAQUERO CUADRO, luego de haber declarado detalladamente sobre estos hechos, de manera subsiguiente a través de reconocimientos fotográficos y en algunos casos, de señalamientos, concretó la presunta responsabilidad de cada una de las personas a que se refirió en su declaración, lo que posteriormente ratificaría en esencia en las múltiples ampliaciones de declaración que rindió a lo largo de la instrucción.** Igualmente, es de advertir que en algunos casos de manera clara y creíble se desdijo de algunas de las imputaciones efectuadas, como también justificó en*

otros las retractaciones que tuvo que hacer debido a las distintas presiones a las que se vio sometido tanto por algunos abogados como por familiares de ciertos sindicatos. Cabe anotar, que algunas de estas imputaciones fueron a su vez corroboradas y/o ampliadas de manera principal por los testigos ALFONSO NELSON BARROS EPIAYU, LUIS ANGEL BARROS EPIAYU Y ANUAR BAQUERO CUADRO en sus declaraciones y diligencias de reconocimiento fotográfico y, en menor grado, aunque no por ello menos importante, por los restantes testigos ya reseñados. Sobre ello se dará desarrollo en el acápite que sigue de esta resolución.

Por estos hechos, fueron capturados entre el nueve (09) y el (10) de octubre de 2004, veintiocho (28) personas. Posteriormente fueron capturándose en circunstancias aisladas otras trece personas. Asimismo, se encuentran investigadas como personas ausentes otras dieciocho (18) personas.

Debe señalarse que mediante resoluciones de octubre veintisiete (27) de dos mil cuatro (2004) y abril ocho (08) de dos mil cinco (2005) se definió la situación jurídica de la mayoría de los procesados, aclarando que los de esta última decisión en calidad de personas ausentes, y a través de decisiones aisladas se definió la situación jurídica de las personas que fueron capturándose después.

(...)

En la presente investigación, se han aportado y/o recaudado diferentes pruebas que sirven de fundamento para que este Despacho considere necesario adoptar una decisión mixta, en donde primarán las resoluciones acusatorias, pero donde no se desconocerá **la insuficiencia de dichos medios de prueba en algunos casos o las dudas que surgieron frente a algunos imputados y que se resolverán a su favor.** A continuación, se hace el análisis frente a cada uno de ellos, bajo el entendido que las imputaciones que se hacen parte a su vez de la genérica referida a la actuación como tal del grupo de autodefensas en la ciudad de Maicao.

(...)

Unido a ello, debe decirse que, en contravía de lo expuesto por ciertos abogados, **los reconocimientos fotográficos efectuados antes de realizarse el operativo de capturas y luego, durante toda la instrucción, brindaron seguridad al Despacho sobre su individualización, aclarando que cuando un testigo demostró dudas en tales diligencias se ordenó un reconocimiento en fila para verificar si correspondía o no,** tal como ocurrió en el caso del procesado FRAISER BLANCO VARGAS.

Pero contrario a lo que se llegó a exponer, tanto los reconocimientos fotográficos como los hechos en fila son igualmente idóneos desde el punto de vista legal para efectos de individualizar y así como ambos ofrecen bondades también tienen reparos. Por ejemplo, varios testigos manifestaron la dificultad de identificar a algunos procesados en reconocimientos en fila porque sencillamente estas habían cambiado de apariencia para el día del reconocimiento. Posiblemente si los hubieran visto en fotografías tal como los conocieron los hubieran identificado. **Lo cierto es que sobre la manera como se individualizaron los procesados no hay el mínimo reparo legal, más**

allá de quienes crean que las labores de prevención efectuadas por la Policía de la Guajira hubieran sido desbordadas, lo cierto es que en lo que toca al proceso ello no afectó su incolumidad”

En cuanto al caso específico de Adrián Montoya Ramírez, señaló:

“En diligencia de reconocimiento fotográfico, manifestó el testigo EDILBERTO BAQUERO CUADRO, que el rol del señor ADRIÁN MONTOYA RAMÍREZ dentro de la organización era el de ser escolta del COMANDANTE DIECISÉIS, aclarando que este no llegaba siempre con los mismos escoltas, ya que tenía varios grupos.

