

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Privación injusta de la libertad / PRIVACION INJUSTA DE LIBERTAD - Patrullero de la Policía acusado de presunta infracción a la ley 30 de 1986, absuelto por inexistencia de tipicidad del hecho punible. En vigencia del Decreto 2700 de 1991 y la Ley 270 de 1996 / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Régimen de responsabilidad aplicable

La demanda de la referencia tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, por razón de la privación de la libertad a la cual fue sometido el señor Robinson Polo Gutiérrez, entre el 22 de septiembre de 1995 y el 15 de abril de 1996, de manera tal que se evidencia que los hechos que se someten a conocimiento de la Sala ocurrieron en vigencia de la Ley 270 de 1996, que establece: (...) Respecto de las normas transcritas, la Sala ha considerado en varias oportunidades que, a pesar de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad es absuelta por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, se configura un evento de detención injusta y, por lo tanto, procede la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política. (...) la jurisprudencia ha señalado que las hipótesis establecidas en el artículo 414 antes citado, al margen de su derogatoria, continúan siendo aplicables a hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sin que ello implique una aplicación ultractiva del citado precepto legal, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, pues, en virtud del principio iura novit curia, el juez puede acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar su decisión. Ahora bien, la Sala, en relación con la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas, dispuesta como medida de aseguramiento dentro de un proceso penal, no ha sostenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretar y aplicar el citado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, la jurisprudencia se ha desarrollado en distintas direcciones, como en anteriores oportunidades se ha puesto de presente. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre régimen de responsabilidad aplicable por privación injusta de la libertad, consultar sentencias de: mayo 2 de 2007, exp. 15463; marzo 26 de 2008, exp. 16902; diciembre 4 de 2006, exp. 13168 y de 19 de octubre de 2011, exp. 19151

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 65 / DECRETO 2700 DE 1991. CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - ARTICULO 414

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - Supuestos previstos en el artículo 414 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ARTICULO 414 - Criterios de interpretación y aplicación / PRIMERA LINEA JURISPRUDENCIAL - Restrictiva y absoluta / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Por error judicial / ERROR JUDICIAL - Error del juez / INVESTIGACION DEL DELITO - Indicios serios / ABSOLUCION FINAL - Indebida detención

En torno a la privación injusta de la libertad varias han sido las líneas jurisprudenciales de la Sección Tercera de esta Corporación: una primera, que podría calificarse de restrictiva, parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados. Posteriormente, se dice que la

investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el error del juez que causa perjuicios consultar sentencia de de 1 de octubre de 1992, exp. 7058. En relación con la investigación de un delito cuando medien indicios serios y la carga que debe soportar el sindicado a pesar de ser absuelto, ver sentencia de 25 de julio de 1994, exp. 8666

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. DECRETO 2700 DE 1991 - ARTICULO 414

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - Supuestos previstos en el artículo 414 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ARTICULO 414 - Criterios de interpretación y aplicación / CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ARTICULO 414 - Preceptos / CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ARTICULO 414 - Absolución. Acreditación. Supuestos / CRITERIOS DE INTERPRETACION Y APLICACION - Segunda línea jurisprudencial / SEGUNDA LINEA JURISPRUDENCIAL - Responsabilidad objetiva / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Presunción / ERROR JURISDICCIONAL - No se debe demostrar / ILEGALIDAD EN LA ADOPCION DE LA MEDIDA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD - No se debe demostrar

Una segunda línea entiende que, en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P. -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa. Se consideró que, en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención. En el marco de esta segunda línea, el artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal contenía dos preceptos: el primero, previsto en su parte inicial, señalaba que “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios”, disposición que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad del Estado por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual requiere su demostración bien por error o bien por ilegalidad de la detención; el segundo, en cambio, tipificaba los tres precitados supuestos -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible –, los cuales, una vez acreditados, dan lugar a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, evento en el que no es menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre la irrelevancia de estudiar la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa, consultar sentencia de 15 de septiembre de 1994, exp. 9391. En relación con la acreditación del error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención, ver sentencia de 17 de noviembre de 1995, exp. 10056.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. DECRETO 2700 DE 1991 - ARTICULO 414

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ARTICULO 414 - Criterios de interpretación y aplicación / CRITERIOS DE INTERPRETACION Y APLICACION - Tercera línea jurisprudencial / TERCERA LINEA

JURISPRUDENCIAL - Moderó la primera línea jurisprudencial / CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ARTICULO 414 - Ampliación de los tres supuestos / PRINCIPIO DEL INDUBIO PRO REO - Aplicación

Una tercera tendencia jurisprudencial morigera el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, pues ello implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada; además, amplía, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del in dubio pro reo. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencia de 18 de septiembre de 1997, exp. 11754

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. DECRETO 2700 DE 1991 - ARTICULO 414

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Código de Procedimiento Penal artículo 414 / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Aplicación del régimen objetivo / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Exoneración por causales distintas a las previstas en el artículo 114 del Código de Procedimiento Penal / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Configuración del daño / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Causales exonerativas de responsabilidad

En la actualidad, y para aquellos asuntos en los cuales resulta aplicable el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, por haberse configurado la privación de la libertad de una persona durante su vigencia, la Sala ha venido acogiendo el criterio objetivo, con fundamento en que la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluye la investigación o es absuelta porque nada tuvo que ver con el delito investigado, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia. Igualmente, la Sala ha precisado que el daño también puede llegar a configurarse en aquellos eventos en los que la persona privada de la libertad es exonerada por razones distintas a las causales previstas por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. Así ocurrió, por ejemplo, en la sentencia de 20 de febrero de 2008, donde se declaró la responsabilidad de la Administración por la privación injusta de una persona que fue exonerada en el proceso penal por haberse configurado una causal de justificación de estado de necesidad. (...) Debe precisarse, en todo caso, que si las razones para la absolución o preclusión de la investigación obedecen a alguna de las tres (3) causales previstas en la parte final del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal o –en la opinión mayoritaria de la Sala- a la aplicación de la figura del indubio pro reo, se está frente a un daño imputable al Estado, por privación injusta de la libertad, el cual debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política; no obstante, si se presenta un evento diferente a éstos, deberá analizarse si la medida que afectó la libertad fue impartida “injustamente” (C-037/96), caso en el cual el ciudadano debe ser indemnizado por no estar en el deber jurídico de soportarla. Lo anterior, sin perjuicio de que el daño haya sido causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima, o en el evento de que ésta no haya interpuesto los recursos de ley, pues en esos casos el Estado quedará exonerado de

responsabilidad. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre la causal de justificación de estado de necesidad, consultar sentencia de 20 de febrero de 2008, exp. 15980

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - DECRETO 2700 DE 1991 - ARTICULO 414

LIBERTAD PERSONAL - Derecho fundamental / LIBERTAD PERSONAL - Limitación

Desde la propia preceptiva constitucional, es claro que la libertad personal, como valor superior y pilar de nuestro ordenamiento, es un auténtico derecho fundamental (artículo 28 C.P.) que sólo admite limitación “en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”, y como certeramente lo anota la doctrina. (...) la libertad es un derecho fundamental, restringido en eventos precisos y bajo condiciones de orden constitucional o legal.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 28

DETENCION PREVENTIVA - Aplicación / DERECHOS ILANIELABLES - Primacía / CONSTITUCION POLITICA - Garantía efectiva de los derechos / PRINCIPIO UNIVERSAL DE PRESUNCION DE INOCENCIA - Aplicación

Aunque la detención preventiva emerge como un instrumento válido para el desarrollo del cometido estatal de perseguir los delitos, desde una perspectiva democrática no puede olvidarse que nuestro Estado de derecho reconoce –sin discriminación alguna- la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 C.P.) y, por lo mismo, la Constitución, sin ambages, señala, dentro de los fines del Estado, el de garantizar la efectividad de los derechos, entre ellos los de libertad como ámbitos de autodeterminación de los individuos (artículo 2 C.P.), en el marco de aplicación del principio universal de presunción de inocencia (artículo 29 eiusdem). **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema de la libertad personal como derecho fundamental, consultar Tribunal Constitucional Español, sentencia STC 341 de 1993 - BOE 295 de 10 de diciembre, sentencia de 29 de diciembre de 1997 - RTC 156 F.D.4., sentencia STC 128 de 1995, fundamento jurídico 3, reiterada en la sentencia STC 62 de 1996 y Corte Constitucional, sentencia C-397 de 10 de julio de 1997

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 5

PRESUNCION DE INOCENCIA - Categoría constitucional / PRESUNCION DE INOCENCIA - Debe ser desvirtuada

La presunción de inocencia también es de categoría constitucional, pues según el inciso 4º del artículo 29 de la Carta Política: "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable", y por tanto, las autoridades judiciales competentes tienen el deber de obtener las pruebas que acrediten la responsabilidad del implicado. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar de la Corte Constitucional, sentencia C-774 de 25 de julio de 2001

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29. INCISO 4

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Acreditación / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Exoneración de

responsabilidad / CONSTITUCION POLITICA - No todo ciudadano debe asumir la carga de la investigación penal y someterse a la detención preventiva. Transgresión de principios / CONVENCION DE DERECHOS HUMANOS - No todo ciudadano debe asumir la carga de la investigación penal y someterse a la detención preventiva. Transgresión de principios

Según el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. En ese orden de ideas, es menester señalar que en aquellos eventos en los que una persona es privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego es puesta en libertad en consideración a que se dan los supuestos legales que determinan su desvinculación de una investigación penal, bien porque el hecho imputado no existió o porque el sindicado no lo cometió o porque el hecho no es punible y si, además, prueba la existencia de un daño causado por esa privación de la libertad, no hay duda que tal daño se torna antijurídico y debe serle reparado por el Estado. Se precisa, igualmente, que no puede tenerse como exoneración de responsabilidad el argumento según el cual todo ciudadano debe asumir la carga de la investigación penal y someterse a la detención preventiva, pues ello contradice los principios básicos consagrados en la Convención de Derechos Humanos y en la Constitución Política.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

PRIVACION DE LA LIBERTAD - Exoneración del sindicado / SENTENCIA ABSOLUTORIA / Causales previstas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal / EXONERACION DEL SINDICADO - Configuración de la responsabilidad extracontractual del estado

Cuando se produce la exoneración del sindicado, mediante sentencia absolutoria o su equivalente, por alguna de las causales previstas en el citado artículo 414 del C. de P. C. -sin que, en cualquier caso, opere como eximente de responsabilidad la culpa de la víctima-, las cuales se aplican a pesar de la derogatoria de la norma, o –en la opinión mayoritaria de la Sala- por virtud del indubio pro reo, el Estado está llamado a indemnizar los perjuicios que hubiere causado por razón de la imposición de una medida de detención preventiva que lo hubiere privado del ejercicio del derecho fundamental a la libertad, pues, de hallarse inmerso en alguna de tales causales, ningún ciudadano está obligado a soportar dicha carga. (...) el actor fue privado injustamente de la libertad y que, por tanto, no estaba en la obligación de soportar el daño que el Estado le irrogó y que el mismo debe calificarse como antijurídico, lo cual determina la consecuente obligación para la Administración de indemnizar o resarcir los perjuicios causados al demandante. (...) el daño causado al demandante, por la privación injusta de su libertad, es jurídicamente imputable a la Fiscalía General de la Nación

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado. Corresponde a la parte actora acreditar la actuación del Estado, el daño antijurídico y la imputación / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado. La parte demandada, para eximirse, deberá demostrar una causal de exoneración

En casos como éste, no corresponde a la parte actora acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la responsabilidad: actuación del Estado, daño antijurídico e imputación, extremos que se encuentran suficientemente

acreditados en el expediente, pues fue la Fiscalía la que determinó que el señor Robinson Polo Gutiérrez estuviese privado de su libertad durante más de 6 meses, término al cabo del cual se le levantó la medida de aseguramiento y, posteriormente, se le absolvió de responsabilidad penal porque su conducta no constituyó el hecho punible que se le imputaba. En cambio, a la parte accionada le corresponde demostrar, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, si se ha dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiere entenderse configurada una causal de exoneración, a saber: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o culpa exclusiva y determinante de la víctima; sin embargo, ninguna de estas eximentes fue acreditada en el plenario. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar, sentencias de: 8 de julio de 2009, exp. 17517; 15 de abril de 2011, exp. 18284; 26 de mayo de 2011, exp. 20299; 29 de enero de 2014, exp. 31575; 12 de marzo de 2014, exp. 33513; 27 de marzo de 2014, exps. 35005 y 30609

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - ARTICULO 414

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 88001-23-31-000-2002-00066-01(31535)

Actor: ROBINSON POLO GUTIERREZ

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL Y OTROS

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 5 de mayo de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en la que se decidió:

“PRIMERO. Declarar probada la excepción de falta de legitimación por pasiva con respecto a la Nación –Ministerio del Interior y de Justicia y Ministerio de Defensa.

“SEGUNDO. Declarar responsable a La Nación - Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad a que fue sometido el señor ROBINSON POLO GUTIERREZ según lo expresado en la parte motiva.

“TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración condenar a la Nación - Fiscalía General del Nación, al pago de una indemnización por perjuicios morales en equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

“La entidad responsable dará cumplimiento a lo dispuesto en esta providencia dentro del término establecido en el artículo 176 del CCA en concordancia con el artículo 177 del CCA adicionado por el artículo 60 de la ley 446 de 1998.

“CUARTO. Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

“No hay condena en costas...”¹.

I. ANTECEDENTES

1. El 2 de abril de 2002, el señor Robinson Polo Gutiérrez, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitó que se declarara la responsabilidad patrimonial de la Nación - Ministerio de Interior y de Justicia, del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, por los perjuicios ocasionados con la privación injusta de la libertad de la que fue víctima, entre el 22 de septiembre de 1995 y el 15 de abril de 1996, es decir, por más de 6 meses.

Solicitó que, en consecuencia, se condenara a pagarle, por los perjuicios morales, materiales y psicológicos causados, \$2.000'000.000.

Como fundamento de sus pretensiones, narra la demanda que, a raíz de los hechos que supuestamente ocurrieron en la madrugada del 22 de noviembre de 1994 en el aeropuerto de San Andrés, a donde supuestamente llegó un avión que luego salió con destino a Méjico, llevando más de 5 toneladas de cocaína, la Fiscalía Regional de Bogotá abrió una investigación en la que resultó vinculado Robinson Polo Gutiérrez, quien para esa época se desempeñaba como Patrullero de la Policía Nacional, adscrito al Comando de San Andrés.

En consecuencia, fue detenido, procesado por violación a la ley 30 de 1986 y destituido del cargo que desempeñaba en la institución. Luego, mediante sentencia del 3 de agosto de 1999, fue absuelto por el Grupo Aéreo del Caribe, providencia confirmada el 12 de julio de 2000 por el Tribunal Superior Militar.

¹ Folio 375 del cuaderno principal

Además de los perjuicios materiales derivados de que permaneció cesante mientras fue procesado, la privación de la libertad le ocasionó graves perjuicios morales y psicológicos (folios 4 y 5 del cuaderno 1).

2. La demanda fue admitida mediante auto del 10 de abril de 2002, providencia notificada en debida forma a la parte demandada y al Ministerio Público (Folio 30 del cuaderno 1).

3. La apoderada del Ministerio de Justicia y del Derecho propuso la excepción de indebida representación por pasiva, con fundamento en que la Justicia Penal Militar no forma parte de la Rama Judicial, sino del Ministerio de Defensa Nacional y, en consecuencia, no se le puede imputar responsabilidad por los hechos que aquí se demandan (folios 38 a 42 del cuaderno 1).

Por su parte, el apoderado de la Policía Nacional sostuvo que la detención del señor Robinson Polo Gutiérrez no fue injusta, ya que no se incurrió en arbitrariedad alguna y no se demostró que la medida se hubiera impuesto con dolo o culpa grave, pues se llevó a cabo con base en indicios, lo que la convierte en una carga que todas las personas deben soportar y más aún si fue precedida por el conocimiento de un delito y la investigación del mismo, como ocurrió en el presente caso.

Manifestó que no siempre que se produce un daño el Estado debe responder patrimonialmente, pues debe revisarse, en cada caso, si existió o no una falla del servicio que se relacione directamente con la producción del daño alegado, para que pueda atribuírsele responsabilidad.

Afirmó que la Policía Nacional se limitó al cumplimiento de una orden impartida por la Fiscalía, que era la autoridad competente, ya que la institución tiene como fin primordial hacer efectivas las obligaciones, las garantías y los derechos de los asociados.

Adujo que la preclusión de la investigación no implica la configuración de un error judicial, sino simplemente el reconocimiento de la independencia de la función pública de administrar justicia.

Sostuvo, además, que el actor no demostró el menoscabo patrimonial sufrido, pues, simplemente, hizo afirmaciones sobre un posible daño, pero sin sustento probatorio (folios 57 a 65 del cuaderno 1).

El apoderado de la Fiscalía General de la Nación² se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que ese organismo no incurrió en ninguna infracción a la Constitución ni a la ley, puesto que son ellas, precisamente, las que le imponen la obligación de asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando medidas de aseguramiento.

Manifestó que la privación de la libertad del señor Robinson Polo Gutiérrez obedeció a una decisión que se ajustó a todas las exigencias sustanciales y formales de la ley vigente al momento de los hechos, pues, en ese momento, existía un indicio grave de responsabilidad en su contra, que permitía proferirle medida de aseguramiento; por lo tanto, no existió error jurisdiccional, ni falla del servicio, menos aún si se tiene en cuenta que en ningún momento se le vulneraron las garantías fundamentales.

Aseguró que el señor Polo Gutiérrez no fue exonerado por ninguna de las causales consagradas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, que esas son las únicas razones válidas para que se configure la privación injusta de la libertad.

Dijo que, tanto para proferir la medida de aseguramiento como la resolución acusatoria, no es necesaria la existencia de pruebas que conduzcan a la certeza sobre la responsabilidad penal del sindicado, ya que este grado de certeza sólo es necesario para proferir sentencia condenatoria.

Aseguró que pretender que cada vez que se precluya una investigación o se absuelva a un sindicado de un delito se compromete la responsabilidad patrimonial del Estado sería tanto como aceptar que la Fiscalía no puede adelantar una investigación penal, pues no tiene autonomía, independencia, poderes de instrucción, ni libertad para recaudar y valorar pruebas, lo que conllevaría a la denegación de justicia y al desconocimiento de la facultad punitiva del Estado.

² Vinculada al proceso mediante auto del 12 de noviembre de 2004, conforme a lo dispuesto en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil (ver folio 185 del cuaderno 1)

Así mismo, reiteró que la absolución del sindicato no genera, per se, derecho a reclamar indemnización, pues ello se configura sólo en la medida en la que se encuentre debidamente demostrada la ocurrencia de cualquiera de los supuesto del mencionado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal anterior (Folios 204 a 214 del cuaderno 1).

4. Mediante auto del 13 de junio de 2002, se abrió el proceso a pruebas, el 14 de febrero de 2003, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual fracasó por no existir ánimo conciliatorio de la parte demandada y, el 20 de febrero del mismo año, se corrió traslado para alegar de conclusión y rendir concepto (folios 75, 128, 129 y 138 del cuaderno 1).

5. En el término del traslado para presentar alegatos de conclusión, la apoderada del Ministerio del Interior y de Justicia insistió en que se declarara probada la excepción de “indebida representación en la causa por pasiva”, teniendo en cuenta que lo que se discute en el proceso son las actuaciones de la Fiscalía Regional de Bogotá, de la Policía Nacional y de la Justicia Penal Militar, entidades independientes, la primera de ellas en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y, las demás, en la del Ministerio de Defensa Nacional (folios 140 a 145 del cuaderno 1).

El apoderado de la Policía Nacional manifestó que, como resultado de la investigación disciplinaria que se adelantó contra Robinson Polo Gutiérrez, aquél fue separado de la institución, mediante resolución 4725 del 20 de septiembre de 1996, la cual no fue objeto de control judicial, es decir, contra aquélla no se presentó ninguna acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En el presente caso, se utilizó la acción de reparación directa para atacar la legalidad de ese acto administrativo, cuando la acción idónea –la de nulidad y restablecimiento del derecho- ya había caducado.

Sostuvo que no se demostró que la institución, en el desarrollo de la acción disciplinaria, que por cierto es independiente y autónoma de las acciones civil y penal, hubiera actuado motivada por razones ajenas al buen servicio y, en consecuencia, el acto administrativo mediante el cual se separó al actor de la institución no quebrantó normas legales ni constitucionales, es decir, goza de la presunción de legalidad.

Afirmó que la Justicia Penal Militar no depende de la Policía Nacional, sino del Ministerio de Defensa, de conformidad con el decreto reglamentario 1562 de 1990.

Así mismo, sostuvo que quien ordenó iniciar la investigación penal contra el demandante fue la justicia ordinaria, en cabeza de Fiscalía Regional de Bogotá y no la Policía Nacional (folios 155 a 163 del cuaderno 1).

El apoderado de la Fiscalía General de la Nación reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda (folios 237 a 242 del cuaderno 1).

Por su parte, el representante del Ministerio Público solicitó negar las pretensiones de la demanda, con fundamento en que debe declararse probada la excepción de “indebida representación en la causa por pasiva”, puesto que ni la Policía Nacional ni el Ministerio de Justicia intervinieron en la investigación penal adelantada en contra del demandante.

Así mismo, sostuvo que la Fiscalía no incurrió en ningún error judicial al imponer la medida de aseguramiento contra el demandante, pues no se vislumbra que aquella fuera errada, confusa e irregular (folio 165 a 167, 235 y 236 del cuaderno 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La sentencia del 5 de mayo de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, declaró la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad del señor Robinson Polo Gutiérrez y, en consecuencia, la condenó al pago de 70 salarios mínimos, por concepto de perjuicios morales a favor de aquél.

Sostuvo que al demandante se le impuso una medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, que no estaba en la obligación de soportar y, en consecuencia, permaneció privado de la libertad desde el 28 de septiembre de 1995 hasta el 15 de abril de 1996, momento en el que fue exonerado de responsabilidad penal por parte de la Justicia Penal Militar.

Afirmó que la decisión absolutoria tuvo como fundamento la configuración de uno de los supuestos de los que trata el artículo 414 del antiguo Código de Procedimiento Penal, consistente en que el delito no existió; así mismo, manifestó que no se probó que la detención se hubiera causado por la conducta dolosa o gravemente culposa del demandante.

Declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio del interior y de Justicia, con fundamento en que no fue por alguna actuación de aquél que el demandante resultó privado de la libertad (folios 355 a 376 del cuaderno principal).

III. RECURSO DE APELACIÓN

En el término dispuesto por la ley, el apoderado de la Fiscalía General de la Nación interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, para lo cual reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión de primera instancia, a lo cual agregó que, en este caso, no puede hablarse de la ocurrencia de un daño antijurídico, puesto que para la imposición de la medida de aseguramiento se reunieron los requisitos exigidos por la ley penal (folios 390 a 398 del cuaderno principal).

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación se concedió el 26 de mayo de 2005 y se admitió en esta Corporación el 24 de noviembre del mismo año (Folios 382 y 400 del cuaderno principal).

En el término del traslado común para presentar alegatos de conclusión, el apoderado de la Policía Nacional sostuvo que no existe legitimación en la causa por pasiva de la entidad, puesto que no tuvo participación en la privación de la libertad por la que se demanda, entre otras cosas, porque dentro de las funciones que le son propias no se encuentra la de expedir órdenes de captura, ni la de dictar medidas de aseguramiento, las cuales corresponden a la Fiscalía General de la Nación.

Sostuvo que su participación se limitó al cumplimiento del deber legal de poner en conocimiento de la autoridad competente cualquier presunto hecho delictivo, por lo que no puede ser tenida como sujeto de imputación por error judicial o por privación de la libertad (folios 403 a 405 del cuaderno principal).

El apoderado de la Fiscalía General de la Nación insistió en los argumentos expuestos a lo largo del proceso y, así mismo, manifestó que la absolución del demandante no se profirió en aplicación de ninguno de los supuestos del artículo 414 del antiguo Código de Procedimiento Penal, sino por falta de certeza de la responsabilidad penal de aquél, es decir, en aplicación del principio del *indubio pro reo* y, por tanto, no se le puede atribuir responsabilidad por la privación de la libertad de Robinson Polo Gutiérrez (folios 411 a 419 del cuaderno principal).

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio (Folio 420 del cuaderno principal).

V. CONSIDERACIONES

Competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación, toda vez que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia y con el auto proferido por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación el 9 de septiembre de 2008, de las acciones de reparación directa relacionadas con el ejercicio de la administración de justicia conocen, en primera instancia, los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, el Consejo de Estado³, sin tener en cuenta la cuantía del proceso.

Consideraciones previas

1. Como cuestión previa, es menester señalar que, en este caso, la Fiscalía General de la Nación, aquí demandada, tiene la calidad de apelante única; por lo tanto, la Sala no podrá hacer más gravosa su situación, únicamente podrá mejorarla -en el evento de que encuentre que hay lugar a ello-, de conformidad con las pruebas debidamente decretadas y practicadas en el proceso.

³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 9 de septiembre de 2008, expediente No. 2008 00009 M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

2. Sobre los medios probatorios obrantes en el proceso, concretamente en lo que se refiere a la prueba trasladada, se ha dicho que aquélla que no cumpla con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, o que no haya sido solicitada en el proceso contencioso administrativo por la parte contra quien se aduce, o no haya sido practicada con audiencia de ésta no puede ser valorada en el proceso al que se traslada⁴. También ha dicho la Sala que, en los eventos en los cuales el traslado de la prueba rendida dentro de otro proceso lo hayan solicitado ambas partes, dicha prueba puede ser tenida en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aún cuando se haya practicado sin su citación o intervención en el proceso original y no haya sido ratificada en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión⁵.

En este caso, obra la copia auténtica (13 cuadernos) del proceso penal adelantado por la Fiscalía Regional Delegada Antinarcoóticos contra Robinson Polo Gutiérrez y otros, por el delito de infracción a la ley 30 de 1986, remitido a este expediente por el Grupo Aéreo del Caribe de las Fuerzas Militares (oficio 350-GACAR-GACAY-743 del 11 de marzo de 2004⁶), prueba que fue solicitada por la parte demandante⁷, elaborada por la Fiscalía General de la Nación, aquí demandada, y decretada por el Tribunal, mediante auto del 13 de junio de 2002⁸. En este orden de ideas, dicha prueba se tendrá como tal en este proceso.

El régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto.

Previo a analizar los supuestos de responsabilidad aplicables al caso concreto, es necesario precisar que la demanda de la referencia tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, por razón de la privación de la libertad a la cual fue sometido el señor Robinson Polo Gutiérrez, entre el 22 de septiembre de 1995 y el 15 de abril de 1996, de manera tal que se evidencia que

⁴ Sentencia de julio 7 de 2005, expediente 20.300

⁵ Sentencia de febrero 21 de 2002, expediente 12.789

⁶ Folios 176 y 177 del cuaderno 2

⁷ Folio 3 del cuaderno 1

⁸ Folio 75 del cuaderno 1

los hechos que se someten a conocimiento de la Sala ocurrieron en vigencia de la Ley 270 de 1996⁹, que establece:

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

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

“(…)

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

Respecto de las normas transcritas, la Sala ha considerado en varias oportunidades que, a pesar de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad es absuelta por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991¹⁰, se configura un evento de detención injusta y, por lo tanto, procede la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política.

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

“Como corolario de lo anterior, ha de entenderse que la hipótesis precisada por el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en la cual procede la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado por detención injusta, en los términos en que dicho carácter injusto ha sido también concretado por la Corte Constitucional en el aparte de la sentencia C-036 (sic) de 1996 en el que se analiza la exequibilidad del proyecto del aludido artículo 68 —y que se traduce en una de las diversas modalidades o eventualidades que pueden generar responsabilidad del Estado por falla del servicio de Administración de Justicia—, esa hipótesis así precisada no excluye la posibilidad de que tenga lugar el reconocimiento de otros casos en los que

⁹ La Ley 270 de 1996 entró en vigencia el 7 marzo de 1996.

¹⁰ “Artículo 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”.

el Estado deba ser declarado responsable por el hecho de haber dispuesto la privación de la libertad de un individuo dentro del curso de una investigación penal, siempre que en ellos se haya producido un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

“Tal es la interpretación a la que conducen no sólo las incuestionables superioridad y preeminencia que le corresponden al citado canon constitucional, sino también una hermenéutica armónica y sistemática de los comentados preceptos de la misma Ley 270 de 1996, así como los razonamientos plasmados por la propia Corte Constitucional en la sentencia C-036 (sic) de 1997 (sic), mediante la cual los encontró ajustados a la Carta Fundamental. En consecuencia, los demás supuestos en los cuales el juez de lo contencioso administrativo ha encontrado que la privación de la libertad ordenada por autoridad competente ha conducido a la producción de daños antijurídicos, con arraigo directamente en el artículo 90 de la Carta, tienen igualmente asidero tanto en la regulación que de este ámbito de la responsabilidad estatal efectúa la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con este asunto. **De manera que aquellas hipótesis en las cuales la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado -a la que se hizo referencia en apartado precedente- [responsabilidad del Estado por la privación de la libertad de las personas al amparo de la vigencia del artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal] ha determinado que concurren las exigencias del artículo 90 de la Constitución para declarar la responsabilidad estatal por el hecho de la Administración de Justicia al proferir medidas de aseguramiento privativas de la libertad, mantienen su aplicabilidad tras la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996..”¹¹ (se resalta).**

Asimismo, la jurisprudencia ha señalado que las hipótesis establecidas en el artículo 414 antes citado, al margen de su derogatoria, continúan siendo aplicables a hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sin que ello implique una aplicación ultractiva del citado precepto legal, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, pues, en virtud del principio *iura novit curia*, el juez puede acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar su decisión¹².

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente: 15.463, actor: Adiela Molina Torres y otros.

¹² En este sentido, la Sección Tercera, Subsección C en Sentencia de 19 de octubre 2011, Exp.: 19.151, precisó: “...no se avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. No quiere ello significar, entonces, que se estén modificando los efectos en el tiempo de una norma que se encuentra claramente abrogada. Sin embargo, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio *iura novit curia*, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma ...”.

Ahora bien, la Sala, en relación con la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas, dispuesta como medida de aseguramiento dentro de un proceso penal, no ha sostenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretar y aplicar el citado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, la jurisprudencia se ha desarrollado en distintas direcciones, como en anteriores oportunidades se ha puesto de presente¹³.

En torno a la privación injusta de la libertad varias han sido las líneas jurisprudenciales de la Sección Tercera de esta Corporación: una primera, que podría calificarse de restrictiva, parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados¹⁴. Posteriormente, se dice que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención¹⁵.

Una segunda línea entiende que, en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P. -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa¹⁶. Se consideró que, en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter "*injusto*" sino "*injustificado*" de la detención¹⁷.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente: 13.168; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, expediente No. 15.463.

¹⁴ Sección Tercera, Sentencia de 1 de octubre de 1.992, exp. 7058.

¹⁵ Sección Tercera, Sentencia de 25 de julio de 1.994, exp. 8666.

¹⁶ Sección Tercera, Sentencia de 15 de septiembre de 1994, exp. 9391.

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

En el marco de esta segunda línea, el artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal contenía dos preceptos¹⁸: el primero, previsto en su parte inicial, señalaba que “*quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios*”, disposición que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad del Estado por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual requiere su demostración bien por error o bien por ilegalidad de la detención; el segundo, en cambio, tipificaba los tres precitados supuestos -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible –, los cuales, una vez acreditados, dan lugar a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, evento en el que no es menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad.

Una tercera tendencia jurisprudencial morigeró el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, pues ello implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada; además, amplía, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*¹⁹.

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

Igualmente, la Sala ha precisado que el daño también puede llegar a configurarse

¹⁸ RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Germán. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. Memorias del décimo encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Consejo de Estado, Riohacha, junio de 2003, pág. 107.

¹⁹ Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 1997, exp. 11.754. No obstante, el ponente de la presente sentencia advierte que no comparte la extensión de la responsabilidad del Estado a los casos en que se haya aplicado el principio del *in dubio pro reo*.

en aquellos eventos en los que la persona privada de la libertad es exonerada por razones distintas a las causales previstas por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. Así ocurrió, por ejemplo, en sentencia de 20 de febrero de 2008, donde se declaró la responsabilidad de la Administración por la privación injusta de la libertad de una persona que fue exonerada en el proceso penal por haberse configurado una causal de justificación de estado de necesidad. Sobre el particular, la providencia aludida señaló:

“(…) Encuentra igualmente acreditado la Sala que dicha detención fue injusta, en consideración a que, como se explicó, al señor Higuita le fue precluida la investigación adelantada en su contra, mediante providencias del 11 de mayo y del 26 de diciembre de 1994. En efecto, (...) respecto de los delitos de omisión de informe y favorecimiento, se afirmó que el acusado actuó bajo una causal eximente de responsabilidad como es el estado de necesidad, que excluye la culpabilidad del acusado, lo que permite concluir que la privación fue injusta y que la víctima debe ser indemnizada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política”²⁰.

Debe precisarse, en todo caso, que si las razones para la absolución o preclusión de la investigación obedecen a alguna de las tres (3) causales previstas en la parte final del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal o –en la opinión mayoritaria de la Sala- a la aplicación de la figura del *indubio pro reo*, se está frente a un daño imputable al Estado, por privación injusta de la libertad, el cual debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política; no obstante, si se presenta un evento diferente a éstos, deberá analizarse si la medida que afectó la libertad fue impartida “injustamente” (C-037/96), caso en el cual el ciudadano debe ser indemnizado por no estar en el deber jurídico de soportarla.

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

La Sala ha estimado conveniente hacer las anteriores precisiones con miras a establecer si en el presente proceso está demostrada la responsabilidad de la entidad demandada por los hechos que se le imputan.

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

Es conveniente resaltar que, desde la propia preceptiva constitucional, es claro que la libertad personal, como valor superior y pilar de nuestro ordenamiento, es un auténtico derecho fundamental que sólo admite limitación “*en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley*” (artículo 28 C.P.) y, como certeramente lo anota la doctrina:

“No basta, sin embargo, cualquier norma: es preciso que la norma jurídica que determina los supuestos en que procede la privación de libertad sea una ley. Esta exigencia tiene un fundamento evidente: desde el momento en que la libertad individual es asumida por la sociedad como un principio básico de la organización de su convivencia social, es solo la propia sociedad la que puede determinar los casos que dan lugar a la quiebra de ese principio básico, y esa expresión de la voluntad general de la sociedad tiene lugar a través de la ley. Constitucionalmente, esta exigencia se plasma en otra: la de que sean los representantes del pueblo, libremente elegidos, los que determinen las causas de privación de libertad.

“La determinación previa de las causas de privación de libertad tiene, además, otra razón material, la de otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos, esto es, que los ciudadanos sepan de antemano qué conductas pueden suponer la privación de un bien básico como la libertad. Se trata, con ello, de desterrar la arbitrariedad...”²¹.

Por lo demás, aunque la detención preventiva emerge como un instrumento válido para el desarrollo del cometido estatal de perseguir los delitos, desde una perspectiva democrática no puede olvidarse que nuestro Estado de derecho reconoce –sin discriminación alguna- la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 C.P.) y, por lo mismo, la Constitución, sin ambages, señala, dentro de los fines del Estado, el de garantizar la efectividad de los derechos, entre ellos el de la libertad, como ámbito de autodeterminación de los individuos (artículo 2 C.P.), en el marco de aplicación del principio universal de presunción de inocencia (artículo 29 *eiusdem*)²².

²¹ GARCÍA MORILLO, Joaquín. Los derechos de libertad (I) la libertad personal, en LÓPEZ GUERRA, Luis et al. Derecho Constitucional, Volumen I, 6ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 258.

²² El Tribunal Constitucional Español en la Sentencia STC 341 de 1993 (BOE 295 de 10 de diciembre) que resolvió unos recursos de inconstitucionalidad contra la ley orgánica sobre protección de la seguridad ciudadana, en sus fundamentos 4, 5 y 6 hizo uno de los más interesantes estudios sobre la libertad personal como derecho fundamental y su relación con la detención preventiva: “debe exigirse una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan –aun previstas en la Ley- privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación”. Igualmente, el mismo Tribunal, en sentencia de 29 de diciembre de 1997 (RTC 156, F.D. 4), indicó: “...por tratarse de una institución cuyo contenido material coincide con el de penas privativas de la libertad, pero que recae sobre ciudadanos que gozan de la presunción de inocencia, su configuración y aplicación como medida cautelar ha de partir de la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, ha de perseguir

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

"Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

"La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

"En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles".

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

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

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

De lo anterior se infiere que la libertad es un derecho fundamental, restringido en eventos precisos y bajo condiciones de orden constitucional o legal, tema respecto del cual la Corte Constitucional ha señalado:

"(...) esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear el derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución que, tratándose de la libertad individual, delimita el campo de su privación no sólo en el artículo 28, sino también por virtud de los contenidos del

un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que parten del imputado, y en su adopción y mantenimiento ha de ser concebida como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de dichos fines" (STC 128/1995, fundamento jurídico 3, reiterada en la STC 62/1996).

preámbulo que consagra la libertad como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la nación; del artículo 2º que en la categoría de fin esencial del Estado contempla el de garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la Constitución, a la vez que encarga a las autoridades de su protección y del artículo 29, que dispone que toda persona 'se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable' y que quien sea sindicado tiene derecho 'a un debido proceso público' sin dilaciones injustificadas"²³.

La presunción de inocencia también es de categoría constitucional, pues, según el inciso cuarto del artículo 29 de la Carta Política, "*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable*" y, por tanto, las autoridades judiciales competentes tienen el deber de obtener las pruebas que acrediten la responsabilidad del implicado²⁴.

Según el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. En ese orden de ideas, es menester señalar que en aquellos eventos en los que una persona es privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego es puesta en libertad en consideración a que se dan los supuestos legales que determinan su desvinculación de una investigación penal, bien porque el hecho imputado no existió o porque el sindicado no lo cometió o porque el hecho no es punible o –en la opinión de la mayoría de la Sala- porque se le favoreció con la aplicación del *indubio pro reo* y si, además, prueba la existencia de un daño causado por esa privación de la libertad, no hay duda que tal daño se torna antijurídico y debe serle reparado por el Estado.

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

En ese contexto, se concluye que, cuando se produce la exoneración del sindicado, mediante sentencia absolutoria o su equivalente, por alguna de las causales previstas en el citado artículo 414 del C. de P. P. -sin que, en cualquier

²³ Sentencia C - 397 de 1997, de 10 de julio de 1997.

²⁴ Al efecto puede consultarse la sentencia C-774 de 25 de julio de 2001 de la Corte Constitucional.

caso, opere como eximente de responsabilidad la culpa de la víctima-, las cuales se aplican a pesar de la derogatoria de la norma, o –en la opinión mayoritaria de la Sala- por virtud del *indubio pro reo*, el Estado está llamado a indemnizar los perjuicios que hubiere causado por razón de la imposición de una medida de detención preventiva que lo hubiere privado del ejercicio del derecho fundamental a la libertad, pues, de hallarse inmerso en alguna de tales causales, ningún ciudadano está obligado a soportar dicha carga.

Precisado lo anterior, la Sala procederá a estudiar, de acuerdo con el material probatorio válidamente aportado al proceso, si existe responsabilidad por los daños causados al actor, con ocasión de la privación de la libertad de la cual fue objeto.

El caso concreto

El 22 de septiembre de 1995 se hizo efectiva la boleta de captura 77 del 20 de esos mismos mes y año, proferida por la Fiscalía Regional Delegada Antinarcóticos, en el proceso 23911, contra el Patrullero Robinson Polo Gutiérrez, según el acta de los derechos del capturado suscrita por la Unidad Investigativa de la Policía Judicial Antinarcóticos²⁵.

El 28 de septiembre siguiente, la Unidad de Narcotráfico de la Dirección Regional de Fiscalías le dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva²⁶.

Mediante la boleta de detención US14-093 del 3 de octubre de 1995²⁷, la Unidad de Secretaría 14 de la Dirección Regional de la Fiscalía General de la Nación solicitó al Director de la Cárcel del Circuito Judicial de San Andrés mantener detenido en ese centro de reclusión al señor Polo Gutiérrez, por habersele proferido medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, como presunto autor del delito de infracción a la ley 30 de 1986.

²⁵ Folio 25 del anexo 7

²⁶ Folio 192 del anexo 7

²⁷ Folio 196 del anexo 7

En providencia del 17 de diciembre de 1995²⁸, la Unidad de Narcotráfico de la Dirección Regional de Fiscalía negó la preclusión de la instrucción y la revocatoria de la medida de aseguramiento del detenido.

En sentencia del 3 de agosto de 1999²⁹, el Grupo Aéreo del Caribe de la Fuerza Aérea Colombiana declaró que no existía responsabilidad del señor Robinson Polo Gutiérrez y, en consecuencia, lo absolvió de la imputación de violación a la ley 30 de 1986, en los siguientes términos:

“... tanto los Militares de San Andrés, Como (sic) los de Cali siempre estuvieron encaminados a cumplir su función de prevención del delito, con el solo hecho de llegar a realizar el procedimiento que le era exigible, cual era de requisar y de encontrar algo ilícito, hecho que si (sic) cumplieron, para luego colocarlo en forma inmediata a ordenes (sic) de la autoridad competente, en este caso la fiscalía (sic), en los términos señalados por la ley, pero que ha de hacer si enfrente (sic) no encuentra nada ilícito, no tiene el cuerpo del delito, valga decir, estupefacientes, dinero u otro elemento indiciario del reato investigado, o por lo menos algunos indicios que nos indiquen que se ha cometido un delito, la respuesta es que no pueden hacer mas (sic). Las pruebas no apuntan a señalar que alguno de los militares aquí encartados realizara un hallazgo y lo ocultara, o a pesar de obtener algo ilícito permitió que los pilotos se fueran, no, todo lo contrario, ejercieron su función, que tal como lo dejaron plasmados los peritos, este procedimiento es muy corto...”

“... no es posible endilgar una conducta en contra de los sindicatos, ni siquiera a título de culpa... es necesario que obre dentro del proceso prueba legalmente producida del hecho punible y ... la prueba documental que se adjunta es un fax de la policía mexicana y coadyuvada por el informe del comandante de la zona central de inteligencia, no aparece en el plenario que se le hubiese dado el tratamiento internacional para el caso en estudio, salvo pues que se hubiese presentado la flagrancia, luego solo nos quedan los testimonios rendidos por una información telefónica de lo dicho por la policía mexicana, sobre la base de que un avión había bombardeado droga y recogido dólares, se insiste nuevamente, sin dar las características del mismo, como la matrícula, color, tamaño, y solo se viene a saber que se trata del HK-1337 cuando este se reporta a San Andrés en final, y por la información que se transmitió a la policía de México, por sospechas del lugar de donde decía venir, tampoco está claro que fueran precisamente las autoridades Mexicanas las que intuyeran que ese era el avión, dejando la duda y no la certeza de que se tratara del

²⁸ Folio 118 de del cuaderno 6

²⁹ Aportada al proceso en copia simple con la demanda (folios 25 a 28 del cuaderno 1) y en copia auténtica por el Comandante del Grupo Aéreo del Caribe de la Fuerza Aérea Colombiana, mediante oficio 1097-GACAR-GACAY-790 del 2 de julio de 2002 (folio 79 del cuaderno 1).

mismo avión, sumado a la falta de claridad en las información (sic) por parte de quienes manejaron la misma, no esta (sic) claro pues, que la posible conducta omisiva de los sindicatos hayan (sic) vulnerado el artículo 39 de la ley 30 de 1.986, ni siquiera a título de culpa.

“(…)

“RESUELVE

“ARTICULO PRIMERO.- Declarar que en el presente asunto, no hay responsabilidad penal de los señores... PT. Ponal ROBINSON POLO GUTIERREZ ...

“ARTICULO SEGUNDO.- Como consecuencia del punto inmediatamente anterior ABSOLVER a los señores ... PT. Ponal ROBINSON POLO GUTIERREZ de anotaciones militares y civiles conocidas en autos por el delito de violación a la ley 30 de 1.986 artículo 39.

“ARTICULO TERCERO.- Disponer que los señores ... PT. Ponal ROBINSON POLO GUTIERREZ continúen disfrutando de su libertad como hasta ahora lo han venido haciendo, hasta tanto no resuelva en definitiva en Honorable Tribunal Superior Militar”³⁰.

Mediante sentencia del 12 de julio de 2000, el Tribunal Superior Militar confirmó la absolución de Robinson Polo Gutiérrez³¹, para lo cual dijo:

“Antes (sic) tantas y evidentes dudas, frente a la verdadera misión que cumplió el HK 1337 la noche del 22 de noviembre de 1994, requisito indispensable dentro de los elementos estructurales del tipo señalado en el artículo 39 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, por cuanto, repetimos, exige que las personas a investigar, juzgar o custodiar, estén involucradas en delitos o contravenciones tipificadas en el mismo Estatuto, y esto (sic) no se ha logrado comprobar, lo cual, sumado a las actuaciones normales dentro de lo posible y de conformidad con las circunstancias vividas de los aquí sindicados el día de marras, nos colocan en incertidumbre debiendo reconocer que no se dan ninguno de los presupuestos establecidos en el artículo 488 del Código Penal Militar para dictar una sentencia condenatoria, valga decir, que no hay certeza sobre la tipicidad del hecho punible y Consecuencialmente (sic) sobre la responsabilidad de los procesados.

“(…)

“RESUELVE:

³⁰ Folios 27, al reverso y 28 del cuaderno 1

³¹ Aportada al proceso en copia simple con la demanda (folios 7 a 24 del cuaderno 1) y en copia auténtica por el Comandante del Grupo Aéreo del Caribe de la Fuerza Aérea Colombiana, mediante oficio 1097-GACAR-GACAY-790 del 2 de julio de 2002 (folio 79 del cuaderno 1)

“1°. CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE, la sentencia por la cual el señor Teniente Coronel Comandante del Grupo Aéreo del Caribe, Juez de Primera Instancia, ABSOLVIO a ... PT. ROBINSON POLO GUTIERREZ, quienes fueron procesados por VIOLACIÓN al Artículo 39 de la LEY 30 DE 1.986, Estatuto Nacional de Estupefacientes”³².

La anterior decisión cobró ejecutoria el 19 de septiembre de 2000, según consta en el oficio 1226-TSM-S-749 del 17 de julio de 2002³³, suscrito por la Secretaria del Tribunal Superior Militar.

Según el oficio AJU 114-ECBOG-2733 del 27 de septiembre de 2004³⁴, de la Asesora Jurídica de la Cárcel Modelo de Bogotá, el señor Robinson Polo Gutiérrez permaneció recluido del 29 de noviembre de 1995 al 15 de abril de 1996 en esa institución.

Se acreditó, pues, que el señor Robinson Polo Gutiérrez fue capturado el 22 de septiembre de 1995³⁵, por la Unidad Investigativa de la Policía Judicial Antinarcóticos, por presunta infracción a la ley 30 de 1986 y que permaneció privado de la libertad hasta el 15 de abril de 1996, es decir, durante 6 meses y 23 días.

Lo descrito, por sí solo, constituye uno de los eventos determinantes de la privación injusta de la libertad, conforme al artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal, cual es que la conducta no constituía hecho punible.

Por lo anterior y teniendo en cuenta las circunstancias fácticas anotadas, se impone concluir que el actor fue privado injustamente de la libertad y que, por tanto, no estaba en la obligación de soportar el daño que el Estado le irrogó y que el mismo debe calificarse como antijurídico, lo cual determina la consecuente obligación para la Administración de indemnizar o resarcir los perjuicios causados al demandante.

Al respecto, la Sala insiste en que, en casos como éste, no corresponde a la parte actora acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la

³² Folios 22 a 24 del cuaderno 1

³³ Folio 117 del cuaderno 1

³⁴ Folio 181 del cuaderno 1

³⁵ Según boleta de captura obrante a folio 25 del anexo 7

responsabilidad: actuación del Estado, daño antijurídico e imputación, extremos que se encuentran suficientemente acreditados en el expediente, pues fue la Fiscalía la que determinó que el señor Robinson Polo Gutiérrez estuviese privado de su libertad durante más de 6 meses, término al cabo del cual se le levantó la medida de aseguramiento y, posteriormente, se le absolvió de responsabilidad penal porque su conducta no constituyó el hecho punible que se le imputaba.

En cambio, a la parte accionada le corresponde demostrar, mediante pruebas legal y regularmente traídas al proceso, si se ha dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiere entenderse configurada una causal de exoneración, a saber: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o culpa exclusiva y determinante de la víctima³⁶; sin embargo, ninguna de estas eximentes fue acreditada en el plenario.

Así, pues, forzoso resulta concluir que el daño causado al demandante, por la privación injusta de su libertad, es jurídicamente imputable a la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual la Sala confirmará la sentencia apelada.

Los perjuicios

Perjuicios morales

Como en el presente caso la Fiscalía General de la Nación tiene la calidad de apelante única y, por tanto, la Sala no puede hacer más gravosa su situación, se impone confirmar el reconocimiento de 70 salarios mínimos legales mensuales, por concepto de perjuicios morales.

Costas

³⁶ Al respecto ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009, exp. 17.517, reiterada en sentencia de abril 15 de 2011, exp. 18.284 y, recientemente, en sentencia de 26 de mayo de 2011, exp. 20.299, actor: Jesús David Arciniegas Caselles y otro, M. P. Mauricio Fajardo Gómez.

En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenarlas en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

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

FALLA:

Primero.- MODIFÍCANSE los ordinales primero y segundo de la sentencia del 5 de mayo de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, los cuales se reducen a uno solo, que quedará así:

Declarar responsable a la Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad a que fue sometido el señor ROBINSON POLO GUTIERREZ, según lo expresado en la parte motiva.

Segundo.- CONFÍRMASE, en lo demás, la sentencia del 5 de mayo de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Tercero.- Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA