ACCION DE REPARACION DIRECTA - Caución prendaria y embargo preventivo de bienes con ocasión de investigación penal / RESPO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**SECCIÓN TERCERA**

**Bogotá D.C, siete (07) de julio de dos mil dieciséis (2016)**

**Radicación número: 41001 23 31 000 2004 01315 01 (39050)**

**Actor: Álvaro Polanco Patiño y otros**

**Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación y otros**

**Referencia: Apelación de Sentencia. Acción de Reparación Directa**

**CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA (E)**

Contenido: Descriptor: Revoca sentencia de primera instancia por no acreditarse los perjuicios –/ Restrictor: Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado – El derecho a la libertad individual - Imputación de responsabilidad al Estado por privación injusta de la libertad – Diferencia con el error judicial – Diferencia con el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia – Tránsito de legislación penal - Prescripción de la acción penal  -  Imputación de la condena – Perjuicio moral

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada[1], contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Tercera de Decisión, del 19 de mayo de 2010[2], por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I.              ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 8 de octubre de 2004[3], el señor Álvaro Pio Lozano Mosquera y otros, mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa, presentaron demanda contra la Nación – Fiscalía General de la Nación, para que se les declarara administrativamente responsable por los daños irrogados con ocasión de la privación injusta de la libertad, del proceso penal y de las medidas cautelares de que fue objeto el actor.

2. Los hechos en que se fundan las pretensiones.

“1.- El señor Alvaro (sic) Polanco Patiño, tenia (sic) en calidad de arrendamiento, un lote de terreno situado en la calle 11 No. 1D-89 donde establecio (sic) un parqueadero para carros y motos, donde desarrollaba la actividad normal, ademas (sic) era Gerente de la Empresa Huila Plas, negocios que funcionaban en esta ciudad, donde producian (sic) todo lo relacionado con plasticos (sic).

2.- El lote fué (sic) tomado en arrendamiento a la señora Jaimleth Cortes propietaria del inmueble, por un valor de $550.000,00 mensuales M.C. contrato que firmaron el dia (sic) primero de febrero de 1.999 y lo tuvo Polanco hasta el dia (sic) hasta el dia (sic) primero de febrero del año 2003.

3.-Asi mismo mi patrocinado tenia (sic) otros bienes consistententes (sic) en unos lotes de terreno situados en el Municipio de Neiva, que no los pudo vender por razon (sic) del embargo y secuestro de todos los bienes de propiedad del señor Polanco Patiño, no olvidemos señores Magistrados que la Fiscalia (sic) General de la Nación se constituyo (sic) en PARTE CIVIL y solicitó las medidas cautelares que perjudicaron al demandante señor Alvaro(sic) Polanco P. Quintero repetir que entre los bienes embargados esta (sic) la Empresa Huila Plas de la cual Polanco era socio y Gerente habiendo tenido por tal razon (sic) que liquidar la Empresa por tal razon (sic) constituyendo un grave perjuicio moral y económico.

4.- Los hechos acontecidos y que motivan esta demanda son los siguientes: Alvaro (sic) Polanco Patiño tenia (sic) el parqueadero muy bien instalado y con muy buena clientela y a continuación de la UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA S.A. que le daba gran capacidad de movimiento, era mucho el carro y la moto que entraba y salia (sic) del parqueadero de Polanco, teniendo muy buenas entradas económicas (sic) y tenia (sic) cinco (5) empleados.

5.- Mi pupito (sic) Alvaro (sic) Polanco Patiño tenia (sic) o tiene muy buenas relaciones de amistad con el Fiscal Dr. Alvaro (sic) Garzon Orjuela, persona que tenia (sic) a su cargo todo lo relaconado (sic) con narco-trafico (sic) y al tener conocimiento el Fiscal Garzon (sic) que Polanco tenia (sic) un parqueaderos (sic) contrató con el (sic) la tenencia o parqueo de una serie de automotores y velocipedos (sic) sin haber recibido el señor Polanco Patilo un solo centavo por este concepto, es decir que nunca pagaron un peso por el parqueo de un automotor o de una moto.

OTROS CARROS FUERON RECOGIDOS DE UN POTRERO DONDE ESTABAN VOTADOS  (sic) Y ABANDONADOS.

6.- Cerca del Municipio de Palermo H., estaban votados (sic) y abandonados una serie de automotores, y ya los amigos de lo ajeno no dejaban practicamente (sic) nada a salvo el chasis, el Fiscal Alvaro (sic) Garzón hablo (sic) con el señor Alvaro (sic) Polanco para que le recibiera otros automotores o pedazos de automotores con la condición de que en esos dias (sic) le pagarian (sic) la tenencia de los carros que le habían (sic) entregado pero había que trasladar los vehiculos (sic) del potrero donde estaban a los lotes que tenia (sic) Polanco muy cerca a Neiva u estos automotores no tenian (sic) llantas porque se las habian (sic) robado. Entonces entre los dos = Fiscal y Polanco Patiño que entregaba y recibia (sic) los carros, idearon quitarle a unos carros que estaban en los lotes, las llantas y ponercelas (sic) a los carros que estaban en el potrero y llevarlos a su destino cosa que asi (sic) lo hicieron llevandolos (sic) todos. Es entendido que llevados los carros volvieron y le pucieron (sic) las llantas a los carros que se las habian (sic) quitado, quedando las cosas normalizadas. La unica (sic) persona que se dio cuenta de la quitada y despues (sic) postura de las llantas fué (sic) el señor Justino. N. (sic) quien resulto (sic) ser la persona que se hurto (sic) los repuestos, pues asi (sic) se establecio (sic) en la investigación, quien los sustrajo el 31 de diciembre de 1.996.

7.- Cuando Alvaro (sic) Polanco formulo (sic) la denuncia por el hurto de los repuestos de los automotores fueron efectivos del C.T.I. a hacer averiguaciones respecto a la perdida (sic) de los repuestos y como Justino N. (sic) que me onvidaba (sic) decir que era el celador del predio donde estaban los automotores vio quienes quitaron las llantas para volverlas a poner tal como quedo (sic) ya consignado le dijo a los investigadores que el que se había llevado las llantas o repuestos era el señor Alvaro (sic) Polanco, entonces orientaron la investigación teniendo como sindicado al señor Polanco Patiño, mientras tanto el señor Justino desaparecio (sic). Los Agentes secretos continuaron con la investigación y llegaron a la conclusión que no había (sic) sido el señor Polanco Patiño quien se habia (sic) sustraído los repuestos sino el señor Justino Perdomo, en tales condiciones orientaron la captura de Justino sin que hasta la fecha se sepa en donde esta (sic) y en espera de ello CAYO (sic) EL PROCESO EN EL FENOMENO (sic) JURIDICO (sic) DE LA PRESCRIPCION, que la aplico (sic) el señor Fiscal delegado para los Jueces Municipales de Rivera H. ordenando la Fiscalía archivar el proceso en forma definitiva providencia que fué (sic) apelada y confirmada por la FISCALIA DELEGADA PARA LA SALA PENAL DEL H. TRIBUNAL SUPERIOR DEL HUILA.

8.- Quiero dejar en claro y adjunto las copias de todo el proceso como prueba donde los H. Magistrados se pueden empapar de lo que necesiten, que la Fiscalia (sic) 14 delegada para los Jueces Penales del Circuito profirio (sic) medida de aseguramiento contra el señor Alvaro (sic) Polanco Patiño, sufriendo este los perjuicios MORALES Y MATERIALES QUE ELLO CONLLEVA, como son el no poder salir del pais (sic), no poder ocupar cargos oficiales ni particulares y tener su radio de acción muy limitado, el escarnio publico (sic), el no poder abrir nuevamente el parqueadero etc. Esta es la base y la ecencia (sic) que me sirve de puntal para presentar esta demanda de reparación directa. Le quiero decir a los H. Magistrados que los procesos y lo digo por experiencia propia caen en prescripción por descuido, pereza o negligencia de los funcionarios públicos, porque hay muchas maneras de prolongar la vida juridica (sic) de un proceso cuando el funcionario es diligente. En el caso que nos ocupa el proceso en su iniciación fué (sic) adelantado por el señor Fiscal 14 delegado para los Juces (sic) Penales del Circuito y termino (sic) conociendo y finalizandolo (sic) el señor Fiscal Delegado para los Jueces Municipales de Rivera H. por razon (sic) de la cuentía (sic) que no dio para que continuara conociendo el señor Fiscal 14.

Por auto de fecha 26 de enero del año en curso (2004) la Fiscalia (sic) Delegada para la Sala Penal del H. Tribunal Superior del Huila confirmo (sic) el auto que habia (sic) dictado la Fiscalia (sic) delegada para los jueces Municipales que ordeno (sic) por prescricion (sic) cesar todo procedimiento contra Alvaro (sic) Polanco y otros.”

3. El trámite procesal.

El 23 de noviembre de 2004[4], el Tribunal Administrativo del Huila profirió auto admisorio de la demanda.

El 3 de marzo de 2006[5], el apoderado de la Nación – Fiscalía General de la Nación procedió a contestar el libelo introductorio, mediante escrito en el que se opuso a la totalidad de sus pretensiones y en el que sostuvo que el ente acusador actuó de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones legales vigentes para la época de los hechos.

Indicó adicionalmente que la medida proferida en contra del actor tuvo como base serios y graves indicios que pesaron en su contra y que reunieron los requisitos previstos en el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal.

Alegó que no existió un nexo de causalidad entre la existencia de la falla del servicio y los daños cuya reparación se deprecó en la demanda.

El caso sub judice fue remitido por el Tribunal Administrativo del Huila al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Neiva.[6]

El 19 de febrero de 2007[7], se abrió a pruebas el proceso.

El 27 de octubre de 2008[8], el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Neiva declaró la falta de competencia funcional para conocer del presente asunto y remitió el expediente al Tribunal Administrativo del Huila, quien en auto del 14 de enero de 2009[9] avocó el conocimiento del mismo y declaró la nulidad de todo lo actuado.

El 6 de julio de 2009[10], se corrió traslado para alegar de conclusión.

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II.  LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Tercera de Decisión, en sentencia dictada el 9 de diciembre de 2009, declaró a la Nación – Fiscalía General de la Nación responsable del daño antijurídico padecido por los demandantes y la condenó a pagar a los actores los perjuicios irrogados.

Precisó que en el presente caso no se podía endilgar responsabilidad por privación injusta de la libertad debido a que el actor no estuvo privado de ella.

Indicó que no se presentó un error judicial en la providencia mediante la cual se profirió la medida de aseguramiento, toda vez que se acreditó la configuración del indicio grave de responsabilidad.

Sostuvo que la Ley 599 de 2000 entró a regir el 25 de julio de 2001, por lo tanto, los argumentos iniciales y teniendo en cuenta que la calidad de los bienes y la relación del actor con estos llevaron a la Fiscalía ante los Juzgados Penales del Circuito de Neiva, a negar mediante proveído del 24 de enero de 2001 la preclusión de la investigación, solicitud elevada por el apoderado del demandante respecto del delito de peculado por extensión, por consiguiente, dicha decisión tampoco tuvo un error judicial.

Expuso que el 19 de diciembre de 2000, la Fiscalía 11 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Neiva decretó el embargo preventivo de bienes del accionante con la finalidad de garantizar el pago de los presuntos perjuicios irrogados con el delito investigado, lo cual se realizó de conformidad con el Código de Procedimiento Penal, y en consecuencia, tampoco se avizoró un error en dicho proveído.

No obstante, advirtió que una vez que entró a regir la Ley 599 de 2000, desapareció el delito de peculado por extensión, lo cual fue reconocido por la Fiscalía 20 Delegada ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Rivera, al ordenar la prescripción de la acción penal, y en ese sentido, a partir de esa fecha la investigación adelantada contra el actor resultó violatoria del debido proceso, habida cuenta que continuó haciéndose respecto de un delito atípico.

Así las cosas, concluyó que fue en el proveído del 21 de septiembre de 2001, proferido por la Fiscalía 1ª Delegada ante el Juez Penal Único del Circuito de Rivera, en la que debió definirse la atipicidad de los hechos respecto del nuevo código penal, al abolir el peculado por extensión y contemplar los hechos como aquellos típicos de los delitos que atentan contra el patrimonio económico, como se efectuó en la providencia del 23 de julio de 2003, y en ese orden de ideas, fue en la aludida decisión del 21 de septiembre de 2001 en la que se configuró el error judicial y en la que los derechos de la víctima fueron vulnerados ante la carencia de fundamento legal, por consiguiente, al ente demandado le era imputable el daño antijurídico.

Indicó que no se probó que la inscripción en el registro de instrumentos públicos del embargo de cuota parte sobre unos bienes inmuebles, fuera causa para que el actor tuviera la imposibilidad jurídica real de disponer de sus bienes.

En cuanto al perjuicio moral, a la víctima se le reconoció una indemnización de 10 salarios mínimos por dicha tipología de daño inmaterial.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación el 1 de junio de 2010[11], en donde solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, el cual fue concedido el 11 de junio de 2010[12] y sustentado el 3 de diciembre de 2010.[13]

Adujo que su poderdante ejecutó las funciones que tenía establecidas en la Constitución Política de 1991, en la Ley 270 de 1996 y en la Ley 938 de 2004, esta última Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

De otro lado sostuvo que la prescripción de la acción penal a favor del sindicado no genera, per se¸ el derecho a reclamar una indemnización del estado, toda vez que solo en los eventos establecidos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos, se podía comprometer la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación.

Refirió que se decretó la prescripción de la acción penal por parte de la Fiscalía 20 Delegada ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Rivera por razones ajenas de la voluntad del actor y cambio de legislación, no obstante, no podía entenderse dicha situación como una actuación antijurídica del ente acusador frente al sindicado, ni que en consecuencia lo ubique objetivamente en la posibilidad de solicitar la indemnización de perjuicios a cargo del Estado.

A su vez señaló que el actor nunca estuvo privado de la libertad, y que las decisiones adoptadas contra el demandante en el proceso penal fueron proferidas con fundamento en el acervo probatorio allegado al mismo.

El recurso fue admitido el 13 de diciembre de 2010.[14]

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público y la parte actora guardaron silencio.

El apoderado de la entidad demandada alegó de conclusión el 15 de febrero de 2011[15], mediante escrito en el que reiteró lo expuesto en la contestación del libelo introductorio y en la apelación y refutó el reconocimiento del perjuicio moral, en la medida en que el Tribunal indicó que no se había demostrado que las medidas cautelares fueran la causa directa de la pérdida del cargo de gerente que desempeñaba ni de la disolución de la empresa, por lo tanto no se podía inferir que el haber tenido el adelantamiento de una investigación penal irrogó en el actor un grado de angustia y congoja. Además, advirtió que el fallo de primera instancia fue extra petita.

El proceso ingresó para dictar sentencia el 16 de febrero de 2011.[16]

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1.  Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado.

En relación con la responsabilidad del Estado, la Carta Política de 1991 produjo su “constitucionalización” al erigirla como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación o interés.

De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que ésta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro.

En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración.

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “irrazonable,” sin depender “de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.”[17].

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

Finalmente, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede ser concebida simplemente como una herramienta destinada a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo[18] que permita lamejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

2. El derecho a la libertad individual.

Dentro del catálogo de derechos contenido en la Constitución Nacional, la garantía de la libertad ocupa un especial e importantísimo lugar, esto es, la posición de derecho fundamental cuya eficacia emerge como el hilo conductor de todo el ordenamiento democrático y vincula a todas las manifestaciones del poder público y, fundamentalmente, al juez de responsabilidad extracontractual del Estado a quien se le impone el velar por la reparación integral de los perjuicios.

Es por esto que la limitación o restricción al derecho de libertad lleva consigo la configuración de un daño antijurídico que, en principio, el ciudadano no está obligado a soportar, en tanto no haya una razón jurídica que imponga tal carga, como es la comisión de una conducta punible, caso en el cual el particular puede ser restringido o privado del ejercicio de la libertad.

3. Imputación de responsabilidad al Estado por privación injusta de la libertad.

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

En la primera etapa se consideró que debía aplicarse la teoría subjetiva o restrictiva, según la cual, esa responsabilidad estaba condicionada a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir, que debía demostrarse el error judicial[19].

También se sostuvo que dicho error debía ser producto “de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso”[20].

Así las cosas, tal declaratoria de responsabilidad procedía porque la privación de la libertad fue ilegal porque la captura se produjo sin que  la persona se encontrara en situación de flagrancia o porque se realizó sin orden judicial previa.

Dijo entonces el Consejo de Estado:

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

“La investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual. Y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención. Este extremo, de tan delicado manejo, requería pruebas robustas y serias y no meras inferencias o conjeturas.”[21]

En una segunda etapa, el Consejo de Estado consideró que la privación injusta de la libertad por  “error judicial” comprendía casos diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal,[22]-[23] eventos aquellos en los cuales la víctima debe demostrar lo injusto de su detención toda vez que en los del artículo 414 se presumen:

“En este orden de ideas, fuera de los casos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en los cuales la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad, cuando se pretenda obtener indemnización de perjuicios por esta causa, el demandante debe demostrar que la detención preventiva que se dispuso en su contra fue injusta; y, en tales eventos, habiéndose producido la detención preventiva por una providencia judicial, la fuente de la responsabilidad no será otra que el error jurisdiccional”[24]

En la tercera, que es la que prohíja la Sala actualmente, sostiene que se puede derivar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación), incluyendo el evento del in dubio pro reo, aunque para la privación se hayan cumplido todas las exigencias legales ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho vea limitado su derecho a la libertad para luego resultar absuelto del cargo imputado.

Y es que en un Estado Social de Derecho la privación de la libertad sólo debería ser consecuencia de una sentencia condenatoria, con el fin de proteger el principio universal de la presunción de inocencia establecido en el artículo 29 de la Constitución.

En consecuencia, se  reitera que una vez que el juez de lo contencioso administrativo encuentre probado que el derecho fundamental a la libertad de una persona ha sido vulnerado como consecuencia de una decisión judicial, lo que constituye un daño antijurídico a la luz del artículo 90 de la C.P, debe ordenar su reparación.

En síntesis,  la privación injusta de la libertad no se limita a las hipótesis previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y además no interesa que ella sea intramural, domiciliaria, o consista en restricciones para salir del país o para cambiar de domicilio.

Esta idea vertebral se encuentra expresada como postulado en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 al disponer que “[q]uien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios,” sin perder de vista que el artículo 70 de esa misma Ley prevé que “[e]l daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.”

6. El caso en concreto.

En el sub lite, los demandantes pretenden la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la Nación - Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios a ellos causados como consecuencia de la medida de aseguramiento de la que fue víctima el señor Álvaro Polanco Patiño.

Así las cosas, le corresponde a la Sala determinar si hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia, en la que se declaró administrativamente responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación por los daños irrogados a los demandantes.

Revisado el acervo probatorio se tiene lo siguiente:

-               El 7 de enero de 1997[25], el señor Álvaro Polanco Patiño instauró denuncia penal por el hurto de varias piezas de vehículos que estaban parqueados por cuenta de la Fiscalía Regional, hecho acaecido el 31 de diciembre de 1996, en el predio denominado La Orquídea, ubicado en el Municipio de Rivera.

-               El 27 de mayo de 1997[26], el Fiscal Primero de la Unidad de Fiscalía Local, al haber recibido las declaraciones los trabajadores de la persona que tenía en arriendo dicha finca y al recaudar los demás elementos probatorio, se infirió que dichas pruebas apuntaban a que el autor del ilícito era el señor Álvaro Polanco Patiño, y en ese orden envió el expediente a la Fiscalía Especializada para que adelantara la investigación por los posibles delitos de falsa denuncia, abuso de confianza y peculado por extensión.

-               El 30 de mayo de 1997[27], la Fiscalía Catorce Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Neiva ordenó la apertura de instrucción contra el señor Álvaro Polanco Patiño.

-               El 28 de septiembre de 1999[28], la Fiscalía Catorce Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito admitió la demanda de constitución de parte civil presentada por la Nación – Rama Judicial en el proceso adelantado contra el señor Álvaro Polanco Patiño por el presunto ilícito de peculado.

-               El 27 de octubre de 1999[29], la Fiscalía Catorce Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito negó la preclusión de la investigación en favor del señor Álvaro Polanco Patiño y decretó la medida de aseguramiento consistente en caución prendaria que se fijó en el equivalente a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes en contra del sindicado como presunto autor del delito de peculado.

-               El 17 de noviembre de 1999[30], la Fiscalía Catorce Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito disminuyó la anterior caución a un salario y medio mínimo legal mensual vigente.

-               El 19 de diciembre de 2000[31], La Fiscalía Once Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito decretó el embargo preventivo del derecho de cuota que tenía el señor Álvaro Polanco Patiño sobre el predio rural denominado “Lote Villa Patricia”; del derecho de cuota que tenía el sindicado sobre el predio rural llamado “Lote la Esmeralda”; de los aportes o cuotas del  sindicado en la sociedad denominada “HUILAPLAST LTDA”, medidas que se hicieron efectivas.[32]

-               EL 24 de enero de 2001[33], la Fiscalía Once Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito denegó la solicitud de preclusión elevada por el apoderado del señor Álvaro Polanco Patiño por el delito de peculado por apropiación en la modalidad extensiva.

-               El 24 de julio de 2001[34], la Fiscalía Once Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito declaró la falta de competencia funcional con la entrada del nuevo código penal y ordenó remitir la investigación a las Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Penales Municipales.

-               El 6 de agosto de 2001[35], la Fiscalía Tercera Delegada ante los Juzgados Penales Municipales de Neiva, a quien se le había asignado dicho asunto, ordenó la remisión del expediente de la referencia a la Fiscalía Local del Municipio de Rivera.

-               El 21 de septiembre de 2001[36], la Fiscalía Primera Delegada ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Rivera, revocó la medida de aseguramiento de caución prendaria impuesta al señor Álvaro Polanco Patiño. En dicha providencia coligió el ente acusador: “Ahora bien, teniendo en cuenta la ley procesal es de aplicación inmediata, se tiene que el delito de Abuso de Confianza Calificado tiene prevista una pena de prisión entre tres y seis años, en tanto que el “ Peculado por Extensión” tenia (sic) prevista una sanción entre seis y quince años de prisión; de acuerdo con el Art 357 del Nuevo Código de Procedimiento Penal no esta (sic) sujeto a detención preventiva, lo que significa que debe revocarse inmediatamente la Medida de Aseguramiento que afecta al procesado y disponer la entrega de la Caución Prendaria impuesta”.

-               El 25 de octubre de 2002[37], la Fiscalía Primera Delegada ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal decidió continuar el proceso por el delito de abuso de confianza contra el señor Álvaro Polanco Patiño.

-               El 19 de mayo de 2003[38], el apoderado del señor Álvaro Polanco Patiño solicitó la prescripción de la acción penal, con fundamento en los artículos 82, 83 y 250 del Código Penal.

-               El 23 de julio de 2003[39], la Fiscalía Veinte Delegada ante el Juzgado Promiscuo Municipal decretó la prescripción de la acción penal y ordenó revocar la medida de embargo ordenada el 20 de diciembre de 2000.

Visto lo anterior, procede la Sala a realizar el estudio de las pruebas para determinar si hay lugar a endilgarle responsabilidad a la Nación – Fiscalía General de la Nación por los daños irrogados al señor Álvaro Polanco Patiño.

En primer lugar, se advierte que el demandante nunca demostró haber estado privado de la libertad, por consiguiente, no puede atribuírsele responsabilidad patrimonial a la entidad demandada, cuando el actor no padeció daño como consecuencia de la privación de su derecho de locomoción, en consecuencia, se negará todo reconocimiento patrimonial como reparación por dicho concepto.

Como segunda cuestión, es necesario precisar que la circunstancia de soportar un proceso judicial no configura un daño antijurídico, como lo pretende la parte actora en el caso sub lite, toda vez que las personas están en el deber de soportar dicha carga en la sociedad, y deben, además, colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, a la luz del numeral 7º del artículo 95 de la Constitución Política de 1991.[40]

Al revisar la providencia del 27 de octubre de 1999 mediante la cual se le impuso al actor la medida de aseguramiento consistente en caución prendaria, se denota que la misma no fue contentiva de ningún error, toda vez que se habían configurado los requisitos estatuidos por la legislación procesal penal vigente para la fecha de los hechos.

Tampoco se puede predicar el error de la decisión del 17 de noviembre de 1999 en la que se redujo el monto de la caución.

El 19 de diciembre de 2000, se decretó el embargo preventivo de bienes del demandante, medida que fue adoptada por el ente acusador al tenor de la normatividad procesal penal vigente, por consiguiente, no se avizora un yerro jurídico frente a la decisión en comento.

Pese a lo anterior, el nuevo Código Penal proferido mediante la Ley 599 de 2000, comenzó a regir el 25 de julio de 2001, al tenor del artículo 476 ibídem[41], abolió el  delito de peculado por extensión, el cual se le había imputado al demandante, por lo tanto, al proferirse la decisión del 21 de septiembre de 2001 por la Fiscalía Primera Delegada ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Rivera, en la que revocó la medida de aseguramiento de caución prendaria impuesta al señor Álvaro Polanco Patiño y no se decretó la preclusión de la investigación sino hasta el 23 de julio de 2003.

El primer elemento de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado es el daño, el cual ha sido definido por Juan Carlos Henao como toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, ya sean derechos pecuniarios o no pecuniarios, individuales o colectivos, que se configura como lesión definitiva de un derecho o como alteración o afectación de su goce pacífico y que, debido a la posibilidad de presentarse la acción judicial, es objeto de reparación si se configuran los demás elementos de la responsabilidad.[42]

Doctrinalmente se ha afirmado que el daño es en todos los sistemas y regímenes de responsabilidad extracontractual el primer elemento, insustituible, que no puede presumirse ni se reemplaza ni cede en ningún evento de análisis de responsabilidad porque es su génesis indispensable y necesaria.[43]

En cuanto al daño antijurídico, se ha indicado que ha desplazado a la falla del servicio como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y atendiendo a las construcciones jurisprudenciales, por consiguiente, se amplió el espacio en el que puede declararse esa responsabilidad, comoquiera que el punto de partida para dicha declaratoria ya no está determinado por la irregular actuación del Estado, sino por la producción de ese daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, de forma independiente a la regularidad o irregularidad de esa actuación estatal.[44]

Revisado el expediente, el ad quem echa de menos la concreción del daño antijurídico en la víctima, toda vez que no se acreditó que el actor haya estado privado de la libertad.

En el presente proceso el actor no demostró que con ocasión de la investigación penal adelantada en su contra haya padecido alguno de los daños cuya reparación pretendió en la demanda, tales como el escarnio público, la situación de no poder salir del país, no poder ocupar cargos oficiales ni particulares y tener su radio de acción limitado, lo que de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil[45] le correspondía a la parte actora acreditar los supuestos de hechos que alegaban.

Además, tal como se refirió con anterioridad, el soportar un proceso penal no implica, per se, la configuración de un daño antijurídico, por lo tanto, no hubo afectación a un bien jurídicamente tutelado por el ordenamiento en cabeza del señor Álvaro Polanco Patiño.

En cuanto a las medidas cautelares proferidas en su contra, se tiene que al momento de ser decretadas, en el ordenamiento jurídico todavía existía el delito por el cual se le investigaba a la parte actora. Con la entrada en vigencia del nuevo Código Penal, la Ley 599 de 2000, se abolió el tipo penal de peculado por extensión, y fue así como el 21 de septiembre de 2001 se revocó la medida de aseguramiento de caución prendaria impuesta al procesado, pese a que el proceso continuó dos años más hasta el 23 de julio de 2009.

En ese sentido, echa de menos la Sala el primer elemento de la responsabilidad, toda vez que el decreto de una medida cautelar en un proceso penal no conlleva necesariamente un daño a un bien jurídicamente tutelado por el actor, lo cual debe ser acreditado en el proceso por quien alegue dicho detrimento, y en el caso sub judice, el actor no cumplió con dicha carga.

Además, se resalta que el embargo, si bien es una medida cautelar fundada en una orden judicial que excluye los bienes sobre los cuales recae del comercio[46], no implica la imposibilidad jurídica de su disposición ni se sustrae la posesión de dichos bienes, por lo tanto, no se puede afirmar que por la sola circunstancia de hacer efectiva dicha medida cautelar se irrogó un daño a la parte actora.

Finalmente, en cuanto a la demora del proceso en decretar la prescripción de la acción penal, se colige que dicho retardo tampoco ocasionó un quebranto o detrimento a un bien jurídicamente tutelado, por consiguiente, es diáfano que en el caso sub judice la parte actora no demostró el primer elemento de la responsabilidad, es decir, el daño, ergo, se revocará la sentencia proferida el 19 de mayo de 2010 por el Tribunal Administrativo del Huila y en su lugar se negarán las pretensiones de la demanda.

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 no se efectuará condena en costas alguna.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVÓQUESE la sentencia proferida el 19 de mayo de 2010 por el Tribunal Administrativo del Huila.

SEGUNDO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: EXPÍDASE copia auténtica que preste mérito ejecutivo de la presente sentencia.

QUINTO: En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Aclaración de Voto**

**37.100-16**

[1] En aplicación del acta No. 10 de 25 de abril de 2013 por medio de la cual el Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera aprobó que los expedientes que están para fallo en relación con: (i) las personas privadas de la libertad, (ii) conscriptos y (iii) muerte de personas privadas de la libertad, podrán fallarse por las Subsecciones, sin sujeción al turno, pero respetando el año de ingreso al Consejo de Estado

[2] Folios 170 a 187 del cuaderno principal.

[3] Folios 5 a 10 del cuaderno 1 del Tribunal.

[4] Folios 34 y 35 del cuaderno 1 del Tribunal.

[5] Folios 73 a 85 del cuaderno 1 del Tribunal.

[6] Folio 94 del cuaderno 1 del Tribunal.

[7] Folios 97 y 98 del cuaderno 1 del Tribunal.

[8] Folios 147 y 148 del cuaderno 1 del Tribunal.

[9] Folios 155 y 156 del cuaderno 1 del Tribunal.

[10] Folio 166 del cuaderno 1 del Tribunal.

[11] Folio 91 del cuaderno principal.

[12] Folio 102 y 103 del cuaderno principal.

[13] Folios 110 a 117 del cuaderno principal.

[14] Folios 119 y 120  del cuaderno principal.

[15] Folios 123 a 128 del cuaderno principal.

[16] Folio 143 del cuaderno principal.

[17]  Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

[18] “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda:ineficiente”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.174.

[19] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1 de octubre de 1992, expediente: 10923.

[20] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 2 de mayo de 200, Expediente: 15989.

[21] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 25 de julio de 1994, expediente: 8666.

[22] Otros casos de detención injusta, distintos de los tres previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, podrían ser, por vía de ejemplo, los siguientes: detención por delitos cuya acción se encuentra prescrita; detención por un delito que la legislación sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exige querella de parte para el ejercicio de la acción penal, etc.

[23] Decreto 2700 de 1991, artículo 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios.

Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.

[24] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 17 de noviembre de 1995,  expediente: 10056.

[25] Folios 1 a 3 del cuaderno 1 del proceso penal

[26] Folios 53 y 54 del cuaderno 1 del proceso penal

[27] Folios 55 y 56 del cuaderno 1 del proceso penal

[28] Folios 17 y 18 del cuaderno 2 del proceso penal

[29] Folios 145 a 155 del cuaderno 1 del proceso penal

[30] Folios 159 a 161 del cuaderno 1 del proceso penal

[31] Folios 66 a 70 del cuaderno 2 del proceso penal

[32] Folios 76 a 89 del cuaderno 2 del proceso penal

[33] Folios 232 a 235 del cuaderno 1 del proceso penal

[34] Folio 290 del cuaderno 1 del proceso penal.

[35] Folio 293 del cuaderno 1 del proceso penal.

[36] Folio 296 del cuaderno 1 del proceso penal.

[37] Folio 316 del cuaderno 1 del proceso penal.

[38] Folios 345 y 346 del cuaderno 1 del proceso penal.

[39] Folios 108 a 112 del cuaderno 1 del Tribunal.

[40] ARTICULO  95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

(…)

7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;

[41] Artículo 476. Vigencia. Este Código entrará a regir un (1) año después de su promulgación.

[42] La Responsabilidad Extracontractual del Estado, XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, editores Juan Carlos Henao y Andrés Fernando Ospina Garzón, Colombia, septiembre de 2015, página 35.

[43] Responsabilidad del Estado y sus regímenes, de Wilson Ruiz Orejuela, Segunda Edición, ECOE EDICIONES, Bogotá, Colombia, reimpresión mayo de 2015, páginas 47 y 48.

[44] Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, de Allan R. Brewer- Carías y Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Universidad Externado de Colombia, Colombia, abril de 2013, páginas 171 y 172. El autor cita las sentencias C 333 de 1996 y C 285 de 2002, proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

[45] ARTÍCULO  177.

Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

[46] Manual de Derecho Procesal Civil, Parte General, Conforme con el Código General del Proceso, de Luis Jaime Osorio Rincón, Editorial LEYER, Bogotá, 2014, página 258.