Igualmente comentó que esta persona tenía arma corta, andaba de civil y frecuentaba igualmente el sitio de EL MONO DE LA CERVEZA.

Lo describe como una persona blanca de ojos claros, como de 1.80 metros de estatura gruesa.

Debe señalarse **que en diligencias de reconocimiento en fila celebradas el 03-06-05 no fue reconocido por los testigos YARITZA GONZÁLEZ GONZÁLEZ Y SANTIAGO VALENCIA CABALLERO.**

Asimismo, **es de citar que en diligencia de reconocimiento en fila del 01-08-05, el testigo ANUAR ENRIQUE BAQUERO CUADRO, negó reconocer a esta persona como integrante o colaborador de las autodefensas.**

Consideraciones del Despacho

Esta persona fue reconocida por el testigo mediante diligencia de reconocimiento fotográfico.

(...)

Pese a que no tenía problema alguno el procesado para conocer la antijuridicidad de las conductas investigadas, es necesario indicar que revisada la prueba de cargo se tiene que si bien el testigo hizo un claro señalamiento contra esta persona de escolta del COMANDANTE 16, **no existe aparte mayor referencia de dicha actividad, no pudiéndose tampoco refrendar este señalamiento a través de diligencia de ampliación de declaración del mismo testigo o armonizar con declaraciones de otros testigos que permitieran dar mayor seguridad al Despacho.**

Ante tal situación, se debe señalar que las **imputaciones hechas en contra del sindicato no ofrecen mayor contundencia y si bien es cierto que esta persona podría efectivamente haber estado involucrada en las actividades señaladas, no hay claridad sobre el tema.**

Al no percibir el Despacho mayor respaldo al señalamiento efectuado por el testigo, considera **que la credibilidad suya en este caso concreto no es fuerte**, por tanto, proferirá a favor del sindicato RESOLUCIÓN DE PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN, por los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR, Inc. 2 de Art. 340 CP y extorsión agravada.”

4.6.2. Aclaración y modificación de la resolución de preclusión de la investigación en contra del señor Adrián Montoya Ramírez

El 5 de octubre de 2005, la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación, dentro del radicado No. 2000, resolvió lo siguiente:

“SEXTO: ACLARAR Y MODIFICAR el numeral OCTAVO, así: Se aclara que la revocatoria de la medida de aseguramiento de las personas allí nombradas es por los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR y EXTORSIÓN AGRAVADA. De otra parte, se excluye de las personas allí mencionadas al señor CARLOS ALBERTO MANDONADO ORTIZ, por ser persona ausente, y se añade al señor MANUEL SEGUNDO TORRES MEJÍA, quien se encuentra privado de la libertad en la Cárcel de Maicao.

De esta forma, se dispone revocar la medida de aseguramiento por los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR Y EXTORSIÓN AGRAVADA a los señores: (...) ADRIÁN MONTOYA RAMÍREZ (...) ordenándose su libertad inmediata.

SÉPTIMO: ACLARAR el numeral NOVENO, estableciéndose que por Secretaría, se gestionará la cancelación de las órdenes de captura de los veinticuatro procesados a quienes se precluyó la investigación por la totalidad de los delitos, a saber: (...) ADRIÁN MONTOYA RAMÍREZ (...)”³³

4.6.3. Oficio mediante el cual la Fiscalía solicita al establecimiento carcelario que deje en libertad al señor Adrián Montoya Ramírez, con fundamento en la resolución de preclusión de la investigación dictada a su favor

Obra oficio No 1278 de 4 de octubre de 2005, suscrito por el Fiscal Jefe Unidad, y dirigido al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Santa Marta, en los siguientes términos:

*“Ref: PROCESO D.C. 1094 RADICADO 2000 F ESPECIALIZADA DE LA UNIDAD NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS DE BOGOTÁ
DELITO: CONCIERTO PARA DELINQUIR*

De manera atenta le informo que la Fiscalía Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos de Bogotá, mediante providencia de fecha 3 de octubre de 2005, calificó el mérito sumarial, profiriendo resolución de preclusión a favor al (sic) señor ADRIÁN MONTOYA RAMÍREZ y comisionó a esta Delegada para librar la respectiva boleta de libertad ante ese centro carcelario.

Por lo anterior le solicito se sirva dejar en LIBERTAD INMEDIATA, al señor ADRIÁN MONTOYA RAMÍREZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 9.859.194.

³³ Folios 4 a 7, cuaderno 2.

SIEMPRE Y CUANDO NO SEA REQUERIDO POR OTRO DESPACHO”

4.6.4. Resolución que resuelve los recursos interpuestos por otros procesados contra la resolución en la que fue dispuesta la preclusión de la investigación en contra de Adrián Montoya Ramírez

La apoderada de la parte actora aportó copia de la providencia de 2 de marzo de 2006, mediante la cual la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá confirmó en lo que fueron objeto de censura las providencias de calificación del sumario (3 de octubre de 2005) y adición y aclaración de la providencia de calificación del sumario (5 de octubre de 2005). Sin embargo, no incluye consideración alguna sobre la decisión de preclusión de la investigación en contra de Adrián Montoya Ramírez.

No obstante, en esta decisión se alude al reconocimiento fotográfico censurado por la mayoría de los procesados penales como ilegal, en los siguientes términos:

“En la sentencia C- 24 de 1994 la Corte Constitucional consideró lo siguiente:

“no puede olvidarse por parte de los Fiscales y jueces de la república que aquella captura no será legal en los siguientes casos: a. Cuando tiene como fundamento razones objetivas o motivos fundados. B. Cuando su objetivo es el de establecer sin demoras innecesarias la relación sicofísica entre los hechos relacionados con los motivos fundados de la aprehensión o de la identidad o individualización de la persona (...)”

La conducción de las personas para verificación de antecedentes y toma de fotografías de las personas sobre lo cual recayó parece no indebida teniendo de presente lo anterior como que existían, por las diligencias que estaban realizándose sobre el tema del proceso, requerimientos de identificación e individualización de personas y verificación de los datos relacionados y la toma de fotografías es una forma clara y precisa de lograr esos objetivos que posteriormente permitieron con otras actividades que el fiscal emitiera órdenes de captura por considerar que existían motivos para abrir investigación y disponer la vinculación de diversas personas al procedimiento como igualmente lo identifica y admite el Dr. GNECCO IGLESIAS”³⁴

4.6.5. Resolución mediante la cual se resuelve recurso de apelación en contra de la decisión que niega la revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta al procesado Eduar de Jesús Rodríguez García.

La parte demandante aportó copia de la decisión proferida el 9 de marzo de 2005, dentro del Proceso Rad. 2000, mediante la cual fue resuelto el recurso de apelación interpuesto por el defensor de Eduar de Jesús Rodríguez García en contra de la resolución de 4 de enero de 2005, mediante la cual el Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Bogotá, adscrito a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario,

³⁴ Folio 9, cuaderno 2.

negó la revocatoria de la medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a la libertad provisional. El sentido de la decisión fue confirmar la decisión apelada, bajo la consideración de que la medida de aseguramiento estuvo fundada en una prueba testimonial, allegada de manera legal, regular y oportuna, cuya credibilidad no había sido controvertida³⁵.

4.7. CASO CONCRETO

4.7.1. El daño.

En verificación de la ocurrencia o no de un daño antijurídico, la Sala, de conformidad con la Jurisprudencia³⁶ y la Doctrina³⁷ señala que se trata de la lesión, menoscabo, deterioro o afectación de un derecho, bien o interés jurídicamente tutelado de una persona, que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Los demandantes reclaman la reparación del daño que alegan sufrido con la privación de la libertad del señor Adrián Montoya Ramírez; por su parte, el argumento inicial de defensa de la Fiscalía General de la Nación es la inexistencia del daño, puesto que no obra en el proceso certificación del INPEC en la que conste la reclusión del señor Montoya Ramírez y el término de duración.

En efecto, en el expediente no reposa certificación del INPEC en cuanto a que el señor Adrián Montoya Ramírez estuvo privado de la libertad y el periodo en que tuvo lugar; tampoco orden de captura, ni providencia mediante la cual fue definida su situación jurídica con imposición de medida de aseguramiento. Sin embargo, no hay duda alguna en cuanto a que estuvo vinculado a un proceso penal, por la presunta comisión de los delitos de concierto para delinquir y extorsión agravada que concluyó con preclusión de la investigación, y que luego de dictada esta providencia, la Fiscalía General de la Nación emitió comunicación dirigida al establecimiento carcelario de la ciudad de Santa Marta, solicitándole dejarlo en libertad, siempre que no fuera requerido por otra autoridad.

De lo expuesto, la Sala advierte que la comunicación referida representa un indicio suficiente para demostrar que contra el señor Adrián Montoya Ramírez se adelantó investigación penal en virtud de la cual fue privado de la libertad, aunque no está probado el término de duración de la medida restrictiva.

Ahora, la ausencia de certificación del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario sobre la duración de la medida privativa de la libertad solo tendría efectos para la estimación de los perjuicios, pero no implica la inexistencia del daño. Por lo tanto, prosigue el juicio de imputabilidad y en caso de encontrar probada la responsabilidad de la demandada, la condena se emitirá en abstracto.

³⁵ Folios 27 a 33, cuaderno 2

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero

³⁷ Orjuela Ruiz Wilson citando a Henao Juan Carlos en la Responsabilidad del Estado y sus regímenes. ECOE Ediciones Pag. 51.

4.7.2. Antijuridicidad e imputación de los daños

En contexto de las Sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 de la Corte Constitucional, corresponde analizar cuál es el título de imputación aplicable conforme a las especificidades del caso, partiendo del examen de una eventual falla en el servicio por la imposición de una medida privativa de la libertad irrazonable, desproporcional o arbitraria. En este sentido, el Consejo de Estado ha expuesto lo siguiente:

“Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Aparte de lo anterior, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios”³⁸

Ahora, si bien la Sentencia SU-072 de 2018 representó un cambio jurisprudencial en la línea del Consejo de Estado y tuvo lugar durante el transcurso del presente proceso contencioso administrativo, en el *sub-lite* hay lugar a su aplicación, pues con tal no se vulnera el derecho al debido proceso de las partes. Por el contrario, las reglas referidas en la Sentencia de Unificación 072 de 2018, reiteran la interpretación y el alcance del artículo 90 de la Constitución Política contenidos en la Sentencia C- 037 de 1996 de la Corte Constitucional. Al respecto esa alta Corporación ha establecido:

“El cambio de una determinada posición jurisprudencial por el respectivo órgano de cierre, implica una modificación en la interpretación jurídica, es decir, del contenido normativo de determinada disposición y que, en atención al carácter vinculante general e inmediato del precedente, determina la aplicación judicial -en el orden horizontal y vertical- del derecho sustancial o procesal, según sea el caso. Ahora bien, no obstante que la aplicación general e inmediata de un nuevo precedente fijado por un órgano de cierre de la jurisdicción vincula a la administración de justicia como una garantía del principio de igualdad, tal regla general no puede pasar por alto el contenido material de la misma igualdad al que se hizo referencia anteriormente, y que conduce a que cada situación sea observada a la luz de las circunstancias particulares. Esta Corte concluye que, si bien la regla

³⁸ Consejo de Estado, Sentencia de 4 de junio de 2020, Radicación número: 50.278, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

general indica que la jurisprudencia rige con efectos inmediatos y en este sentido vincula a los operadores judiciales que deben tenerla en cuenta en sus decisiones, la autoridad judicial tampoco puede pasar por alto que, en ciertos escenarios concretos, la actuación de los sujetos procesales pudo estar determinada por la jurisprudencia vigente para entonces, por lo que el fallador, al momento de proferir su decisión, debe establecer, a partir de un análisis fáctico, si el cambio de jurisprudencia resultó definitivo en una posible afectación de derechos fundamentales al modificar las reglas procesales con base en las cuales, legítimamente, habían actuado los sujetos procesales y, en este sentido, el juez de conocimiento puede, como excepción a la regla general de aplicación de la jurisprudencia, inaplicar un criterio jurisprudencial en vigor al momento de proferir el fallo, pero contrario a uno anterior que resultó determinante de la conducta procesal de las partes.(Corte Constitucional, Sentencia SU-406 de 2016).

En esta línea, la antijuridicidad de la privación de la libertad deviene de la injusticia, ilicitud o ilegalidad en su imposición, de tal manera, que el procesado no estaría obligado a soportar la medida privativa, entre otros casos, si no existía sustento para su aplicación, si se pretermitieron las formalidades exigidas en la ley, o si una vez impuesta se prolonga más allá de lo debido, desconociendo circunstancias sobrevinientes que conducían al uso de una herramienta procesal para solicitar la preclusión de la investigación y acceder a la misma.

Ahora bien, dependiendo del contexto fáctico, el Juez Administrativo debe analizar si con la medida se colocó una carga desmedida al sindicado, contrastándolo con el ordenamiento jurídico, particularmente con las disposiciones relacionadas con los requisitos para su imposición y las garantías constitucionales en el proceso penal.

Para el efecto, en principio, los derroteros están dados por las disposiciones legales que regían la imposición de la medida restrictiva de la libertad, en este caso la Ley 600 de 2000. En su artículo 355 establece como fines de la medida de aseguramiento la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria. Por su parte, en su artículo 356 expresamente dispone que se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso. Finalmente, el artículo 357 de la ley precitada establece requisitos objetivos de procedencia de la medida de aseguramiento, relativos a la conducta delictiva investigada.

La parte demandante cuestiona la vinculación al proceso del señor Adrián Montoya Ramírez al proceso penal y la posterior imposición de la medida privativa de la libertad, porque, a su juicio, (i) tuvo origen en un reconocimiento fotográfico, a partir de imágenes obtenidas ilegalmente, (ii) el sustento principal fue la declaración del testigo Edilberto Baquero Cuadro que carecía de credibilidad, y no tenía respaldo en una investigación adecuada, y (iii) estuvo motivada por la intención de la Fiscalía General de la Nación de mostrar altos índices de gestión.

En primer término, el material probatorio aportado es exiguo, de modo que no es posible establecer detalles necesarios para deducir si la vinculación al proceso penal del señor Montoya Ramírez fue injustificada y contraria el principio de legalidad.

La Sala no cuenta con la decisión que impuso y justificó la medida privativa de la libertad, en la que debieron exponerse los indicios graves de responsabilidad penal a partir de la investigación adelantada y los medios probatorios con los que contaba la Fiscalía General de la Nación, y plasmarse las especificidades en torno al reconocimiento fotográfico por parte del testigo.

En ausencia de la decisión que impuso la medida de aseguramiento, las pruebas que obran en el proceso son insuficientes para deducir la falla en el servicio de la Fiscalía General de la Nación y, por ende, no podría calificarse como inadecuada, innecesaria, desproporcional, o contraria a los requisitos legales, formales y sustanciales para su imposición.

El Consejo de Estado ha acogido el criterio de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a que la connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al **control de su seriedad y eficacia** como medio de convicción que en ejercicio de la *“discrecionalidad reglada”* en la valoración probatoria que realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción establece *“jerarquías según el **grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio**, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador...”*³⁹.

A partir de la decisión de preclusión de la investigación, está demostrado que el señor Montoya Ramírez fue vinculado al proceso penal y privado de la libertad con sustento en la declaración de un testigo que describió cuál era su papel en la estructura de las autodefensas que operaban en el municipio de Maicao, a las cuales se les atribuían las conductas delictivas de concierto para delinquir y extorsión; pero no pueden precisarse los indicios graves de responsabilidad penal que fueron extraídos de la prueba testimonial de acuerdo con la investigación adelantada por la Fiscalía.

En términos generales, la decisión de preclusión de la investigación penal expone que a partir de la ampliación de la declaración del testigo y de las declaraciones de otros deponentes, no fue posible sostener la imputación, porque carecía de contundencia, textualmente, la Fiscalía señaló: **“...las imputaciones hechas en contra del sindicado no ofrecen mayor contundencia y si bien es cierto que esta persona podría efectivamente haber estado involucrada en las actividades señaladas, no hay claridad sobre el tema”** (Negrilla y subrayas fuera de texto).

Sin embargo, de lo considerado en la decisión de preclusión de la investigación no se deduce que para el momento en que fue impuesta la medida privativa de la libertad, el testimonio de Edilberto Baquero Cuadro era insuficiente para extraer los indicios graves de responsabilidad exigidos por la ley. Por el contrario, según lo expone en dicha providencia, fue en lo sucesivo de la investigación y de la valoración de la ampliación de la declaración del testigo principal y otros testimonios, que la Fiscalía concluyó que no existían elementos probatorios suficientes para sostener la imposición en contra del señor Montoya Ramírez, porque no había claridad sobre su participación, lo que se asimila a la existencia de duda sobre su responsabilidad y carencia de pruebas que arrojaran el grado de convicción necesario para proferir acusación en su contra.

Aunque de lo probado, la Sala verificó que existieron inconvenientes alrededor del testigo Edilberto Baquero Cuadro, puesto que en el curso del proceso recibió algunos objetos materiales de algunos procesados y fueron recibidas declaraciones contradictorias de su parte, esto tuvo lugar luego de la imposición de la medida de aseguramiento y no está demostrada la incidencia directa de esta circunstancia en el caso del demandante.

De otra parte, no hay medios probatorios que comprueben la insuficiencia de la investigación por parte de la Policía Judicial en coordinación con la Fiscalía General de la Nación, ni tampoco que la vinculación del demandante al proceso penal tuvo como finalidad el afán de dicho Ente por mostrar resultados.

En suma, con el material probatorio no es posible declarar la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación por falla en el servicio, dada la dificultad de examinar los indicios graves de responsabilidad que motivaron su imposición; por el contrario, está probado que existía un testimonio del que se extrajeron dichos indicios, y no hay rastro de ilegalidad en la vinculación del señor Montoya Ramírez a la investigación penal, su captura o privación de la libertad.

La carga de la prueba de la falla en el servicio de la Fiscalía General de la Nación recaía sobre la parte demandante, de modo que al no estar demostrados los hechos controvertidos en que fundó su imputación, no hay lugar a declarar la responsabilidad extracontractual de la demandada.

Según se constata en el trámite de este proceso, la etapa probatoria se extendió ampliamente, sin que la parte demandante incorporara pruebas distintas a las valoradas, pese a que contaba con herramientas para impulsar su aducción, aun cuando los autos emitidos procuraron la incorporación de las pruebas y fue por el decreto oficioso de pruebas que por lo menos se obtuvo copia de la decisión e preclusión de la investigación.

Ahora bien, pese a que en una ocasión la Fiscalía General de la Nación colocó a disposición de la parte interesada las actuaciones emitidas en la investigación penal, para que sufragara el valor de las copias necesarias para este proceso, el interesado no concurrió a pagar las expensas y obtener las copias de las piezas procesales necesarias.

En sentido similar, se pronunció el Consejo de Estado en una providencia reciente, al considerar lo siguiente:

“Así las cosas, en el presente caso, resulta imposible para la Sala efectuar dicho análisis de falla del servicio ante la evidente falencia probatoria, dado que los escasos documentos que obran en el proceso (constancia de reclusión y sentencias de primera y de segunda instancia) no son suficientes, por sí mismos, para analizar la responsabilidad de la demandada, puesto que en ellos no se encuentran de forma clara y pormenorizada las razones que se tuvo para decretar la medida de aseguramiento en contra del señor Wilmer Alberto Carrillo Arenas, ni las razones para mantener la medida durante la investigación, lo cual resulta necesario en aras de determinar si la detención del demandante fue injusta o no⁴⁰.

Resalta la Sala que lo único que acreditó la parte demandante es que el señor Wilmer Alberto Carrillo Arenas fue privado de su libertad por cuenta de un proceso penal por el delito de homicidio y estuvo vinculado a ese proceso penal hasta que se profirió sentencia absolutoria de segunda instancia, pero se ignora si las razones invocadas por la autoridad demandada para decretar y mantener tales medidas de aseguramiento fueron válidas, proporcionadas, ajustadas a derecho y, por ende, si dicha medida fue legal o no⁴¹.

Al respecto, debe recordarse que, como lo ha precisado la Sala en varias oportunidades, de acuerdo con el artículo 177 del C.P.C., la carga de la prueba compete a la parte que alega un hecho o a quien lo excepciona o lo controvierte⁴²; por lo tanto, es indispensable demostrar, por los medios legalmente dispuestos para tal fin, los hechos que sirven de fundamento fáctico de la demanda, de modo que la mera afirmación de los mismos no sirve para ello.

Así, es necesario establecer cuál es la actividad del demandado que tiene nexos de causalidad con el daño y que permite imputarle responsabilidad⁴³,

⁴⁰ En similar sentido consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de febrero de 2020, exp. 46.731.

⁴¹ En similar sentido consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de agosto de 2019, exp. 45.870, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁴² Al respecto, conviene recordar lo expuesto por el tratadista Devis Echandía respecto de dicho concepto: *“Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.”* DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *“Teoría general de la prueba judicial”*. Bogotá: Editorial Temis. 2002, pág. 405.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2006, exp. 16.079, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

*situación que acá no se dio; por tanto y como la parte actora no cumplió con la carga probatoria mínima que le era exigible, se impone revocar la sentencia apelada y, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda*⁴⁴.

Hasta este punto ningún reproche a título de falla en el servicio puede hacerse a la Fiscalía General de la Nación, por haber impuesto la medida de aseguramiento que mantuvo privado de la libertad al demandante hasta la fecha en que fue dictada la decisión de preclusión de la investigación.

Al proseguir con el análisis, se descarta que la privación de la libertad resulte imputable en aplicación del régimen objetivo, puesto que la absolución por *in dubio pro reo*, no es un supuesto que *prima facie* conduzca a tener la restricción de la libertad como un daño antijurídico, como ocurre por ejemplo cuando la sentencia absolutoria está fundada en que el comportamiento no existió o la conducta es considerada atípica.

Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-072 de 2018 resaltó:

“Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica- es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.

“(..)

“Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo - exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma”.

El artículo 39 de la Ley 600 de 2000 disponía que *“...en cualquier momento de la investigación en que aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse, el Fiscal General de la Nación o su delegado declarará precluida la investigación penal mediante providencia interlocutoria”.*

En este caso, la decisión de preclusión de la investigación penal no estuvo sustentada en la inexistencia del hecho o la atipicidad de la conducta, y con el

⁴⁴ Consejo de Estado, Sentencia de 13 de agosto de 2020, Rad. No. 2012-00059-01 (56071), C.P. José Roberto Sáchica Gómez.

escaso material probatorio únicamente puede deducirse que el fundamento fue la duda en cuanto a si el sindicato era penalmente responsable, que impidió mantener la acusación en su contra. Lo expuesto, no se traduce en una causal para tener por injusta la libertad del señor Adrián Montoya Ramírez en aplicación de un título de imputación objetivo.

En conclusión, está demostrado que el señor Adrián Montoya Ramírez fue vinculado al proceso penal por la presunta comisión del delito de concierto para delinquir y extorsión, y privado de la libertad. De las actuaciones adelantadas en la investigación penal, únicamente fue allegada a este proceso la decisión que precluyó la investigación penal por falta de claridad sobre la participación del sindicato, tras la recaudación de otras pruebas testimoniales; pero no la providencia que impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, de modo que el material probatorio no permite realizar un análisis integral de los motivos fácticos y jurídicos que condujeron a la privación de la libertad, y a partir de lo probado no puede concluirse la ilegalidad o desproporcionalidad de dicha medida.

A su vez, la decisión de preclusión de la investigación no estuvo fundada en una causal que justifique la aplicación preponderante de un título objetivo de responsabilidad, como lo sería que el hecho no existió o que la conducta era objetivamente atípica. En consecuencia, procede negar las pretensiones de la demanda.

4.8. COSTAS

No habrá lugar a condenar en costas, por cuanto de conformidad con el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, no se observa que las partes hayan actuado con temeridad o mala fe en las actuaciones procesales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “C”**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de acuerdo con las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: Por Secretaría, **EXPEDIR** las copias de que trata el artículo 114 del Código General del Proceso.

TERCERO: En caso de no ser apelada la presente providencia, **ARCHIVAR** el expediente, previas anotaciones secretariales de rigor.

CUARTO: DEVOLVER las copias prestadas por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, a través del Oficio No. 923 de 12 de mayo de 2015, en 311 folios, una vez termine este proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
(Aprobado en sesión de la fecha. Sala No. 7)



FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado



JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado



MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada

J.B.