

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014)

Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Radicación número: 52 001 23 31 000 1995 06432 01 (25831)

Actor: HELDIBRANDO RODRIGUEZ Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL Y OTROS

Asunto: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (Sentencia)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 1 de agosto de 2003 proferida por la Sala de Decisión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Nariño.

Mediante la que se dispuso:

“ PRIMERO.- DECLARAR QUE LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL y FISCALIA GENERAL DE LA NACION, son administrativamente responsables de la detención injusta de la libertad de HELDIBRANDO RODRIGUEZ Y EDUARDO CALVACHE, como consecuencia del operativo policial y de la investigación judicial por los hechos sucedidos el 5 de abril de 1993 en la iglesia de la Merced de la Ciudad de San Juan de Pasto.

SEGUNDO.- CONDENAR, como consecuencia de la declaración anterior, a LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL y FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar de consuno a cada uno de los grupos familiares demandantes encabezados por los (sic) ofendido HELDIBRANDO RODRIGUEZ y EDUARDO CALVACHE, como indemnización por concepto de perjuicios morales subjetivos, las siguientes cantidades:

a) Para HELDIBRANDO RODRÍGUEZ detenido, 100 salarios mínimos legales mensuales (SMLM);

Para Rovira del Carmen Calvache de Rodríguez (esposa), 50 SMLM;

Para Enriqueta Gómez de Muñoz (madre), 50 SMLM para la madre;

Para Rober William Rodríguez Calvache, Liliana Andrea Rodríguez Calvache, Arbey Hermeregildo Rodríguez Calvache, James Ariel Rodríguez Calvache (hijos), 50 SMLM para cada uno;

Para Maria Marcionila Muñoz Gómez y Praxedes Muñoz Gómez (hermanos), 25 SMLM para cada una. (sic)

b) Para EDUARDO CALVACHE detenido, 100 salarios mínimos legales mensuales (SMLM);

Para María Teresa de Jesús Delgado Gómez (esposa), 50 SMLM;

Elvia Irene Calvache López (madre), 50 SMLM para la madre (sic);

Para Leidy Marcela Calvache, Lidey Sofía Erazo Calvache, Amanda Ceneth Calvache López (hermanos), 25 SMLM para cada uno.

TERCERO.- CONDENAR a LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL y FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar a los sindicatos y ahora demandantes HELDIBRANDO RODRIGUEZ y EDUARDO CALVACHE como indemnización por concepto de perjuicios materiales a título de lucro cesante, el valor que por concepto de salarios hubieran podido percibir los demandantes durante los meses de abril de 1993 a septiembre de 1994, lapso que permanecieron privados de su libertad.

Se tendrá como base para efectuar la liquidación el salario mínimo legal vigente para la época en que fue detenido.

CUARTO.- Condenar a los llamados en garantía LUIS MIGUEL ROSERO TUMBET, LUIS MORENO VILLACORTE y LUIS GONZALO ROSERO ENRIQUEZ, al pago del veinticinco por ciento de las indemnizaciones que por todo concepto cancelen las entidades demandadas.

QUINTO.- DENEGAR LAS DEMAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA.

(..)”

ANTECEDENTES

1. La demanda.

Fue presentada el 5 de abril de 1995 (Fls.1-36, c1) por Heldibrando Rodríguez Gómez y otros, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“ PRIMERA.- La NACION – MINISTERIO DE DEFENSA (Policía Nacional) y LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, son administrativa y civilmente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios causados a la (sic) señores: HELIBRANDO (sic) RODRIGUEZ GÓMEZ (víctima), ROVIRA DEL CARMEN CALVACHE DE RODRIGUEZ (esposa), ENRIQUETA GÓMEZ DE MUÑOZ (madre); en calidad de hijos de la víctima: SIGIFREDO RODRIGUEZ CALVACHE, ROBER WILLIAM RODRIGUEZ CALVACHE, LILIANA ANDREA RODRIGUEZ CALVACHE, ARBEY HERMEREGLIO RODRIGUEZ CALVACHE, JAMES ARIEL RODRIGUEZ CALVACHE, y, como hermanos: MARIA DILIA RODRIGUEZ GÓMEZ, ROSAURA RODRIGUEZ GÓMEZ, MARIA MARCIONILA MUÑOZ GÓMEZ y PRAXEDES MUÑOZ GÓMEZ, por privación injusta de la libertad,

quebrantamiento de derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar, al buen nombre y a la honra, de que fue víctimas (sic) HELIBRANDO (sic) RODRIGUEZ GÓMEZ, por presunta sindicación por porte ilegal de droga prohibida, (..)

SEGUNDA.- La NACION – MINISTERIO DE DEFENSA (Policía Nacional) y a LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN es administrativa y civilmente responsables de la totalidad de los daños causados a la (sic) señores: EDUARDO CALVACHE (víctima), MARIATERESA DE JESUS DELGADO GÓMEZ (esposa), quien además actúan (sic) por sus hijos menores de edad MARCELA CALVACHE DELGADO y ANGELA MADELIN CALVACHE DELGADO; ELVIA IRENE CALVACHE LOPEZ madre del inculgado y quien, además, representa a su hijo menor HERNAN SIGIFREDO ERASO CALVACHE; y los hermanos del afectado, mayores de edad: LIDEY SOFIA ERASO CALVACHE y AMANDA SENED CALVACHE LOPEZ, por privación injusta de la libertad, quebrantamiento de derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar, al buen nombre y a la honra, de que fue víctimas (sic) EDUARDO CALVACHE, por presunta sindicación por porte ilegal de droga prohibida, (..)

TERCERA.- Condénase (sic) a La NACION – Ministerio De Defensa (Policía Nacional) y a LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, a indemnizar y pagar a los señores: HELIBRANDO (sic) RODRIGUEZ GÓMEZ (víctima), ROVIRA DEL CARMEN CALVACHE DE RODRIGUEZ (esposa), ENRIQUETA GÓMEZ DE MUÑOZ (madre); en calidad de hijos de la víctima: SIGIFREDO RODRIGUEZ CALVACHE, ROBER WILLIAM RODRIGUEZ CALVACHE, LILIANA ANDREA RODRIGUEZ CALVACHE, ARBEY HERMERE GILDO RODRIGUEZ CALVACHE, JAMES ARIEL RODRIGUEZ CALVACHE, y, como hermanos: MARIA DILIA RODRIGUEZ GÓMEZ, ROSAURA RODRIGUEZ GÓMEZ, MARIA MARCIONILA MUÑOZ GÓMEZ y PRAXEDES MUÑOZ GÓMEZ, los daños morales, con el equivalente en pesos de valor constante, del mayor valor establecido en la Ley vigente al tiempo de la sentencia y/o el equivalente en pesos de la fecha de ejecución de la sentencia de lo que valgan mil gramos de oro fino para cada demandante, o de la suma mayor que se establezca y resulte de las bases del proceso.

CUARTA.- Condénase (sic) a La NACION – Ministerio De Defensa (Policía Nacional) y a LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, a indemnizar y pagar a la (sic) señores: EDUARDO CALVACHE (víctima), MARIATERESA DE JESUS DELGADO GÓMEZ (esposa), quien además actúan (sic) por sus hijos menores de edad MARCELA CALVACHE DELGADO y ANGELA MADELIN CALVACHE DELGADO; ELVIA IRENE CALVACHE LOPEZ madre del inculgado y quien, además, representa a su hijo menor HERNAN SIGIFREDO ERASO CALVACHE; y los hermanos del afectado, mayores de edad: LIDEY SOFIA ERASO CALVACHE y AMANDA SENED CALVACHE LOPEZ, los daños morales, con el equivalente en pesos de valor constante, del mayor valor establecido en la Ley vigente al tiempo de la sentencia y/o el equivalente en pesos de la fecha de ejecución de la sentencia de lo que valgan mil gramos de oro fino para cada demandante, o de la suma mayor que se establezca y resulte de las bases del proceso.

QUINTA.- Condénase (sic) a La NACION – Ministerio De Defensa (Policía Nacional) y a LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION, a indemnizar y pagar solidariamente a los señores: HELIBRANDO (sic) RODRIGUEZ GÓMEZ (víctima), ROBIRA DEL CARMEN CALVACHE (esposa de la víctima), la totalidad de los perjuicios materiales, causados por la privación injusta de la libertad de HELIBRANDO (sic) RODRIGUEZ GÓMEZ, desde el 5 de abril de 1993, hasta el doce (12) de Septiembre de 1994, fecha en la que la FISCALIA DELEGADA ANTE EL TRIBUNAL NACIONAL, confirma Sentencia de PRECLUSION proferida por (sic) FISCALIA REGIONAL DELEGADA ANTE LOS JUZGADOS REGIONALES CON SEDE EN CALI (..)

SEXTA.- La NACION – Ministerio De Defensa (Policía Nacional) y a LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACION, a indemnizar y pagar solidariamente a los señores: EDUARDO CALVACHE (víctima), y su esposa MARIATERESA DE JESUS DELGADO GÓMEZ, a (sic) igual que sus menores hijos representados por ellos LEYDI MARCELA CALVACHE DELGADO y ANGELA MADELIN CALVACHE DELGADO, la totalidad de los perjuicios materiales, causados por la privación injusta de la libertad de EDUARDO CALVACHE, desde el 5 de abril de 1993, hasta el doce (12) de Septiembre de 1994, fecha en la que la FISCALIA DELEGADA ANTE EL TRIBUNAL NACIONAL, confirma Sentencia de PRECLUSION proferida por (sic) FISCALIA REGIONAL DELEGADA ANTE LOS JUZGADOS REGIONALES CON SEDE EN CALI (..)

(..)”

Fundamento Fáctico.

Como fundamento de las pretensiones, los actores expusieron los hechos que la Sala sintetiza así:

El día 5 de abril de 1995, los señores Heldibrando Rodríguez Gómez y Eduardo Calvache se encontraban orando en la Iglesia “ La Merced” en la ciudad de Pasto, ubicados en la última banca del templo, cuando fueron abordados por agentes de la Policía Judicial, identificados como el Sub-Oficial Investigador Sg. Luis Miguel Rosero Tumber, el agente Luis Moreno Villacorte y el agente Luis Rosero Enríquez, quienes procedieron a requisarlos, sin encontrar nada relevante.

Sin embargo, a un metro de distancia de los hoy accionantes se encontraba una caja de cartón que resultó contener sustancia o base de cocaína, en una porción de 2727 gramos. Como consecuencia de lo anterior, los policiales retienen a los señores Heldibrando Rodríguez Gómez y Eduardo Calvache poniéndolos a disposición de la Policía Nacional – Unidad Investigativa Judicial, y el día siguiente fueron puestos a órdenes de la Fiscalía Regional de la ciudad de Pasto.

La captura de Heldibrando Rodríguez Gómez y Eduardo Calvache fue ilegal, según el dicho del actor, ya que los agentes de la Policía actuaron tan solo por el convencimiento de una extraña llamada anónima que recibieron, sin tener verdaderos elementos determinantes para la individualización e identificación de los sujetos, decidieron apresuradamente endilgarles la autoría del ilícito.

Luego de mantenerlos 17 meses privados de la libertad, la Fiscalía Regional de Cali por medio de la Resolución No. 108 de 9 de mayo de 1994 procedió a darles libertad inmediata a los demandantes y precluyó la investigación en su contra, toda vez que, determinó HILDEBRANDO RODRIGUEZ Y EDUARDO CALVACHE, nada tenían que ver con la droga ilícita que se incautó, y en consecuencia concluyó que no existía relación de causalidad entre el hecho y los procesados. Dicha decisión fue confirmada por el Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional mediante providencia de septiembre 12 de 1994. No obstante, se afirma en la demanda, que el despliegue periodístico fue abrumador, y en todos los medios de comunicación se identificó a los señores Heldibrando Rodríguez Gómez y Eduardo Calvache como delincuentes.

Por lo anterior, se afirma en la demanda, se causaron perjuicios irremediables en los grupos familiares que conforman los accionantes, hasta la fecha, pese a quedar demostrado que fueron ajenos a los hechos delictuosos no han podido retomar sus actividades, son tratados con menosprecio y desconfianza, pues ni siquiera se ha hecho una rectificación pública de lo que en realidad sucedió.

2. Actuación procesal en primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Nariño mediante providencia de 12 de mayo de 1995 admitió la demanda (Fl.48, c1), la cual se notificó a la Fiscalía General de la Nación el 9 de noviembre de 1995 (Fl.52, c1) y a la Policía Nacional el 17 de noviembre de la misma anualidad (Fl.53, c1).

En escrito del 6 de diciembre de 1995, la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional contestó la demanda dentro del término estipulado, argumentando que “ los miembros de la Policía Nacional pueden capturar a las personas, de quienes se tienen serios indicios de que están participando en la comisión de un ilícito y posteriormente colocarlos a disposición de la autoridad competente, indicios que en el caso de los demandantes eran serios por cuanto se hallaban en posesión de una caja que contenía droga ilícita y mas (sic) aun cuando estaban avalados por una llamada anónima” . Considera el demandado, que la actuación completamente legal realizada por la Policía “ no se desvirtúa por el hecho de que el proceso penal adelantado contra los demandantes hubiera concluido con cesación de procedimiento.” (Fls.58-63, c1)

Así mismo, la apoderada de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional solicitó que se llamara en garantía a los agentes de la Policía, los señores Luis Miguel Rosero Tumber, Luis Moreno Villacorte y Luis Gonzalo Rosero Enríquez, para que en el evento que la demandada resultare responsable, pueda repetir en todo o en parte contra los citados agentes. (Fl.70, c1) Dicho llamamiento, se declaró procedente por auto de 7 de diciembre de 1995(Fl.98, c1).

A su turno, la Fiscalía General de la Nación, el 6 de diciembre de 1995, contestó la demanda argumentando que no tenía responsabilidad en el caso que nos ocupa, (Fls.102-111, C1) concretamente manifestó lo siguiente:

“ (...) es el mismo apoderado de la parte actora, quien en el Capítulo III. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION. A. Derechos Fundamentales, Pagina 14, expresa, en razón a la verdad y a que él mismo reconoce la no responsabilidad de la entidad que represento: “ ...como en el caso en comento, de una detención ilegal, por carencia de flagrancia al momento de la captura y ante la ausencia de orden de autoridad competente, comprometiendo en un error judicial a la Fiscalía Regional del Valle, Delegada ante los Jueces Regionales, quien adelantó la investigación con base a los informes rendidos por el cuerpo de Investigación Judicial del Comando de la Policía de Nariño.”

(..)

Así las cosas, nunca se podrá predicar una falla del servicio o de la administración cuando el funcionario titular del despacho fiscal regional, tuvo que dar valor probatorio al informe de la Policía Nacional y a los testimonios y ratificación que del mismo hicieron los miembros de esa entidad que participaron en el operativo.”

Además, el apoderado de la Fiscalía General de la Nación consideró que debido a que los demandantes en forma repetitiva alegaron que algunos medios de comunicación les causaron un daño injustificado cuando se realizó el despliegue informativo de la noticia, solicitó que se hiciera un llamamiento en garantía a todos los medios de comunicación que el apoderado de la parte actora cita en el libelo de la demanda (Fl.109, c1). Dicho llamamiento, fue admitido por el Tribunal de Nariño, en providencia del 6 de marzo de 1996 (Fls.159-162, c1), en la que se declaró procedente para los siguientes diarios: Diario del Sur, Diario El Tiempo, Periódico el Espectador, Periódico el País, Periódico el Occidente, Periódico El Espacio, y por último a la Compañía Aseguradora Gran Colombia S.A.; y para las siguientes emisoras: Caracol de Pasto, Radio Cadena Nacional RCN, Circuito Radial “ Voz del Galeras” , Colmundo Radio S.A., Ondas del Mayo y Sistema Súper Radio Viva, todos con sede en la ciudad de Pasto.

Los llamados en garantía por parte de la Policía Nacional, los señores Luis Miguel Rosero Tumber, Luis Moreno Villacorte y Luis Gonzalo Rosero Enríquez, por medio de apoderada contestaron la demanda el 13 de febrero de 1996 (Fls.129-142, c1), argumentando que la captura de los demandantes no fue injusta o ilegal, toda vez que los accionantes fueron sorprendidos en flagrancia permitiendo así que fueran aprehendidos por los agentes, amparado lo anterior en el artículo 370 del C.P.P. La apoderada de los llamados en garantía arguye que “ la doctrina ha sostenido (...) que ser sorprendido se entiende que posea cosas o elementos que hagan presumir que un individuo ha cometido el delito, que exista percepción de la acción del delito a la percepción de una conducta, o en general de un estado de la persona, de donde surge la presunción de que haya cometido poco antes el delito” . Entonces, bajo esta lógica, debe entenderse que la percepción se realizó por la persona que llamó a denunciar los hechos, los que fueron comprobados en el operativo policial que tuvo resultados positivos.

En otras palabras, de acuerdo con los llamados en garantía el operativo que se llevó a cabo estaba justificado por las siguientes causales: “ 1. Que se obró en cumplimiento de preceptos constitucionales, legales y reglamentarios (...); 2. Se encontraban obedeciendo órdenes de sus superiores jerárquicos (...); 3. Atendieron un clamor ciudadano, ya que fue la llamada telefónica la que puso en ejercicio la actividad de los uniformados (...); 4. Actuaron en estricto cumplimiento de un deber legal, de una actividad lícita y en su condición de servidores de benemérita y sacrificada institución (...); y por último, 5. Los agentes se presentaron al lugar de los acontecimientos, sin ningún ánimo dañino, ni retaliatorio o de venganza contra quienes presuntamente se vincularon (...).” (Fl.136, c1)

Así mismo, los diarios y emisoras llamadas en garantía contestaron la demanda, el 14 de junio de 1996 la representante legal del Circuito Radial “ Voz del Galeras” presentó su escrito de contestación, aclarando que su representada es un medio de comunicación que recibe información y está obligada a difundirla de forma veraz y oportuna, en el presente caso tan solo se dio lectura al comunicado oficial de prensa proferido por la

Policía Nacional, por lo tanto, a su juicio no puede predicarse responsabilidad alguna de ésta institución (Fls.191-194, c1). En el mismo sentido y en la misma fecha, la emisora Sistema Súper Radio Viva dio contestación a la demanda, y adicionalmente resaltó que carece de capacidad para ser parte, toda vez que no tiene existencia legal como persona jurídica (Fls.200-201B, c1).

La Aseguradora Grancolombiana S.A. se pronunció respecto al libelo de la demanda el 18 de junio de 1996, argumentando que no existe ningún vínculo contractual entre la entidad y los demandados en el proceso, y menos aún con los diferentes diarios y emisoras llamadas en garantía, por lo tanto, presenta como excepción la inexistencia de la obligación (Fls.203-206, c1). El apoderado de la emisora “ Ondas del Mayo” , el 21 de junio de 1996 consideró que “ mi representada es ajena al origen o fuente de la aprehensión y a la investigación subsiguiente, amén de que aun que (sic) se hubieran emitido noticias al respecto, se trataba entonces de hechos cumplidos por las autoridades u organismos oficiales demandados (...)” (Fls.221-223, c1).

La radiodifusora Caracol de Pasto impugnó el llamamiento en garantía el 21 de junio de 1996, manifestó que la Fiscalía General de la Nación no tenía derecho ni vínculo contractual para llamarla en el proceso, y concluyó que “ en el caso sub-examine hubo una captura, una incautación de cocaína y un proceso. Si de eso se dió (sic) noticia, no se ha hecho otra cosa que ejercer el derecho fundamental de informar.” (Fls.224-227, c1). En la misma fecha, por medio de apoderado, la Radio Cadena Nacional RCN contestó la demanda alegando que la simple mención que hacen los demandantes en su libelo no constituye prueba siquiera sumaria de responsabilidad por parte de la emisora, el apoderado aclaró que en ningún momento se informó sobre la captura de los presuntos sindicados Rodríguez y Calvache (Fls.231-236, c1).

En escrito del 21 de junio de 1996, la estación Colmundo Radio S.A. se opuso al llamamiento en garantía aduciendo que no existe ningún elemento probatorio que comprometa la responsabilidad de la entidad, a su juicio, no se perjudicó a personas involucradas en investigaciones que adelantan exclusivamente la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación (Fls.237-241, c1). Así mismo, el apoderado de la casa editorial El Tiempo Ltda. insiste que el llamamiento en garantía no debió proceder ya que no existe ninguna relación contractual entre su representada y la Fiscalía General de la Nación, en su concepto la actuación de la editorial fue diligente y consecuente con la información recibida (Fls. 248-259, c1).

Por escrito del 14 de agosto de 1996, el diario El Espectador expresó lo siguiente: “ (...) la publicación de la noticia se fundamentó en una fuente seria y responsable proveniente de origen oficial, nada más y nada menos que de un boletín extraordinario de prensa emitido por la propia Policía Nacional de fecha 6 de abril de 1993, por medio del cual se permitió ‘ informar a la opinión pública’ (...) Si el boletín extraordinario de prensa de

la Policía Nacional falta a la verdad, la responsabilidad que se derive del mismo recae única y exclusivamente en sus autores (...)” (Fls.300-305, c1).

Apoyando la mencionada posición, la sociedad El País S.A. el 24 de septiembre de 1996 contestó la demanda y recalcó que éste medio informativo solo cumplió con la tarea de informar lo ocurrido de acuerdo con el boletín entregado por la Policía Nacional, el apoderado de la entidad considera que no es función de la misma verificar si la información oficial es correcta o no porque se presume que cualquier información que provenga del Estado es plenamente verás e imparcial, los accionantes podían ejercer su derecho de rectificación pero en este caso no existe constancia que efectivamente lo hicieron (Fls.342-350, c1).

La sociedad El Espacio J. Ardila C. y CIA S.C.A., llamada en garantía, el 10 de octubre de 1996 propuso las excepciones de inexistencia del demandado, notificación a persona distinta y la inexistencia de la obligación, toda vez que la entidad es totalmente extraña a los asuntos que son objeto de decisión en el presente proceso (Fls.369-374, c1). A su vez, el periódico Occidente mediante apoderado el 19 de septiembre de 1996, se opuso a las pretensiones de la demanda y manifestó que el llamamiento en garantía que se realizó carece de fundamento jurídico y resulta improcedente (Fl.452, c1).

Por último, debido a que no había comparecido al proceso, se designó curador ad-litem para la casa editora del Diario del Sur (Fls.503-505, c1) y el 20 de abril de 1999 el curador presenta su escrito de contestación acogiendo todos los argumentos expuestos por los demás llamados en garantía y concluyendo que: “ salta a todas luces de conformidad con la jurisprudencia reseñada que nunca debió operar el llamamiento en garantía en contra de mi representada pues su convocatoria a éste proceso desconoce los lineamientos de la institución.” (Fls.509-519, c1)

Agotada la etapa probatoria, a la que se dio inicio, mediante auto de 28 de septiembre de 2000 (fl.542, c1), se fijó para el día 5 de diciembre de 2002 la audiencia de conciliación (fl.635, c1), la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional solicitó aplazamiento (fl.699, c1), sin embargo, la audiencia se realizó en la fecha establecida pero no se llegó a ningún acuerdo debido a que el Comité de Conciliación de la entidad no había estudiado el presente caso y además la Fiscalía General de la Nación manifestó no tener ánimo conciliatorio (fls.703-708, c1).

Por auto del 11 de febrero de 2003 (fl.802, c1) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

El apoderado de los demandantes el 28 de febrero de 2003 presentó su escrito de alegatos arguyendo que los hechos generadores del daño se traducen en dos: el primero, la actuación apresurada y deficiente del cuerpo de agentes de la Policía Nacional; y el segundo, la detención prolongada arbitraria e injusta por parte de la Fiscalía General de la Nación, por lo tanto, a su juicio, se encuentra plenamente demostrada la falla del servicio (Fls.838-844, c1).

Los llamados en garantía presentaron alegatos. El 23 de febrero de 2003, por medio de apoderada, la Aseguradora Grancolombiana S.A. reitero que no existe entre la compañía y las partes en el proceso ninguna relación de la que pueda derivarse responsabilidad, aduce que su vinculación al proceso es resultado de un error (Fls.836-837, c1). A su vez, la apoderada de la sociedad editora de El Espectador, el 28 de febrero de 2003 (fls.827-828, C1) ratifica las razones esgrimidas en la contestación de la demanda, y solicita nuevamente negar las pretensiones teniendo en cuenta que los medios de comunicación hicieron sus publicaciones conforme al comunicado de prensa de la Policía Nacional. En el mismo sentido y en la misma fecha, la casa editorial El Tiempo S.A. presentó argumentos similares a los mencionados anteriormente y anotó que “ no aparece probado en el proceso la relación de causalidad entre la eventual participación de EL TIEMPO en los hechos que se invocan constitutivos de daño, lo cual, se insiste, hace imposible condenar en forma alguna” a la entidad (Fls.845-847, c1).

Así mismo, la Fiscalía General de la Nación el 25 de febrero de 2003 insistió en los argumentos de su contestación, y concluyó que “ es claro que la detención del señor HELDIBRANDO RODRIGUEZ GÓMEZ, no tenía la connotación de detención injusta como lo prevé el referido artículo 414 y en consecuencia, el daño que pudo sufrir el sindicado al ordenarse su detención, no tenía la categoría de antijurídico por lo que se encontraba en el deber de soportar las consecuencias de la actividad judicial como quiera que en la investigación penal sí existían indicios graves de responsabilidad en su contra.” (fls.804-815, c1)

En esta instancia el Agente del Ministerio Público guardo silencio.

3. Sentencia de primera instancia.

La Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Nariño, en sentencia del 1 de agosto de 2003 (fls.890-905, Ppal.) resolvió conceder parcialmente las súplicas de la demanda, con fundamento, entre otros, en los siguientes argumentos:

“ Conocidos los antecedentes de la privación de la libertad no cabe en este caso asimilarla por lo prolongada a una carga que todas las personas deben soportar por igual, porque se halla la Sala ante un caso típico de sometimiento de dos ciudadanos a un padecimiento especial de los servicios coercitivos del Estado, en desarrollo de una actividad lícita que ejercen en beneficio de toda la sociedad; pues la orden de retención de los sindicatos, la definición de su situación jurídica y en general, la adopción y desarrollo mismo del respectivo proceso, no aparece tramitado con seriedad, idoneidad y eficacia, porque de haber sido así, desde el principio de la investigación pudo haberse resuelto la detención preventiva dentro de los términos que le confiere la ley al instructor y evitado así, los daños materiales y morales que origina cuando se rebasa los (sic) señalado por la ley, sin causa justificada alguna.

(..)

Es inaceptable que la falta de actividad probatoria por parte del Estado la tenga que soportar, privado de la libertad el sindicato, cuando precisamente del cumplimiento de esa función, depende el buen éxito de la investigación, y desde luego, solamente con una adecuada prueba, indicio grave de responsabilidad, es procedente la imposición de la medida de aseguramiento, pues la sospecha, sin prueba que la soporte, no existe en el ordenamiento normativo vigente como factor incriminatorio y mucho menos justifica la privación de la libertad de una persona.”

Por lo tanto, el Tribunal considera que:

“ El acervo probatorio que el informativo presenta indica un daño cierto y personal con la detención injusta, sobre cuya ocurrencia no cabe duda alguna. Corre a cargo de las entidades demandadas la responsabilidad administrativa. La Nación. Ministerio de Defensa – Policía Nacional, en las diligencias iniciales, por su proceder en la captura, retención sin mayor análisis probatorio y propiciar con la expansión publicitaria de los medios el enjuiciamiento injustificado de quienes nada tuvieron que ver con la posesión de la mercadería ilícita, en una actuación que contribuyó a determinar con eficacia la producción del hecho dañoso; de la misma manera la Fiscalía General de la Nación, con su actitud de admitir como cierta la sindicación de la Policía con la sola incriminación de sus agentes de los ciudadanos que supuso eran los implicados y mantener sin justa causa la privación de su libertad, con la prolongación del proceso penal sin motivo, conocida como se hallaba desde un principio la carencia de prueba (sic) del hecho que se les atribuía a los acusados.”

En relación con los llamados en garantía, determinó que los medios de comunicación no tenían ninguna responsabilidad, pero respecto de los agentes de la Policía que habían sido llamados, si ordenó que respondieran cada uno de ellos en un 25% de lo efectivamente pagado. Los racionios para sustentar esta condena se expusieron en los siguientes términos:

“ Fueron llamados en garantía por la Nación Ministerio de Defensa- Policía Nacional, señores LUIS MIGUEL ROSERO TUMBET, LUIS MORENO VILLA CORTE Y LUIS GONZALO ROSERO ENRIQUES, las prpersonas relacionadas en auto de 6 de marzo de 1996 (C1-159/162), de (sic) los cuales deben responder los primeros más no los medios de información porque quien los llama en garantía no tienen ninguna relación institucional con ellos. La implicación de los dos ciudadanos que fueron capturados por los efectivos de seguridad de la Policía y presentados como responsables ante la opinion pública, sin deini su participación con los elementos ´tecnicos y científico que tuvieron a su alcance..”

En otro aparte del fallo sobre este mismo afecto se afirma:

“ ... pues es ostensible la culpa grave en que incurieron los agentes de la Policía con la sindicación apresurada de dos personas que nada tuvieron que ver con el ilícito investigado, cuando en realidad pudieron determinar desde el comienzo del operativo la identificación de los pooseedores del alijo con las técnicas de la investigación criminal que disponen los organismos de seguridad del Estado, pero no lo hicieron...” . (fl. 960 c.ppal).

4. El recurso de apelación.

Mediante escrito del 21 de agosto de 2003, la parte demandada, Fiscalía General de la Nación, presentó recurso de apelación contra la sentencia del 1 de agosto de 2003, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Nariño. (Fl.909, Ppal.).

En auto del 5 de septiembre de 2003 el Tribunal Administrativo de Nariño concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación presentado oportunamente por la parte demandada(fl.911, Ppal.).

Como sustentación del recurso de apelación el apoderado de la Fiscalía General de la Nación, expuso: (Fls.918-925, C.ppal.)

“ (...) tampoco es predicable una falla del servicio o de la Administración, pues el Fiscal Regional, tuvo que darle valor probatorio al informe de Policía Nacional y a los Testimonios y ratificación que del (sic) mismo hicieron los miembros de esa Entidad que participaron en el operativo, quienes incautaron una caja con droga cerca de las personas capturadas.

(..) la obligación de la Fiscalía era la de investigar y esclarecer los hechos, dadas las pruebas que le presento (sic) la Policía y las otras que recaudó debió ordenar la detención preventiva, pues es la única medida de aseguramiento que procedía de acuerdo al delito investigado, tal decisión como se dijo anteriormente fue soportada al encontrarse un indicio grave de la responsabilidad de los hoy demandantes señor HELDIBRANDO RODRIGUEZ GÓMEZ y otro, la fiscalía continuó recaudando pruebas y existiendo suficiente prueba para calificar el mérito probatorio resolvió precluir la investigación, a favor de los sindicatos Heldibrando Rodríguez Gómez y Eduardo Calvache, por considerar que los mismos no cometieron la conducta que se les endilgó.

(..)

Con fundamento en lo anterior, es claro que la detención del señor HELDIBRANDO RODRIGUEZ GÓMEZ y otro, no tenía la connotación de detención injusta y en consecuencia, el daño que pudo sufrir el sindicato al ordenarse su detención, no tenía la categoría de antijurídico por lo que se encontraba en el deber de soportar las consecuencias de la actividad judicial como quiera que en la investigación penal sí existían indicios graves de responsabilidad en contra de los investigados.”

Y concluye que:

“ El hecho de que se haya precluido la investigación y no haber tomado otra decisión en contra de los investigados, no indica responsabilidad de la entidad, o estaríamos frente a la absurda creencia de siempre condenar a los investigados y de paso privar a la entidad de investigar hechos ilícitos como el que nos ocupa, buscar y encontrar la verdad como ocurrió, pronunciándose en forma legal.”

5. Actuación en segunda instancia.

Recibido el expediente en esta Corporación, en auto del 2 de diciembre de 2003 (fl.917, Ppal.) se dispuso correr traslado por el término de 3 días para que el recurrente sustentara el recurso, el 19 de enero de 2004 presentó la sustentación (Fls.918-925, C.ppal.); acto seguido, el 6 de febrero de 2004 (fl.927, Ppal.) se admitió el mismo. En proveído del 26 de marzo de 2004 (fl.930, Ppal.) se dispuso correr traslado a las partes por el término de 10 días para presentar alegatos de conclusión.

El demandado Nación-Fiscalía General de la Nación presentó alegatos reiterando lo dicho en las instancias anteriores y resaltando que “ el sindicato y su defensor hubiesen perfectamente podido hacer uso del control de legalidad de la medida de aseguramiento de detención preventiva” , el apoderado de la entidad considera que la detención preventiva que se impuso contra los accionantes no fue injusta ni desproporcionada, se cumplieron todos los requisitos legales para decretarla, en consecuencia, no puede predicarse responsabilidad patrimonial de su actuación (Fls.392-397, Ppal.).

La sociedad El Espacio J. Ardila C. Y CIA. S.C.A., llamada en garantía en el proceso de la referencia, presentó escrito de alegatos y recordó que la Fiscalía General de la Nación no allegó documento alguno que acreditara la existencia y representación del periódico El Espacio, y mucho menos la prueba sumaria para poder llamarla en garantía, por último, solicita que se mantenga la decisión del Tribunal de primera instancia (Fls.399-402, Ppal.). Por su parte, la Aseguradora Grancolombiana S.A., el 27 de abril de 2004 expuso los mismos argumentos utilizados en primera instancia y puso de presente que, pese a que esta entidad no fue llamada en garantía por ninguna de las partes, en el auto en que se decretó el llamamiento el Tribunal la incluyó en tal condición, y que la misma contestó la demanda y el llamamiento; en consecuencia solicita que se le exonere de toda responsabilidad. (Fls.398-398A, Ppal.).

En esta instancia, el accionante guardó silencio.

El Ministerio Público emitió el concepto No.4-82, en el que analiza la responsabilidad administrativa de cada una de las entidades demandadas, y manifiesta lo siguiente:

“ (...) la responsabilidad administrativa del Ministerio de Defensa, Policía Nacional, no puede resultar comprometida en el asunto sub judice toda vez que la actuación de los agentes que realizaron el procedimiento de aprehensión estuvo ajustada a la ley, esto es, no existió de su parte omisión o desbordamiento de acción que merezca ser calificada de inconstitucional o de ilegal y, por ende, como constitutiva de falla del servicio, de suerte que la sentencia apelada merece ser revocada en el sentido de

exonerar tanto a la entidad demanda como a los policiales vinculados en calidad de llamados en garantía, (..)”

Sin embargo, en lo que respecta a la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, afirmó que:

“ (..) en efecto la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Fiscalía General de la Nación debe resultar comprometida en el asunto sub judice, pues si bien al momento de la captura existía un indicio que llevaba prima facie a considerar que los aprehendidos podrían haber cometido un ilícito, prontamente la prueba demostraba que el hecho indicador había sido desvirtuado, y en consecuencia a partir de allí ha de predicarse que la afectación a la libertad de locomoción se convirtió en antijurídica pues ya los detenidos no se hallaban en el deber de soportar esta carga.” (Fls.403-418, C.ppal)

El 17 de junio de 2004, el expediente entró al despacho para elaborar el proyecto de sentencia (fl. 419 C.ppal). El 23 de septiembre de 2010, el proceso fue reasignado al despacho del Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Fl.420 C.ppal).

Mediante auto del 21 de octubre de 2013, se dispuso que se diera cumplimiento a lo previsto en el artículo 47 del Código de Procedimiento Civil, como quiera que en los poderes se manifestó que el demandante HELDIBRANDO RODRIGUEZ GOMEZ, actuaba como agente oficioso de los también demandantes SIGIFREDO RODRIGUEZ CALVACHE Y ROSAURA RODRIGUEZ GÓMEZ; de la misma forma se ordenó

a la señora ELVIA IRENE CALVACHE LÓPEZ quien manifestó actuar como agente oficioso de AMANDA CENETH CALVACHE LÓPEZ (fl. 445 c.ppal).

EL Apoderado judicial de los demandantes prestó la caución a que hace referencia el artículo 47 del Código de Procedimiento Civil, y presentó el poder suscrito por SIGIFREDO RODRIGUEZ CALVACHE Y AMANDA CENETH CALVACHE, RATIFICANDO la actuación del agente oficioso procesal.

En relación con la la señora ROSAURA RODRIGUEZ GÓMEZ, se aportó su registro civil de defunción (fl. 457 C.ppal), y se presentó el poder conferido por JORGE HERNANDO MUÑOZ RODRIGUEZ Y AIDE MUÑO RODRIGUEZ, en el que solicitan se les tenga como sucesores procesales de su causante, que fue demandante a través de la agencia oficiosa procesal. Para el efecto aportaron sendas copias auténticas de sus registros civiles de nacimiento. (Fls. 458-460 c.ppal).

Pese a que el término para alegar de conclusión había vencido el 17 de junio de 2004, la apoderada de la Policía Nacional, presenta de forma extemporánea un escrito de alegatos el 13 de noviembre de 2013 (fls. 461-464 C.ppal).

Mediante providencia del 13 de enero de 2014, se reconoció al abogado AUGUSTO RIASCOS SARAMA, como apoderado de los demandantes SIGIFRIDO RODRIGUEZ CALVACHE, AMANDA CENETH CALVACHE, JORGE HERNANDO MUÑOZ RODRIGUEZ Y AIDE MUÑOZ RODRIGUEZ, estos dos últimos en condición de sucesores procesales de ROSAURA RODRIGUEZ DE MUÑOZ.

CONSIDERACIONES

1. 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 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 Estado^[1].

El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por el apoderado de la Fiscalía General de la Nación, en el recurso de apelación único, conforme a lo previsto por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil^[2]; específicamente se concretará en verificar si la actuación de la Fiscalía generó una privación injusta de la libertad; o si por el contrario, como lo afirma el recurrente, el ente acusador obró dentro de sus competencias legales y las personas que fueron detenidas deben asumir la carga de su detención.

2. Objeto del recurso

Como se expuso precedentemente, el recurso se concreta en afirmar que el proceder de la Fiscalía General de la Nación fue acorde con la ley, toda vez que a dicha entidad se le entregaron los elementos incautados, el acta de incautación, las personas que fueron capturadas y las ratificaciones de los miembros de la Policía que realizaron la captura; en ese orden de ideas, concluye el apoderado recurrente que no le es indilgible responsabilidad alguna a esta entidad demandanda.

3. Petición del Ministerio Público

Previamente a determinar el problema jurídico que subyace en los argumentos en que se sustenta el recurso de apelación, la Sala estima oportuno pronunciarse sobre la solicitud del Ministerio Público, en el sentido de revocar la sentencia, en cuanto a la declaratoria de responsabilidad por parte de la Policía Nacional. El Procurador Delegado manifiesta que la Sala puede resolver el recurso sin límites, atendiendo a que la condena impuesta en la sentencia de primera instancia se impone contra dos entidades, una de las cuales no apeló, por lo cual respecto de ésta se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta. A este respecto la Sala determina que no le asiste razón al Ministerio Público, toda vez que la norma que consagra la consulta, contempla como única hipótesis que el fallo respectivo no haya sido apelado. En efecto, el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo establece:

“ Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier Entidad Pública, que exceda de trescientos salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas” .

Con base en la norma que se acaba de transcribir, resulta claro que la misma no es aplicable al caso concreto, toda vez que el fallo de primera instancia si fue apelado, y solo fue apelado por la parte demandada; por lo tanto, la Sala tendrá que tener en consideración únicamente los argumentos esgrimidos por la Fiscalía General de la Nación en el recurso. Ahora bien, el hecho de que la parte demandada haya estado integrada por dos entidades públicas, y solo una de ellas, como en efecto ocurrió, fue la que interpuso el recurso de apelación, no significa que respecto de la otra se debe entender que el fallo debe ser consultado^[3], pues la parte demandada es una sola, al margen del número de sujetos que la conformen. En este orden de ideas, no procede la revocatoria de la sentencia en el sentido solicitado por el Ministerio Público.

4. Problema Jurídico

De los argumentos establecidos en el recurso de alzada, se desprende que el problema jurídico a resolver es sí en el caso sub judice, la privación de la Libertad de los Señores Heldibrando Rodríguez Gómez y Eduardo Calvache, fue injusta; y en consecuencia, si este daño antijurídico le es imputable a la Fiscalía General de la Nación.

A efectos de resolver el anterior interrogante, la Sala en primer lugar examinará los elementos que configuran la responsabilidad del estado, a continuación el régimen aplicable a la responsabilidad por privación injusta, luego se reseñaran los hechos probados, y finalmente, se hará el análisis del caso concreto de dicho régimen al caso concreto.

5. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” [4] de la responsabilidad del Estado[5] y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados[6] y de su patrimonio[7], sin distinguir su condición, situación e interés[8]. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos” [9]. Así también lo sostiene otro sector de la doctrina:

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad[10]; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público” [11].

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución Política, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado[12] tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública[13] tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo[14].

En cuanto a la imputación, se exige analizar dos esferas: la fáctica y la jurídica; en ésta última se determina la atribución conforme a un deber jurídico, que opera de acuerdo con los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla en la prestación del servicio, daño especial y riesgo excepcional. Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, a este respecto en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene:

“ La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen” [\[15\]](#).

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad[\[16\]](#), según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe cargarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica[\[17\]](#). Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “ estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas” [\[18\]](#).

En este orden de ideas, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “ parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones” [\[19\]](#). Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “ atribución” , lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “ cuándo un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta” [\[20\]](#).

Esto, sin duda, es un aporte, que se encuentra descrito por Larenz cuando afirma la necesidad de “ excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar” [\[21\]](#). Con lo anterior, se logra superar definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no[\[22\]](#). Es más, se sostiene doctrinalmente “ que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños” [\[23\]](#).

Esta tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación -desde la perspectiva de la imputación objetiva- a la posición de garante de la administración, donde la exigencia del principio de proporcionalidad^[24] es necesario para considerar si había lugar a la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico y así motivar el juicio de imputación.

“...hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del Estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos^[25] ^[26].

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante” ^[27].

Dicha formulación no supone, y en esto es enfática la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal^[28], teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales” ^[29].

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que una vez demostrado el daño antijurídico, se analice la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. La atribución jurídica debe hacerse en un solo título de imputación; en primer lugar, debe examinarse en cada caso si el elemento fáctico constituye una falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos^[30], que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

En segundo lugar, si no es posible atribuir la responsabilidad al Estado por la falla en el servicio, debe examinarse a continuación si los elementos fácticos del caso concreto permiten la imputación objetiva, a título de daño especial o riesgo excepcional.

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

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico).

Bajo la anterior óptica la Sala estudiará el asunto, previo análisis del material probatorio.

6. La responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por la Administración de Justicia.

Antes de cualquiera otra consideración resulta necesario precisar que este caso se debe analizar a la luz de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el cual garantizó la reparación a favor de la persona que hubiere sufrido un daño antijurídico por la acción u omisión de las autoridades públicas, en ejercicio o con ocasión de sus funciones judiciales o jurisdiccionales, y de conformidad con lo previsto en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. Si bien es cierto con posterioridad se expidió la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, esta normatividad no tendrá aplicación al caso sub iudice, toda vez que en esta oportunidad se discute la existencia de una responsabilidad por hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley Estatutaria

En efecto, al ejercer el control de constitucionalidad del artículo 66 de la ley 270 de 1996, la Corte Constitucional^[31] indicó que el fundamento del mismo se encontraba en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, entre otros; pero precisó que el término “ injustamente” , que calificaba la ley a la privación de la libertad, debía entenderse referido a una actuación totalmente desproporcionada, grosera y violatoria de los procedimientos legales, evento en el cual se podría deducir que la privación de la libertad no sería apropiada, razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria.

Para el Consejo de Estado el pronunciamiento de la Corte Constitucional permitió que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad también quedara comprendida dentro del supuesto del error jurisdiccional, previsto en el artículo 66 de la Ley 270 de 1996, razón por la cual la Sección Tercera de la Corporación precisó que el análisis de los eventos en los cuales se demandara por los daños ocasionados por la Administración de Justicia, abarcaría todos los daños antijurídicos imputables al Estado, causados por la acción o por la omisión de las autoridades públicas, así como la responsabilidad objetiva prevista en las hipótesis consagradas en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991. Así se explicó en sentencia del 2 de mayo de 2007:

“ Respecto del mismo artículo, la Sala ha considerado que su interpretación no se agota en la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por detención injusta, cuando ésta sea ilegal o arbitraria. En jurisprudencia reciente, se ha determinado que las hipótesis de

responsabilidad objetiva, también por detención injusta, contempladas en el derogado artículo 414 del decreto 2700 de 1991, mantienen vigencia para resolver, de la misma forma, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones de la libertad en las cuales se haya arribado a cualquiera de los tres supuestos a los que hacía referencia la citada disposición. Es decir, que después de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta “ porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible” , se configura un evento de detención injusta” [32].

Ahora, el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 [33], contenido del anterior Código de Procedimiento Penal, imponía la obligación al Estado de indemnizar en los eventos de privación injusta de la libertad, siempre que se configuraran las causales allí descritas: (i) que el hecho no existió; o (ii) que el sindicado no lo cometió; o (iii) que la conducta no constituyera hecho punible.

Al interpretar dicha norma, la Sala adoptó diversas posiciones:

Inicialmente, la Sección Tercera consideró en reiteradas providencias [34], que debía aplicarse la teoría “ subjetiva o restrictiva” , según la cual, la responsabilidad del Estado estaba condicionada a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir, a la demostración del error jurisdiccional. Sostenía, además, que la investigación de un delito, ante la presencia de indicios graves y serios contra el sindicado, era una carga que todas las personas debían soportar por igual, sin que su absolución fuera suficiente para considerar indebida la detención.

Luego, en otras oportunidades [35], la Sala sostuvo que la responsabilidad del Estado en estos casos era “ objetiva o amplia” , es decir, que no se requería la existencia de una falla del servicio, y que se configuraba cuando la persona privada de la libertad era absuelta por providencia judicial, sin que hubiera lugar a valorar la conducta de la autoridad que ordenó la detención.

Cabe precisar que, en aplicación de esta segunda tesis, la Sala acogió varios criterios:

En varias providencias [36] se afirmó que la responsabilidad del Estado era objetiva y se configuraba cuando se demostraba que la absolución del sindicado obedecía a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible. Se dijo además, que en aquellos casos en que no se lograba demostrar que la absolución tuviera como fundamento alguno de los mencionados supuestos, la

responsabilidad ya no era objetiva y el demandante debía acreditar el error jurisdiccional, derivado del carácter injusto e injustificado de la detención y, por lo tanto, se debía entrar a estudiar la conducta del juez para deducir la existencia de una falla del servicio.

Y en providencia del 18 de septiembre de 1997^[37], la Sala amplió la responsabilidad objetiva en estos casos. Se dijo que el daño se configura no solo ante la ocurrencia de los 3 supuestos previstos en el artículo 414 del C. de P. P., sino también cuando la absolución del sindicado se producía por la aplicación del principio del “ in dubio pro reo” , pues en los casos de duda sobre la responsabilidad penal de un sindicado, que conlleven a su absolución, debía entenderse que la privación de la libertad era injusta, en aplicación de los principios de buena fe y de presunción de inocencia y que esa situación constituía uno de los elementos de la responsabilidad como es el daño.

Luego la Sala precisó en sentencia del 20 de febrero de 2008^[38], que el daño también se configura cuando la persona privada de la libertad, era absuelta por razones diferentes a las causales previstas en el artículo 414 del C. de P. P. o al in dubio pro reo. En esa oportunidad, se declaró la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona que fue absuelta porque se configuró la causal de justificación de estado de necesidad.

En síntesis, en los eventos en que se demuestra que la privación de la libertad fue injusta, se está ante un daño imputable al Estado, que debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, así las razones de absolución o de preclusión de la investigación no obedezcan a ninguna de las causales previstas en el artículo 414 del antiguo C. de P. P. como causales de responsabilidad objetiva, o al in dubio pro reo.

Lo anterior cobra mayor sustento si se tiene en cuenta que los sindicados y los acusados, a quienes se les priva de su libertad, no tienen la condición de condenados, y en muchos eventos la detención encuentra sustento en meras sospechas, circunstancia que trastorna no solamente a los detenidos, sino a su núcleo familiar. Por lo tanto, es dable concluir que la reparación del daño – privación injusta de la libertad – es un derecho que tienen las personas que son detenidas y que finalmente son absueltas, por cualquier causa, siendo los casos en que opera el principio del in dubio pro reo, aquellos en que se evidencia la inoperancia de los entes a cargo de llevar a cabo la respectiva investigación.

No obstante todo lo anterior, cabe precisar que las pretensiones pueden no prosperar cuando se encuentre que la causa exclusiva del daño lo fue el hecho de la víctima^[39], puesto que la imputación no se configura cuando se demuestra que el daño provino de una causa extraña^[40], máxime

cuando el artículo 414 del C. de P.P., señala que la indemnización a favor de quien estuvo privado injustamente de la libertad, está condicionada a que el detenido no hubiere dado lugar a ésta por dolo ó por culpa grave.

Se tiene por tanto que, de conformidad con lo previsto en la ley, la persona que es privada de la libertad debe asumir los efectos nocivos de esta circunstancia cuando se demuestre que la misma provino de sus propios actos. Es este un desarrollo normativo del principio según el cual a nadie le es dable alegar su culpa en beneficio propio. Así lo entendió la Sala en sentencia del 9 de junio de 2005, cuando afirmó:

“ Aunque no se desconoce que la potestad punitiva está en manos del Estado y no de los particulares, lo cual era aún más claro en el momento en que se adelantó la investigación, lo cierto es que no le es dable a los particulares contribuir a generar “ errores” para luego aprovecharse de ellos y obtener un lucro económico. En estas condiciones, se considera que el daño que sufrieron los demandantes al haber sido privados de la libertad como consecuencia de la medida de aseguramiento dictada en un proceso penal adelantado por una conducta “ erradamente” tipificada es atribuible a ellos y por lo tanto, se rompe así el nexo causal entre dicho daño y la actuación estatal” [41].

En sentencia del 13 de mayo de 2009, la Sala reiteró la anterior postura, al considerar que la privación de la libertad de la que fue objeto un agente de policía no era imputable al Estado, en consideración a que la conducta de la propia víctima fue determinante y exclusiva en la adopción de la medida que ordenó la detención. En esa oportunidad se explicó:

“ No obstante lo anterior, la Sala advierte que en este caso se configura la causa excluyente de imputación, cual es el hecho exclusivo y determinante de la víctima, el agente de policía José Reinaldo Giraldo Henao, quien adoptó un comportamiento imprudente y negligente que produjo de forma exclusiva la privación de su libertad.

En efecto, el señor Giraldo Henao dio lugar a su propia detención, si se tiene en cuenta que (i) No legalizó la retención, como lo evidencia el propio juez que lo absolvió (fols. 26 a 57 y 60 c. 1); y (ii) faltó a la verdad sobre los hechos investigados, tal como se observa de las providencias penales.

(..). La privación de la libertad del señor Álvarez Rodríguez por parte los Agentes de Policía, ilegal o justificada, los compelia a registrar la captura, a ponerlo a disposición de las autoridades competentes y a garantizar su seguridad. Por lo tanto, el hecho de que el Agente Giraldo hubiera participado en la retención y omitido lo previsto en la ley para estos casos, fue determinante y exclusiva en la adopción de la medida que ordenó la privación de su libertad. Ese comportamiento fue irregular, como lo fue el haber mentido durante la investigación” [\[42\]](#).

En esa misma ocasión la Sala también precisó que, en los eventos en que se determine que la conducta de la víctima no fue exclusiva, pero sí incidió en la producción del daño, porque existe concurrencia de causas, no operará la exoneración del Estado, pero sí la reducción en la apreciación del daño, en los términos del artículo 2.357 del Código Civil.

Cabe precisar finalmente que el elemento sustancial para afirmar la responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra en la detención preventiva, ya que a partir de ella se debe acreditar si se produjo, o no, un daño antijurídico que tendrá que indagarse si es imputable a la Administración de Justicia [\[43\]](#).

7. Lo probado en el caso concreto.

Obran en el expediente las siguientes pruebas.

-Acta de la Policía de Nariño de 5 de abril de 1993, donde se deja constancia de la incautación de los estupefacientes, aportada por el demandado (Fls.143-145, c1).

-Oficio de Caracol radio de fecha noviembre 20 de 2000, donde informan que no pueden suministrar los textos escritos o las cintas magnetofónicas porque ha transcurrido mucho tiempo (fl.48, c2):

-Oficio de RCN radio de fecha noviembre 20 de 2000, donde informan que no pueden suministrar los textos escritos o las cintas magnetofónicas porque ha transcurrido mucho tiempo. De igual forma se pronunció la Emisora Ondas del Mayo el 29 de noviembre de 2000 (fls.51 y 65, c2).

-Oficio de Organización Solarte y CIA S.C.A. Radio Viva, de fecha noviembre 20 de 2000, donde informan que no aparece ninguna clase de escrito o grabación acerca de los hechos relacionados en este proceso; por su parte, el Noticiero de las siete el 2 de diciembre de 2000 presentó escrito en el mismo sentido. De igual forma se pronunció NTC el 30 de noviembre de 2000 y la revista Cromos el 5 de diciembre de 2000 (fls.52 y 66, 158-296, c2).

-Oficio de El País S.A. de fecha 1 de diciembre de 2000, donde se adjunta copia de la publicación de la noticia en el diario respectivo. De igual forma se pronunció El Espacio el 7 de diciembre de 2000. (Fls.67-68 y 96-157, c2).

-Oficio de la Sijin de fecha 24 de noviembre de 2000 y radicado el 7 de diciembre de la misma anualidad, donde se deja constancia que los accionantes estuvieron reclusos en la cárcel judicial de Pasto (fl.90, c2).

-Extractos de las hojas de vida de los agentes de policía, los señores Luis Villacorte y Luis Gonzalo Enríquez (fls.299-308, c2).

- Copias de las ordenes de encarcelación Nos. 0338 y 0339, del 13 de abril de 1993, en la que se solicita al Director de la Cárcel de San Juan de Pasto, mantener retenido a EDUARDO CALVACHE (Fls. 50 y 58 anexos).

- Copia de la providencia del 16 de abril de 1993, proferida por el Fiscal Delegado ante los Jueces Regionales de Cali, en la que se resuelve la situación jurídica de HELDIBRANDO RODRIGUEZ GOMEZ y EDUARDO CALVACHE, dictando contra estas personas la medida de aseguramiento de detención preventiva como probables autores de comportamiento violatorio de la ley 30 de 1986 (fls.59-62 Anexos).

- Copia del Telex No. 0178, dirigido por la Dirección Regional de Fiscalías de Cali, a al Director de la Cárcel de Varones de San Juan de Pasto, en la que se informa de la medida de aseguramiento proferida contra los señores HILDEBRANDO RODRIGUEZ GOMEZ Y EDUARDO CALVACHE y se le solicita mantener a estas personas privadas de la libertad (fl. 66 Anexos).

- Copia simple de la resolución interlocutoria No.108 de 9 de mayo de 1994, donde la Fiscalía General de la Nación resuelve precluir la investigación en favor de los demandantes por no encontrar probada su participación en los hechos (FIs.188-194, anexos).

- Copia simple de la resolución de fecha 12 de septiembre de 1994 que resuelve la consulta realizada a la resolución interlocutoria No.108 de 9 de mayo de 1994 y confirma precluir la investigación en favor de los demandantes(FIs.215-218, anexos).

-Boletas de libertad de los señores Eduardo Calvache y Hildebrando Rodríguez Gómez de fecha 14 de septiembre de 1994 (FIs.220-221, anexos).

8. Análisis del caso concreto

Procede la Sala a realizar el análisis del caso sub iudice, con base en el acervo probatorio que se acaba de relacionar y en aplicación del régimen previsto para la responsabilidad del Estado por privación injusta de la Libertad que prevé la legislación y la jurisprudencia que se dejó reseñada.

8.1 El daño antijurídico en el caso concreto

La detención preventiva se encuentra acreditada con el informe policial del 13 de abril de 1993 que puso a disposición de la Fiscalía General de la Nación a los señores HELDIBRANDO RODRIGUEZ GÓMEZ y EDUARDO CALVACHE. También con las subsiguientes comunicaciones del ente investigador, antes y después de la resolución de la situación jurídica de estas personas, solicitando al Director de la Cárcel de San Juan de Pasto, que se mantuvieran detenidos en las instalaciones de ese centro carcelario. Y finalmente, con las boletas de libertad indican que la situación de detención preventiva se extendió hasta el 12 de septiembre de 1994. Lo anterior da cuenta que se acreditó el daño antijurídico.

8.2 Imputación del daño a la Fiscalía General de la Nación

Para determinar si la privación de la libertad fue injusta y por lo tanto resulta imputable a la Fiscalía General de la Nación, se debe constatar si en el caso sub judice, se presentan algunas de las situaciones que la ley y la jurisprudencia establecen como causales de un régimen objetivo de responsabilidad.

Al respecto se tiene que en la Providencia en la que se precluye la investigación, el Fiscal Regional Delegado ante los Jueces Regionales de Cali, determino que:

“ Incierta entonces la relación de causalidad entre el hecho y los capturados, requisito fundamental para la estructuración del juicio probable de responsabilidad y, no existiendo en el expediente elemento de juicio alguno capaz, virtual y suficiente que permita esa estructuración; forzoso es para esta Fiscalía de instancia proferir resolución de preclusión de investigación de la especie a favor de HELDEBRANDO (sic) RODRIGUEZ GOMEZ y EDUARDO CALVACHE.”

Y en la parte resolutive de esta providencia se determinó:

“ PROFERIR RESOLUCION DE PRECLUSION DE INVESTIGACION DE LA INVESTIGACIÓN DE LA ESPECIE EN FAVOR DE HELDEBRANDO RODRIGUEZ GOMEZ Y EDUARDO CALVACHE, porque se encuentra demostrada su no participación en los hechos por los cuales fueron vinculados a la misma...”

Por su parte, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, mediante providencia del 12 de septiembre de 1994 en la que se confirmó la preclusión, concluyó:

“ No existe una sola prueba contundente directa, que señale a los sindicatos como los autores de la conducta por la cual se les dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. Sus dichos fueron ratificados, corroborados en un todo por las personas que acudieron al proceso y que los señalan como ajeno” .

En aplicación de los precedentes citados, y teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron antes de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996, se evidencia que a las víctimas directas de la privación injusta, se les precluyó la investigación porque la Fiscalía consideró que ellos no habían cometido el ilícito por el que habían sido investigados; con lo cual es claro que en el caso sub judice se está frente a uno de los eventos previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, como generadores de responsabilidad objetiva por privación injusta de la libertad.

En consecuencia se confirmará la declaratoria de responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, que hizo en Tribunal en la sentencia de primera instancia.

En relación con la solicitud de la apoderada de la Aseguradora Gran Colombiana en liquidación, en el sentido que la Sala declare que se le exonera de cualquier responsabilidad; se observa que respecto de esta entidad ninguna de las partes presentó pretensión alguna, que su notificación como llamado en garantía obedeció a que su nombre se incluyó equivocadamente en el auto en que se decretaron los verdaderos llamados en garantía en este asunto.

En estas circunstancias, se observa que frente a esta entidad no existe pedimento alguno, circunstancia que releva a la Sala de hacer manifestación alguna en la parte resolutive de esta providencia en relación con la Aseguradora Gran Colombiana S.A en liquidación; pues, pese a que se le notificó como llamada en garantía, no tiene la condición de tal, comoquiera que carece del presupuesto esencial para tener esa calidad dentro de un proceso, esto es, que efectivamente una de las partes haya solicitado que se le vinculara como llamado.

9.Liquidación de perjuicios

9.1 Liquidación de perjuicios morales

Aunque en el recurso se discutía la responsabilidad de la Fiscalía, lo cual en principio permitiría que la Sala examinara la liquidación que en primera instancia se hizo de los perjuicios morales, con el propósito de ajustar dicha tasación a los baremos que estableció la Sala en sentencia del pasado 28 de octubre de 2012, para tasar el perjuicio moral; pese a lo anterior, la aplicación de los mismos daría lugar a una condena por un monto superior al otorgado por el Tribunal a-quo para algunos de los demandantes; razón por lo cual, la Sala no puede darles aplicación a esos parámetros objetivos, puesto que el presente recurso de apelación es único, y está protegido por la prohibición de la reforma en perjuicio. En consecuencia, se confirmará también el monto de los perjuicios morales.

9.2 Liquidación de perjuicios materiales

A propósito de los perjuicios materiales, la Sala advierte que los parámetros que el fallo de primera instancia estableció para que se liquiden los perjuicios materiales, son insuficientes, pues no se tuvo en cuenta el factor prestacional ni el periodo promedio que una persona tarda en conseguir empleo, que esta Corporación ha tenido siempre presente; no obstante lo anterior, dado que a esta instancia dio lugar un apelante único, la Sala no podrá variar dichos parámetros, pues de hacerlo vulneraría la garantía de la no reformatio in pejus.

No obstante, se observa que el Tribunal hizo de manera incompleta y descuidada la liquidación del perjuicio material, puesto que se limitó en la parte resolutive del fallo de primera instancia, a prescribir que por este rubro se pagaría lo que las personas privadas de la libertad lo que hubiesen dejado de percibir durante los meses de abril de 1993 a septiembre de 1994; y ordenó que se tuviera como base para la liquidación el salario mínimo legal vigente para la época en que fueron detenidos. Ante una liquidación de los perjuicios tan irregular, la Sala se ocupa de cuantificar concretamente el perjuicio material para quienes estuvieron privados de la libertad, atendiendo a los parámetros que se dieron en el fallo, que aunque incompletos, respecto de los mismos la parte actora nada manifestó.

El salario mínimo legal en 1993, año en que se presentó la detención preventiva era de \$172.005. Esta cifra deberá ser actualizada conforme a la siguiente fórmula matemática.

$$Va = Vi (If / li)$$

donde,

Va : valor actual

Vi : valor inicial, equivalente al salario mínimo vigente en 1997, esto es, la suma de \$172.005.00

If : índice final, equivalente al IPC para febrero de 2014, esto es, 115,26

li : índice inicial, equivalente al IPC para abril de 1993, fecha del fallo de primera instancia, esto es, 41,11

En este orden, $Va = Vi (If / li)$

$$Va = 172.005.00 (115,26 / 41,11)$$

$$VA = 482.249,9$$

- El periodo indemnizable inicia el 5 de abril de 1993, fecha de la detención y termina el 12 de septiembre de 1994, día en que las víctimas de la privación injusta fueron dejadas en libertad. Esto significa que el lucro cesante cubrirá lo que dejaron de percibir las víctimas durante 17.2 meses.
- RH: \$482.249,9

i) Lucro cesante consolidado a favor de cada una de las personas que estuvieron privadas de la libertad, esto es, de HELDIBRANDO RODRIGUEZ Y EDUARDO CALVACHE

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

i

17,2

$$S = \$482.249,9 \frac{(1 + 0.004867)^{17,2} - 1}{0.004867} = \$8.629.902,44$$

Advierte la Sala, que aunque en segunda instancia se acreditó la muerte de la señora ROSAURA RODRIGUEZ DE MUÑOZ, como consecuencia de lo cual se reconocieron a dos de sus hijos como sucesores procesales, se observa que a esta persona la sentencia de primera instancia no reconoció legitimación en la causa por activa, y no aparece en la parte resolutive como beneficiaria de la condena; decisión ante la cual la parte actora guardó silencio. En consecuencia nada podrá disponerse en relación con esta persona fallecida ni con los sucesores procesales reconocidos, toda vez que su causante no fue incluida en la sentencia de primera instancia y con el silencio del apoderado de la parte actora se consintió tal decisión del Tribunal.

7. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, la Sala se abstendrá de imponer condena alguna por este concepto.

Por todo lo anterior, y en virtud de los argumentos con los que se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante, la Sala modificará la sentencia de primera instancia

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

FALLA

MODIFICASE la sentencia del 1 de agosto de 2003 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, la cual quedará así:

PRIMERO.- DECLARAR QUE LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL y FISCALIA GENERAL DE LA NACION, son administrativamente responsables de la detención injusta de la libertad de HELDIBRANDO RODRIGUEZ Y EDUARDO CALVACHE, como consecuencia del operativo policial y de la investigación judicial por los hechos sucedidos el 5 de abril de 1993 en la iglesia de la Merced de la Ciudad de San Juan de Pasto.

SEGUNDO.- CONDENAR, como consecuencia de la declaración anterior, a LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL y FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar de consuno a cada uno de los grupos familiares demandantes encabezados por los (sic) ofendido HELDIBRANDO RODRIGUEZ y EDUARDO CALVACHE, como indemnización por concepto de perjuicios morales subjetivos, las siguientes cantidades:

c) Para HELDIBRANDO RODRÍGUEZ detenido, 100 salarios mínimos legales mensuales (SMLM);

Para Rovira del Carmen Calvache de Rodríguez (esposa), 50 SMLM;

Para Enriqueta Gómez de Muñoz (madre), 50 SMLM para la madre;

Para Rober William Rodríguez Calvache, Liliana Andrea Rodríguez Calvache, Arbey Hermeregildo Rodríguez Calvache, James Ariel Rodríguez Calvache (hijos), 50 SMLM para cada uno;

Para Maria Marcionila Muñoz Gómez y Praxedes Muñoz Gómez (hermanos), 25 SMLM para cada una. (sic)

d) Para EDUARDO CALVACHE detenido, 100 salarios mínimos legales mensuales (SMLM);

Para María Teresa de Jesús Delgado Gómez (esposa), 50 SMLM;

Elvia Irene Calvache López (madre), 50 SMLM para la madre (sic);

Para Leidy Marcela Calvache, Lidey Sofía Erazo Calvache, Amanda Ceneth Calvache López (hermanos), 25 SMLM para cada uno.

TERCERO. CONDENASE A LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar a los señores HELDIBRANDO RODRIGUEZ Y EDUARDO CALVACHE, por concepto de indemnización del perjuicio material en la modalidad lucro cesante, las siguientes sumas de dinero:

INDEMNIZADO	MONTO INDEMNIZACION
HELDIBRANDO RODRIGUEZ	\$ 8.629.902.44
EDUARDO CALVACHE	\$8.629.902.44

CUARTO.- Condenar a los llamados en garantía LUIS MIGUEL ROSERO TUMBET, LUIS MORENO VILLACORTE y LUIS GONZALO ROSERO ENRIQUEZ, al pago del veinticinco por ciento de las indemnizaciones que por todo concepto cancelen las entidades demandadas.

QUINTO.- DENEGAR LAS DEMAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA.

SEXTO: LA NACION MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL – FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, darán cumplimiento a la sentencia como lo ordenan los artículos 176,177,178, del C.C.A.

SEPTIMO: SIN CONDENAS EN COSTAS

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente

OLGA VALLE DE DE LA HOZ

Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Magistrado

[1] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 2008-00009. En este sentido véase también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 9 de diciembre de 2010. C.P.: Ruth Stella Correa. Exp. 39085, y Auto de 21 de octubre de 2009. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 36913.

[2] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21060.

[3] En sentencia del 9 de febrero de 2012, proferida dentro del expediente 21060 de 2012, la Sala Plena de la Sección Tercera, a este respecto expresó: *Y en relación con este asunto, la Sala reitera la postura que en ocasión*

anterior ha sostenido □y alrededor de la cual ahora unifica su Jurisprudencia□ en el sentido de que cuando la sentencia de primera instancia por la cual se impone una condena superior a 300 SMLMV a cargo de una entidad pública ha sido apelada por alguna de las partes, no procede tramitar el grado jurisdiccional de consulta, □ □

[4] En precedente jurisprudencial constitucional se indica: □El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente□. Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001. MP Rodrigo Escobar Gil.

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

[6] Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos □son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado□. ALEXY, Robert. □Teoría del discurso y derechos constitucionales□, en VÁSQUEZ,

Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, pág. 49.

[7] □ *La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos* □. Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001. MP Rodrigo Escobar Gil.

[8] La □ *razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal* □. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de enero de 2006. Exp: AG 2001-0213. CP Ruth Stella Correa Palacio. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. □ *Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée* □. Paris, 1947.

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

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

[11] MIR PUIGPELAT, Oriol. □ *La responsabilidad patrimonial...* □ Op. cit. págs. 120 y 121.

[12] □3- *Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada -en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado* □. Corte Constitucional. Sentencia C-864 de 2004. MP Jaime Araújo Rentería. Puede verse también: Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2003. MP Álvaro Tafur Gálvis.

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

[14] □*Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no*

podrá ser comprendida como acción del Estado□. MERKL, Adolfo. □Teoría general del derecho administrativo□. México, Edinal, 1975. Págs. 212 y 213.

[15] Corte Constitucional. Sentencia C-043 de 2004. MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

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

[17] El □otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados□. Corte Constitucional. Sentencia C-254 de 2003. MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

[18] □Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas□. MIR PUIG, Santiago. □Significado y

alcance de la imputación objetiva en el derecho penal□, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], págs. 6 y 7.

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

[20] MIR PUIG, Santiago. □*Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal*□. Op., cit., pág. 7.

[21] LARENZ, K. □*Hegelszurechnungslehre*□, en MIR PUIG, Santiago. □*Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal*□, op., cit. Pág. 7.

[22] JAKOBS, G. □*La imputación objetiva en el derecho penal*□. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: □*De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo*□ No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia□. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp: 14.170. CP Ramiro Saavedra Becerra.

[23] MIR PUIGPELAT, Oriol. □*La responsabilidad patrimonial*□□ Op. cit. Pág. 171.

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

[25] Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

[26] Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 de 2001. MP Eduardo Montealegre Lynett.

[27] Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. MP Eduardo Montealegre Lynett.

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

[29] MIR PUIGPELAT, Oriol. □*La responsabilidad patrimonial*□□. Op. cit. Pág. 204.

[30] Merkl ya lo señaló: □*El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino condijo per quam de la administración*□. MERKL, Adolfo. □*Teoría general del derecho administrativo*□. México, Edinal, 1975. Pág. 211.

[31] Corte Constitucional. Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996. MP Vladimiro Naranjo Mesa.

[32] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007. Exp: 15.463. CP Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido: Sentencias del 23 de abril de 2008. Exp. 17.534 CP Enrique Gil Botero y 25 de febrero de 2009. Exp: 25.508. CP Mauricio Fajardo Gómez.

[33] Publicado en el Diario Oficial 40.190 el 30 de noviembre de 1991.

[34] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 1 de octubre de 1992. Exp: 7058. CP. Daniel Suárez Hernández; 2 de octubre de 1996. Exp: 10.923. CP. Daniel Suárez Hernández.

[35] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 30 de junio de 1994. Exp: 9734. CP. Daniel Suárez Hernández; 27 de septiembre de 2001. Exp: 11.601. CP Alier Hernández Enríquez; 4 de abril de 2002. Exp: 13.606. CP María Elena Giraldo Gómez; 27 de noviembre de 2003. Exp: 14.530. CP. María Elena Giraldo Gómez.

[36] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 15 de septiembre de 1994. Exp: 9391. CP Julio César Uribe Acosta; 17 de noviembre de 1995. Exp: 10.056. CP. Carlos Betancur Jaramillo; 7 de diciembre de 2004. Exp: 14.676. CP. Alier Hernández Enríquez.

[37] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 septiembre de 1997. Exp: 11.754. CP. Daniel Suárez Hernández; reiterada en providencias del 4 de diciembre de 2006. Exp: 13.168. CP. Mauricio Fajardo Gómez; 5 de diciembre de 2007. Exp: 16.629. CP Ramiro Saavedra Becerra; 20 de febrero de 2008. Exp: 15.980. CP. Ramiro Saavedra Becerra; 25 de febrero de 2009. Exp: 16.995. CP. Ramiro Saavedra Becerra.

[38] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Exp: 15.980. CP. Ramiro Saavedra Becerra.

[39] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 19 de agosto de 2004. Exp: 15.578. CP. Ramiro Saavedra Becerra; 10 de agosto de 2005. Exp: 15.127. CP. María Elena Giraldo Gómez; 1 de marzo de 2006. Exp: 16.587. CP. Ruth Stella Correa Palacio.

[40] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 25 de julio de 2002. Exp: 13.744. CP. María Elena Giraldo Gómez.

[41] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 9 de junio de 2005. Exp: 14.740. CP. Ruth Stella Correa Palacio.

[42] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de mayo de 2009. Exp: 17.188. CP. Ramiro Saavedra Becerra.

[43] Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp: 22.679. CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa.