

REPÚBLICA DE COLOMBIA



8

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja,

29 ENE 2020

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Pablo José Aguirre Gordillo y otros**
Demandado : **Nación –Rama Judicial – Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial – Fiscalía General de la Nación**
Expediente : **15001-33-33-012-2016-00049-01**

Tema: Confirma sentencia de primera instancia que negó pretensiones – Privación injusta de la libertad – no se probó falla en el servicio.

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de junio de 2017 proferida por el Juzgado Doce Administrativo Oral de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda, interpuesta por:

-PABLO JOSÉ AGUIRRE GORDILLO, en calidad de víctima directa, y quien actúa además en representación de sus menores hijos: Yorfan Estiven Aguirre González, Yulieth Natalia Aguirre González y Sofía Valentina Aguirre González.

-ANCELMA GONZÁLEZ LÓPEZ, en calidad de compañera permanente del señor Pablo José Aguirre Gordillo.

-MAYERLI ALEJANDRA AGUIRRE GONZÁLEZ, que actúa en calidad de hija del señor Pablo José Aguirre Gordillo, y en nombre y representación de su menor hijo TAYLOR ADRIAN AGUIRRE GONZÁLEZ (nieto del señor Pablo José Aguirre Gordillo)

-MARÍA EVELIA AGUIRRE Y MARÍA ANA DELIA AGUIRRE GORDILLO, en calidad de hermanas de Pablo José Aguirre Gordillo.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

2

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Solicitan declarar a la Nación- Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación, administrativa, extracontractual, patrimonial y solidariamente responsables, por los daños y perjuicios, patrimoniales y extrapatrimoniales, presentes y futuros causados con las acciones y omisiones que en desarrollo del proceso penal o investigación radicada bajo los números 150476000209201400147 (CUI inicial) y 150476000000201500003 (ruptura unidad procesal), dieron lugar a la privación de la libertad del señor **PABLO JOSÉ AGUIRRE GORDILLO**, con imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, por espacio de 2 meses y 24 días, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, investigación que fue precluida el 11 de febrero de 2015.

Como consecuencia de tal declaración solicitan se ordene a las entidades demandadas pagar las siguientes sumas de dinero:

1.1. Daños extra patrimoniales

1.1.1 Perjuicios morales.

-Para Pablo José Aguirre Gordillo, como mínimo, la suma equivalente a treinta y cinco (35) salarios mensuales legales vigentes.

-Para Yorfan Estiven, Sofía Valentina, Yulieth Natalia y Mayerli Alejandra Aguirre González (hijos) como mínimo, la suma equivalente a treinta y cinco (35) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno.

-Igual suma de dinero, para el menor Taylor Adrián Aguirre González, quien pese a ser nieto del entonces procesado es un “hijo de crianza”.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo
Superior de la Judicatura-Dirección
Ejecutiva de Administración de
Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

3

-Para la compañera permanente del señor Pablo José Aguirre Gordillo, la señora Ancelma González López la suma equivalente a treinta y cinco (35) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

-Para las señoras María Evelia Aguirre Gordillo y María Ana Delia Aguirre Gordillo, la suma equivalente a diecisiete y medio (17.5) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

1.1.2. Daño a la vida de relación

Por concepto de daño a la vida de relación solicita se condene la demandada al pago de 35 S.M.L.M.V para cada uno de los demandantes.

1.2. Daños patrimoniales

1.2.1. Daño emergente

Se ordene pagar a favor de señor Pablo José Aguirre Gordillo, la cantidad de cinco millones de pesos (\$5.000.000.00) que tuvo que sufragar por los honorarios profesionales del abogado defensor que lo asistió en el trámite del procedimiento penal; dineros que deberán ser debidamente indexados.

1.2.2. Lucro cesante

Se ordene pagar a favor de Pablo José Aguirre Gordillo los mensuales que dejó de percibir en su actividad como labriego y obrero de la cual fue obligado a separarse como efecto natural de la imposición de la medida de aseguramiento por espacio de dos (2) meses y veinticuatro (24) días y 8.75 meses, que de acuerdo con la jurisprudencia una persona se tarda luego de su salida de la cárcel en conseguir trabajo. Todo lo cual debe calcularse sobre la base de un salario mínimo mensual legal vigente más un 25% imputable a prestaciones sociales.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo
Superior de la Judicatura-Dirección
Ejecutiva de Administración de
Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

4

Solicitó además que las sumas que deba reconocer el Estado a través de las entidades demandadas sean actualizadas según la variación porcentual del índice de precios al consumidor a través de las fórmulas utilizadas por el Consejo de Estado.

Solicitó que se ordene a las demandadas a dar cumplimiento a la sentencia que imponga su despacho en la forma establecida en los artículos 192 a 195 y concordantes de la ley 1437 de 2011 y se condene en costas y agencias en derecho a las entidades accionadas, con arreglo a lo normado en el artículo 188 ibídem.

2 Fundamentos fácticos

Narra la demanda que el día 19 de noviembre de 2014, alrededor de las 10:00 am, en un operativo efectuado por la fuerza pública (Ejército Nacional), en zona rural del municipio de San Luis de Gaceno, fue capturado el señor Pablo José Aguirre Gordillo, junto con otras 7 personas, cuando presuntamente se dirigía para el procesamiento de narcóticos.

Que los detenidos, dentro de los cuales estaba el demandante, fueron presentados ante el juez de control de garantías (Juzgado Promiscuo Municipal de Chivatá), el día 20 de noviembre de 2014, oportunidad en la cual se surtieron audiencias de legalización de captura, formulación de imputación por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, así como la imposición de medida de aseguramiento, la cual consistió en detención preventiva en establecimiento carcelario.

En virtud de lo anterior el accionante fue conducido a las instalaciones del establecimiento penitenciario y carcelario de Guateque, donde permaneció recluso desde el 21 de noviembre de 2014.

Posteriormente, la Fiscalía General de la Nación tras constatar la no participación o intervención del demandante en los relatos que se le imputaron decidió solicitar la preclusión; decisión que adoptó con efecto de cosa juzgada el Juzgado Penal del Circuito especializado con funciones de conocimiento de Tunja en audiencia

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

5

celebrada el 11 de febrero de 2015, librándose la boleta de libertad correspondiente, y así fue como el accionante recobró su libertad el día 12 de febrero de 2015.

Adujo el demandante que es la única persona que sufraga las necesidades económicas de su familia, gracias a su trabajo agrícola o como obrero de jornal

Que la privación de la libertad de que fe objeto Pablo José Aguirre le generó tanto a él como a su familia daño moral y económico por la persecución penal y la imposición de la restricción de su libertad, empero aun después de cesado el procedimiento penal sigue siendo objeto de miradas y señalamientos, como si se tratara de un delincuente que salió libre por defectos de la justicia.

Que la señora Ancelma González López, de un momento a otro se vio avocada al rol de proveedora del hogar, en virtud de la privación de la libertad de su esposo, sin saber oficio distinto; su vida cambió diametralmente cuando pasó a encargarse de los quehaceres del hogar y del cuidado de sus hijos y nieto, a vivir en el casco urbano del municipio en un inquilinato donde ocupaba una habitación que compartía con sus 4 hijos y nieto, viviendo de la ayuda de familiares o la caridad de terceros.

3. Fundamentos de derecho

Adujo que los hechos relacionados en la demanda corresponden a una privación injusta de la libertad quebrantando los artículos 1º, 2º, 13, 28, 29, y 90 de la Constitución Política, artículos 410 y 414 del Código de Procedimiento Penal, artículos 65 y 68 de la Ley 270 de 1996, y artículo 7º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Que según la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado se configura una responsabilidad objetiva en todos los casos en los que el proceso penal no termine con sentencia condenatoria cualquiera sea la razón para ello.

Manifiesta que en el desarrollo del proceso penal se puede apreciar lo injusto de la privación de la libertad del accionante, en tanto no era autor, participe o determinante

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

6

de las conductas punibles que se le imputaban. Por esta razón, a la NACIÓN- RAMA JUDICIAL le son atribuibles equivocaciones e injusticias por haber dispuesto las medidas restrictivas de la libertad sin comprobarle ser penalmente responsable de los relatos de la imputación.

Respecto de la Fiscalía General de la Nación adujo que persiguió e imputó al demandante delitos que no había cometido y adicionalmente solicitó en su contra la limitación de su derecho a la libertad personal, generando desconcierto y zozobra en su entorno personal, familiar y social; situación que se ve agravada cuando a esas decisiones llegó con falta de diligencia en la investigación, pues desde el principio se evidenció que el demandante no tenía participación en los punibles de tráfico y fabricación de narcóticos o de las sustancias para producirlas.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 16 de junio de 2016¹, en el que además se ordenó la notificación personal a las entidades demandadas, a la Agencia Nacional De Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en los artículos 171 y 199 del C. P. A. C. A.²

1. Contestación de la demanda

1.1. Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial³

Mediante escrito radicado el 5 de agosto de 2016, el apoderado de la accionada contestó la demanda manifestando su oposición a las pretensiones de la misma.

Alegó que las actuaciones del juzgado con funciones de control de garantías tuvieron respaldo legal en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, que exhibió la Fiscalía General de la Nación en audiencia

² Ver folios 62 y 63

³ Ver folios 75 - 83

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

7

preliminar; entidad que insistió con base en el material probatorio recolectado durante la investigación la necesidad de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

Afirmó que el Consejo de Estado respecto a la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad ha hecho varias interpretaciones, una de las cuales se encuentra plasmada en sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, radicación 520012331000199667459-01, que trata la responsabilidad objetiva y permite entender que cuando una persona es sometida a medida privativa de la libertad y posteriormente es absuelta, habrá lugar a declarar la responsabilidad del Estado por daño especial.

Sin embargo, en pronunciamientos posteriores, el Consejo de Estado⁴ indicó que en sede de responsabilidad por privación injusta de la libertad, es dable realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustentaron la exoneración penal podrían permitir la aplicación del *in dubio pro reo*, si hubo deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son las que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación penal a su favor.

A la luz de estos criterios adujo que el juez con función de control de garantías que actuó durante el proceso penal cumplió las funciones que le asigna la Ley 906 de 2004, que las audiencias dirigidas por él fueron preliminares, y en ellas no se discute responsabilidad penal de los imputados, por cuanto no trabaja con elementos probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, elementos que no constituyen plena prueba, y por ende no son suficientes para discutir la responsabilidad, por lo cual la medida de aseguramiento impuesta obedeció a principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación.

⁴ Sentencia del 10 de agosto de 2015, con ponencia del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación N° 54001233100020000183401(30134)

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo
Superior de la Judicatura-Dirección
Ejecutiva de Administración de
Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

8

Sostuvo que en la audiencia de imputación e imposición de medidas de aseguramiento que tuvo a su cargo el juez de control de garantías, con base en las pruebas aportadas por la Fiscalía, se podía inferir de manera razonable la necesidad de la medida más no la responsabilidad del imputado en el delito endilgado, de tal manera que el resultado dañoso resulta imputable a la actuación referida, lo que genera carencia de responsabilidad de la Rama Judicial, por ausencia de nexo causal, pues la privación injusta de la libertad del accionante, desde la causalidad material fue producto de la actuación del ente investigador, lo que rompe el nexo de causalidad entre el acto jurisdiccional de privación de la libertad y el daño que se le alega.

Finalmente propuso las excepciones que denominó:

Falta de causa para demandar

En el sentido de que las investigaciones penales que se desarrollan acordes con la ley no pueden ser causal de indemnización alguna y porque detenciones como las que tuvo que sufrir el demandante están permitidas por el ordenamiento legal vigente y así lo ha plasmado en diferentes jurisprudencias el Consejo de Estado.

Falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que la labor investigativa, probatoria y acusatoria era competencia exclusiva de la Fiscalía General de la Nación, además porque el nexo causal que causó la privación de la libertad del demandante no es imputable a la Rama Judicial sino a la Fiscalía General de la Nación.

Ausencia de nexo causal entre el daño alegado y la actuación de los jueces de la República, dado que la privación de la libertad del demandante fue decretada por el Juez de Control de Garantías una vez verificó que tendía al cumplimiento de los fines constitucionales del artículo 250 y con pleno respeto de los requisitos señalados por los artículos 297, 301 y subsiguientes de la Ley 906 de 2004, de manera que tal actuación era un imperativo legal.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

9

1.2. Fiscalía General de la Nación⁵

A través de apoderado judicial se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que la Fiscalía General de la Nación obró de conformidad con la obligación y funciones establecidas en el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia y en la Ley 906 de 2004, por lo que no se puede predicar que la actuación desplegada por el ente investigador no estuvo ajustada a derecho, ni que fue producto de un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ni de ningún tipo de error, ni mucho menos incurrió en privación injusta de la libertad del demandante.

Señaló que la labor de la accionada en un principio se suscribe a adelantar la investigación penal y posteriormente, atendiendo al material probatorio recaudado, solicitar en el momento procesal oportuno la detención del sindicado como medida preventiva, correspondiéndole entonces al juez de garantías estudiar dicha solicitud y analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, decretando las que considere procedentes, para luego establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, que en últimas si todo se ajusta a derecho, es el juez de garantías bajo su responsabilidad quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer.

Indicó la accionada que no existe nexo sustancial entre las partes con ocasión del daño producido, es decir, la vinculación al proceso y privación de la libertad del convocante.

Finalmente propuso como excepción: “falta de legitimación en la causa por pasiva”, reiterando que la responsabilidad de imponer la medida privativa de la libertad está en cabeza del Juez de Control de Garantías.

2. Audiencia inicial

⁵ Ver folios 88 a 97

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo
Superior de la Judicatura-Dirección
Ejecutiva de Administración de
Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

10

Mediante proveído del 27 de octubre de 2016⁶ se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 180 del CPACA diligencia que se llevó a cabo el día señalado y se desarrolló dentro de los parámetros consagrados en dicho artículo, saneando el proceso, pronunciándose sobre las excepciones propuestas por los accionados y fijando además el litigio en torno a los hechos y pretensiones.⁷

3. Audiencia de pruebas

De conformidad con lo previsto en el artículo 181 del CPACA, en audiencia llevada a cabo el día 31 de marzo de 2017 se practicaron las pruebas decretadas en la audiencia inicial.⁸

Igualmente se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y se informó tanto a las partes como al Ministerio Público la posibilidad de presentar sus alegaciones por escrito dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la referida decisión.

4. Alegatos de conclusión

Dentro del término otorgado presentó escrito la parte demandante y la Fiscalía General de la Nación. La Rama Judicial guardó silencio.

4.1. Parte demandante⁹

Señaló que del material probatorio ordenado, practicado e incorporado se logra evidenciar la existencia de una privación injusta de la libertad del demandante, entre el 19 de noviembre de 2014 y el 12 de febrero de 2015, en virtud de los hechos ocurridos el 19 de noviembre de 2014, en la vereda Gazajarro del municipio de San Luis de Gaceno, donde fue capturado el accionante junto con otras siete personas que

⁶ Ver folio 113

⁷ Ver folios 114-121

⁸ Ver folios 260 - 262

⁹ Ver folios 263 a 265

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

11

al parecer estaban realizando actividades propias del procesamiento de estupefacientes.

Manifestó que si bien puede afirmarse que la privación injusta de la libertad que es objeto de reclamo cumplió con los requerimientos convencionales, constitucionales y legales que impone el ordenamiento jurídico, lo cierto es que los elementos materiales de la prueba con los que se fundó carecían de calidad y fuerza probatoria para haber sustentado una condena, sin embargo, fueron tenidos en cuenta para restringir la libertad del demandante.

Lo injusto de la privación de la libertad impuesta se verifica en la audiencia preliminar realizada el 20 de noviembre de 2014 ante el Juez Promiscuo Municipal de Chivatá, en la que solo se contó con los informes de Policía Judicial presentados a la Fiscalía, en los que se evidencia que el accionante fue capturado en el laboratorio y se tiene como un miembro de la organización criminal; sin embargo, bastó haber realizado entrevistas a los demás capturados quienes manifestaron no distinguirlo y no reconocerlo como miembro o trabajador del laboratorio para el procesamiento de estupefacientes.

Argumentó que en el caso concreto el único de los capturados fue el señor Fabio Zarate quien aclaró que, si bien el accionante fue capturado, esa captura no se realizó en el laboratorio como reza en el informe de policía y su presencia obedeció fue a la ayuda que él le estaba prestando a cargar unos bultos al señor Zarate, mas no a su conocimiento sobre el delito.

Afirma que el día 11 de febrero de 2015, el Juez Penal del Circuito Especializado de Tunja, precluyó la investigación por la causal 5 del artículo 322 del Código de Procedimiento Penal, esto es, ante la ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado. Resaltó que esa verificación se había podido realizar desde los actos urgentes y no semanas después, evitando así un perjuicio para los demandantes.

Finalmente expuso que los daños morales se deben presumir, y que verificando el parentesco, en lo que refiere a los daños a la vida en relación están probados con las

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

12

pruebas testimoniales, por esa razón solicitó se acceda a las suplicas de la demanda, condenando por daños materiales, morales y por alteración a las condiciones de existencia de los demandantes.

4.2. Fiscalía General de la Nación¹⁰

La Fiscalía General de la Nación reiteró los argumentos de la contestación de la demanda, según los cuales actuó en cumplimiento de sus competencias según lo establecido en el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia y la Ley 906 de 2004.

Asimismo, insistió en que se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva toda vez que la Fiscalía es quien asume el papel acusador frente a conductas punibles más no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo éste el fundamento principal que conlleva a que sea eximida de responsabilidad frente a una detención calificada por los solicitantes como falla del servicio, pues la legalidad fue avalada por el respectivo juez competente.

III. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja mediante fallo proferido el 15 de junio de 2017 declaró no probadas las excepciones denominadas “falta de causa para demandar” y “ausencia de nexo causal entre el daño alegado y la actuación de los jueces de la república”, propuesta por la Nación-Rama Judicial, acorde con lo expuesto en la parte considerativa.

Asimismo, el a quo declaró de oficio la excepción de culpa exclusiva de la víctima y como consecuencia negó las pretensiones de la demanda, condenando en costas a la parte accionante y fijando agencias en derecho la suma correspondiente al uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones de la demanda.

¹⁰ Ver folios 266 a 273

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo
Superior de la Judicatura-Dirección
Ejecutiva de Administración de
Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

13

Para concluir lo anterior, realizó un estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de privación injusta de la libertad, indicando que la postura vigente para el momento en que se profirió la sentencia de primera instancia, es aquella que realiza el estudio de responsabilidad a título objetivo, en el entendido de que es imperativa la declaratoria de responsabilidad en todos los eventos en los cuales el implicado que ha sido privado de su libertad es absuelto o se precluye la investigación a su favor, cuando en el proceso que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se determine que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió y/o la conducta es atípica, siempre y cuando no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional en cuyo caso podrá aplicarse un régimen subjetivo de responsabilidad.

Atendiendo a dicho criterio, el plan metodológico de la primera instancia a fin de resolver el caso estudiado, consistió en analizar si existieron los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado a saber: (i) que una persona sea detenida preventivamente por decisión de autoridad judicial competente, que sea exonerada mediante sentencia absolutoria definitiva o mediante su equivalente (preclusión de la investigación) (ii) que la decisión absolutoria se haya proferido como consecuencia de que el hecho no existió, que el sindicado no lo cometió, que el hecho que realizó no era punible o en razón al indubio pro reo. Analizados dichos presupuestos, señaló el a quo que estudiaría la existencia de los eximentes de responsabilidad para finalmente establecer si los demandantes sufrieron daños.

Tuvo por acreditado la primera instancia la existencia del daño antijurídico consistente en la privación de la libertad por un periodo de dos meses y 24 días. Verificó además la absolución del demandante como consecuencia de los resultados obtenidos en las entrevistas realizadas por la policía judicial a los demás capturados por los mismos hechos, quienes dieron cuenta de que el aquí demandante no trabajaba en el laboratorio para el procesamiento de estupefacientes en el que se les capturó, coligiéndose de ello, que era procedente la referida preclusión como consecuencia de la presencia de la causal quinta del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, es decir la no participación en los hechos por parte del señor Pablo José Aguirre Gordillo.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo
Superior de la Judicatura-Dirección
Ejecutiva de Administración de
Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

14

Al descender al estudio sobre eximentes de responsabilidad, valoró la primera instancia las pruebas obrantes en el plenario, tales como la ficha de individualización de captura del demandante, su lugar de residencia, las características del lugar donde se ubicó el laboratorio, las evidencias físicas recolectadas en el lugar de los hechos y que permitieron tener certeza que se trataba de un laboratorio de procesamiento de narcóticos, las audiencias previas de control de legalidad de la captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, dentro de la cual se resaltó la declaración rendida por el sargento Luís Abelardo Murillo que realizó la captura del hoy demandante.

Valoradas dichas pruebas, concluyó la primera instancia que ellas permiten establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar, quedando demostrado que el señor PABLO JOSÉ AGUIRRE GORDILLO obró con culpa grave, colocándose en una situación de riesgo, exponiéndose a la captura y posterior orden de privación de la libertad que en su contra se impuso. Indicó la juez lo siguiente:

“Efectivamente al hacer una valoración de las entrevistas relatadas por la Fiscal que solicitó preclusión de la investigación, así como del testimonio de LUIS ABELARDO MURILLO HERNÁNDEZ, suboficial de Ejército que comandó al grupo de militares dentro de la operación que culminó con la captura del demandante y acudiendo a las reglas de la experiencia y sana crítica es evidente que i) el señor Aguirre Gordillo fue contratado para llevar una carga hasta un lugar de difícil acceso, apartado de la civilización, en una vereda diferente a la de su lugar de habitación, donde ni siquiera resultaba fácil el acceso por helicóptero, en tanto que sólo había un camino que conducía exclusivamente al laboratorio de fabricación de estupefacientes, rodeado de caños y con abundante vegetación nativa, ii) que su actuación fue consciente, que sabía lo que estaba haciendo toda vez que decidió voluntariamente acudir a ese sitio tan apartado de su lugar habitual de trabajo y/o residencia y de difícil acceso donde se produjo su captura, iii) que no existen otras pruebas que indiquen o sugieran la presencia del demandante en dicho lugar, diferentes a cumplir con la entrega del paquete que se le encomendó.

Así las cosas, la captura del señor AGUIRRE GORDILLO no fue producto de una casualidad, como por ejemplo, que se le hubiese pedido el favor de ayudar a bajar una carga cuando pasaba fortuitamente cerca al laboratorio ilícito porque se dirigía a su finca o a su trabajo. Ello no fue así, por el contrario, está demostrado que aquel se dirigía sin ningún tipo de presión y/o coacción con dirección al laboratorio donde fue capturado, siendo sorprendido por el Ejército con un horno microondas y una bestia cargada con base de coca, cuyo destino final indudablemente era un recinto clandestino destinado a la producción de narcóticos localizado en la mitad del monte.

En otras palabras, el demandante no obró con diligencia ni prudencia, aceptó un contrato para llevar una carga hasta un lugar ilícito, prohibido, donde se llevaban a

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

15

cabo actividades ocultas y al margen de la ley, exponiéndose a una situación de peligro, generando el riesgo de ser capturado.

Así las cosas, para el Despacho la privación de la libertad del demandante no fue producto del azar, de la mala suerte, por encontrarse en el lugar equivocado, ya que se insiste, aquel propició su captura al aceptar llevar una carga hasta un laboratorio al margen de la ley y de las condiciones indicadas.

Debe destacarse que esta instancia no pretende lanzar reproches respecto de la preclusión de la investigación en contra del señor PABLO JOSÉ, porque tanto la Fiscalía como el Juez Especializado de conocimiento obraron dentro del marco de sus competencias, además porque la responsabilidad penal del demandante no es objeto de análisis del presente proceso; sin embargo, a diferencia de lo que plantea la parte actora en su demanda y alegatos de conclusión, el hecho de haberse precluido la investigación porque el demandante no participó en los hechos imputados, no significa que el Juez administrativo deba asumir de forma pasiva el análisis probatorio, aplicando mecánicamente una responsabilidad objetiva.

En todo caso, al margen de la discusión de si dicha medida fue excesiva o no, lo cierto es que el comportamiento irregular del señor Aguirre Gordillo puso en funcionamiento el aparato judicial del Estado y, de paso, provocó las decisiones y medidas que lo afectaron, acerca de lo cual vale la pena recordar que el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia- dispone que "el 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", eventos éstos que, de llegar a configurarse, enervarían la responsabilidad del Estado.

(...)

La reprochable conducta de la víctima, en el caso sub examine, hace que la decisión adoptada por la autoridad judicial aparezca como plenamente proporcionada como resultado del juicio de ponderación entre los intereses jurídicos colisionantes en el caso concreto: efectividad de las decisiones a adoptar por la Administración de Justicia, de un lado y esfera de derechos y garantías fundamentales del individuo, de otro.

Cabe destacar que, frente a casos como éste, corresponde a la parte actora acreditar cuál fue la actuación del Estado que produjo el daño, además del nexo de causalidad entre estos dos elementos, los cuales, en el asunto sub examine, se encuentran acreditados, ya que fue una decisión de la Administración de Justicia, en cabeza del Juez de Control de Garantías, la que determinó que el señor Pablo José Aguirre hubiera sido privado de la libertad durante 2 meses y 24 días, al cabo de los cuales fue exonerado de responsabilidad. Por su parte, la demandada tenía la obligación de demostrar que se configuró algún supuesto de hecho que impidiera el surgimiento de responsabilidad del Estado, acerca de lo cual es dable señalar que la privación de la libertad de la que fue víctima el demandante obedeció a su propia culpa, toda vez que, como quedó visto, aceptó libre y conscientemente un contrato cuyo objeto fue transportar una carga a un lugar retirado y de difícil acceso donde operaba un laboratorio para el procesamiento de clorhidrato de cocaína, razón por la cual las entidades demandadas iniciaron un proceso penal en su contra, en desarrollo del cual y conforme a las pruebas que militaban en el proceso penal, como que éste cumplía con la entrega de la carga en el mismo momento cuando el Ejército Nacional desmanteló el laboratorio-, vio la necesidad de implementar las medidas que lo afectaron y, por tanto, es obvio que dicho señor estaba obligado a soportarlas¹¹.

¹¹ Ver folios 291 a 293 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

16

Negó entonces la juez de primera instancia las pretensiones de la demanda.

IV. . SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión del Juez Administrativo la parte actora, interpuso recurso de apelación¹² contra la sentencia proferida bajo los argumentos que a continuación se resumen:

Tras hacer una síntesis de la decisión y sustentar a grosso modo las razones probatorias que llevaron al juez a fallar de tal manera, plantea que la sentencia recurrida adolece de errores de hecho y de derecho, los cuales surgen de la valoración y apreciación probatoria que se realizó.

El recurrente señala que el a-quo no podía declarar de oficio la excepción de culpa exclusiva de la víctima, acudiendo a "*criterios de discriminación a la población pobre y vulnerable del país*", ello porque el demandante fue hallado en "*un lugar de difícil acceso, de abundante vegetación y apartado de la civilización; retirado, lejano de su sitio de habitación o de trabajo, donde ni siquiera podía aterrizar un helicóptero*" a donde el demandante de manera voluntaria aceptó llevar una carga, pues, la presencia del demandante en dicho sitio obedecía a que se dedicaba a labores del campo.

Afirmó además el apelante que las pruebas recaudadas dentro del proceso penal y que sirvieron para solicitar la preclusión de la investigación – especialmente las entrevistas recibidas a los demás capturados - demuestran que el demandante desconocía que se dirigía a un laboratorio de procesamiento de narcóticos, no siendo dable al juez administrativo concluir entonces que el demandante es culpable de su privación de la libertad, asumiendo que conocía del elemento ilícito que se transportaba.

Señaló el apelante que la primera instancia se concentró en la existencia de un contrato al que no le dio calificación alguna – transporte, jornal u otro tipo – sin tener en cuenta que el demandante se dirigía a su finca en Cumaral, - vereda más distante de Gazajarro

¹² Ver folios 295 a 311 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo
Superior de la Judicatura-Dirección
Ejecutiva de Administración de
Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

17

donde se encontraba el laboratorio – y aprovechando, de camino, y por solicitud de Fabio Zarate, le ayudó a llevar una carga en unas bestias de su propiedad, a lo cual accedió, de pronto sí, esperando alguna recompensa económica.

Pese a lo anterior, más allá de si existió o no contrato, lo que debió sopesar la primera instancia era si el demandante sabía o debía saber de la actividad ilegal allí desarrollada, lo cual, quedó desestimado con las entrevistas recaudadas por la Policía Judicial.

Otro aspecto que se debe tener en cuenta al decir del apelante es que la absolución no operó por duda probatoria, sino por la inexistencia de pruebas que conllevara responsabilidad penal del demandante, luego no es dable concluir que fue él mismo el que propició su captura al aceptar llevar la carga hasta el laboratorio, generando el riesgo de ser capturado, pues si ello fuera así, no habría sido exonerado de toda responsabilidad. Sin embargo, la juez de primera instancia desconoció la decisión absolutoria proferida respecto del hoy demandante, dejando de lado además el principio de presunción de inocencia y de buena fe.

Previo a definir lo que debe entenderse por culpa grave indicó el apoderado de la parte demandante que la juez de primera instancia se limitó a expresar que el demandante no actuó como lo haría un hombre prudente y cauteloso, pero no dice, cómo era que debía comportarse, máxime cuando adujo la existencia de un contrato no especificado.

No obstante no pudo tratarse de un contrato de transporte por no estar presente ninguno de los elementos contemplados en los artículos 1010 y 1013 del C.co. Además, el demandante no era dueño de los medios de transporte (bestias), ni garantizaba la integridad de la carga; **se trataba de un favor consistente en arrear unos semovientes y bajar una carga, con la esperanza de una posible remuneración, ni siquiera pactada**, y no podía exigirse al demandante haber cumplido un deber consistente en abrir costales ajenos o exigir a Fabio Zarate manifestar si se dedicaba a alguna actividad ilegal.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo
Superior de la Judicatura-Dirección
Ejecutiva de Administración de
Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

18

Solicitó además tener en cuenta que el demandante no cargaba el paquete que contenía la droga sino que este cargaba el horno microondas y de ello da cuenta la declaración rendida por el sargento Abelardo Murillo Hernández.

Trae a colación el concepto jurisprudencial de culpa exclusiva de la víctima para significar que la misma solo es predicable cuando se presenta violación de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado o que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta, más en el presente caso, el demandante no desconoció obligación alguna.

Finalmente indica que la medida de aseguramiento de que fue objeto el demandante bien pudo no ajustarse a los presupuestos legales exigidos para ello, incurriendo en defecto tanto la Fiscalía como el juez de control de garantías, por lo siguiente:

- La Fiscalía estaba en la obligación de demostrar por inferencia razonable la participación del demandante como autor o cómplice, pero esta entidad utilizó las mismas pruebas para todos, sin diferenciar la situación de la parte actora, quien a diferencia de los otros 6 sujetos que fueron capturados en el laboratorio, lo fueron en un camino que a él conducía, siendo apenas necesario, profundizar en la situación de aquellos respecto de la posible responsabilidad penal que tuvieran, pues según lo informado por el sargento Hernández, el señor Aguirre Gordillo sólo llevaba un horno e indicó estar ayudando en el descargue. Por su parte, fue al señor Zarate a quién se le encontró 1.400 gr de pasta de coca

- Era entonces deber de la Fiscalía entrevistar a los señores Zarate y Gordillo y también a los otros 6 detenidos en el contexto de los actos urgentes con el ánimo de determinar cuál era su participación real, pues un mínimo de averiguación habría evitado de manera temprana el daño ocasionado. En otras palabras, la Fiscalía no valoró la participación del demandante en los hechos, pues nótese que posteriormente la solicitud de preclusión se dio con las solas entrevistas recibidas a los demás capturados.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

19

- Por su parte el juez de control de garantías omite un examen riguroso a fin de establecer si se estaba ante un autor o cómplice. Tampoco exigió sustentación de la medida en lo que al demandante se refiere, máxime cuando la situación de su captura fue diferente.

- Acepta el apoderado de la parte demandante que eventualmente la presencia del demandante en el camino hacia el laboratorio podría constituir indicio de su participación, pero el mismo pudo ser despejado con el interrogatorio o entrevista, pero en su lugar de manera apresurada se ordenó la medida de aseguramiento aquí discutida.

Finaliza la sustentación de la apelación solicitando se revoque la sentencia de primer grado y se acceda de forma íntegra a las pretensiones de la demanda.

V. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, concedió el recurso de apelación interpuesto por el demandante, en efecto suspensivo.¹³

Mediante providencia del 08 de septiembre de 2017, esta corporación admitió el recurso de apelación en el efecto suspensivo, por cumplir los requisitos legales.¹⁴

A través de proveído del 06 de octubre de 2017 se abstuvo el despacho fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, por cuanto la consideró innecesaria, ya que las partes no solicitaron pruebas y se ordenó en su lugar la presentación de los alegatos por escrito, tal como lo autoriza el numeral 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A. (fl. 325).¹⁵

1. Alegatos de conclusión

1.1. Alegatos de conclusión presentados por la Fiscalía General de la Nación¹⁶

¹³ Ver folio 315

¹⁴ Ver folio 320

¹⁵ Ver folio 325

¹⁶ Ver folios 3287 a 332

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

20

Mediante escrito de fecha del 23 de octubre de 2017, presenta alegatos, en los siguientes términos:

En primer lugar, manifiesta que la entidad se adhiere al fallo de primera instancia que declaró probada la excepción culpa exclusiva de la víctima por las razones expuestas en su parte motiva.

Señala además que la Fiscalía obró conforme a un deber legal establecido en los artículos 6, 28, 250 de la Constitución Política de Colombia además de los artículos 120, 247, 388 y 441 del Decreto Ley 2700 de 1991. Indicó que dentro del caso estudiado existían los presupuestos jurídicos, fácticos y probatorios para tomar la decisión discutida y no hay prueba de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y violatoria del derecho de defensa, debido proceso en las etapas procesales por parte de esta entidad, por el contrario, al sindicado se le dieron todas las garantías procesales en todas y cada una de las actuaciones.

Solicita además que el caso se estudie a la luz de los eximentes de responsabilidad, toda vez que en el caso se evidencia el actuar de la Fiscalía General de la Nación, a la luz de la legalidad.

1.2 Concepto rendido por el Ministerio Público¹⁷

Mediante escrito del 08 de noviembre de 2017, solicita tenerse en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado conforme a la cual la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado el daño antijurídico por la privación de la libertad “de una persona a quien se le precluyó la investigación o es **absuelta** porque nada tuvo que ver con el delito investigado” (Negrilla en texto original).

Previo estudio de la teoría de la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad, señaló el Ministerio Público que *“el hecho de la víctima, como eximente de responsabilidad, se configura cuando el suceso causalmente vinculado a la producción del daño no es predicable de la administración, sino del proceder – activo y omisivo – de la*

¹⁷ Ver folios 333 a 341

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

21

propia víctima, esto es, de quien sufrió el perjuicio, si el proceder – activo u omisivo – de aquella tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño, y el proceder – activo y omisivo, de aquélla debe constituir, exclusiva o parcialmente, causa eficiente del perjuicio reclamado, en el presente caso, la privación de la libertad se originó en la imputación realizada por la Fiscalía y materializada con la medida de aseguramiento, no se originó al quedar ejecutoriada la decisión al no ser interpuestos los recursos, ya que la presentación de recursos contra la providencia que ordena la medida de aseguramiento no es un requisito para la declaratoria de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad.

*Así, respecto al señor Aguirre Gordillo si puede aceptarse la tesis del a quo, quien manifiesta en su providencia que la privación de la libertad devino como resultado de una actuación imputable a él mismo, pues si bien la presunción de inocencia del demandante se mantuvo incólume en el proceso penal, por cuanto no se logró establecer su participación activa en los delitos investigados; si está probado en el expediente que acompañó a Fabio Andrey Zarate López, en un lugar despoblado, que resguardó y transportó un costal sin verificar su contenido, que así se trate de un hombre humilde, con necesidades económicas, no es comprensible que **sin conocer a su acompañante**, se dirija a un lugar también para él desconocido, en medio de una trocha de difícil acceso, lejos de su lugar de residencia, cargando un paquete de igual forma con contenido desconocido y que resultó ser una sustancia ilegal, lo que constituyó una negligencia grave de su parte, por cuanto omitió verificar el contenido los cuales escondían material ilícito y preguntar hacia donde se dirigían. De esta manera, considera esta delegada que de acuerdo a los lineamientos establecidos en el Código Civil, la conducta del demandante fue determinante para que se adelantara investigación en su contra y sufriera el daño que padeció.”*

Solicitó entonces el Ministerio Público confirmar la sentencia proferida en primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico

De la confrontación del fallo de instancia y del recurso de apelación, surge como problema jurídico, el determinar si el señor Pablo José Aguirre Gordillo fue objeto de una privación injusta de su libertad que permita estructurar la responsabilidad extracontractual del Estado, en cabeza de las entidades demandadas, ello en atención

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo
Superior de la Judicatura-Dirección
Ejecutiva de Administración de
Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

22

a que el proceso penal adelantado en su contra, culminó con preclusión de la investigación. Para ello es preciso verificar si al tenor del artículo 90 constitucional resultó probada la falla en el servicio de parte de las demandada y si la conducta del demandante resultó determinante en la producción del daño que se alega le sea reparado.

Para despejar estos interrogantes, la Sala considera necesario establecer los fundamentos jurídicos de: a) del derecho a la libertad; b) de la responsabilidad extracontractual del Estado y sus elementos; c) de la responsabilidad extracontractual del Estado en casos de privación injusta de la libertad; d) del título de imputación en casos de privación injusta de la libertad y sus eximentes de responsabilidad y e) el caso en concreto.

3. Del derecho a la libertad

Uno de los principios fundamentales de la estructura del Estado es asegurar a sus integrantes la libertad, derecho cuya garantía está a cargo del mismo. En punto específico a la libertad de locomoción y a su restricción, los artículos 24 y 28 constitucionales establecen que todo colombiano tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él con las limitaciones que establezca la ley; además ordena que nadie puede ser reducido a prisión o arresto, ni detenido, sino por mandato de la autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

De manera que la facultad del Estado de privar a una persona de la libertad tiene arraigo constitucional, y se encuentra sujeta al cumplimiento de los requisitos que establezca la ley establezca.

Sobre la facultad para reglamentar las situaciones que conllevan privación de la libertad, y el procedimiento para su ejecución, la Corte Constitucional ha considerado que es una facultad amplia pero exclusiva del legislador¹⁸ sumado a que dentro del

¹⁸Sentencia C-575 de 26 de agosto de 2009. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

23

trámite de dicha privación, las autoridades se encuentran sometidas a la garantía del debido proceso.

Queda claro entonces que la privación de la libertad no puede constituirse dentro del marco de un Estado social y democrático de derecho en la regla general, sino que debe producirse con arreglo a preceptos superiores expedidos por autoridad competente, y su materialización, debe darse dentro de respeto por el debido proceso y las garantías al derecho de defensa, ello, por las graves implicaciones que puede generar para los derechos de la persona. En consecuencia, ante el desconocimiento de dichas garantías, surge para el Estado la obligación de reparar al afectado.

Ahora bien, dentro de las facultades para privar la libertad, la misma no es solo consecuencia de una condena, sino que el legislador la ha contemplado también como una medida preventiva para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; o cuando el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; o resulte probable que no comparezca al proceso o que no cumplirá la sentencia. Sin embargo, el ejercicio de dicha potestad, tampoco es ajeno a la garantía de un procedimiento establecido y su no ejercicio puede constituir el inicio de una privación injusta de la libertad.

El numeral 8° del artículo 114 de C. P. P. confiere a la Fiscalía General de la Nación la posibilidad de solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas, al tiempo que el artículo 139 ibídem impone como deber del juez ejercer los poderes disciplinarios y aplicar las medidas correccionales, con el fin de asegurar la eficiencia y transparencia de la administración de justicia.

Conforme a lo anterior, la privación de la libertad dentro del procedimiento penal, se constituye como la sanción por la comisión de un delito, o la medida preventiva que se toma para efectivizar el ejercicio de la administración de justicia.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

24

Sin embargo, las funciones judiciales son desplegadas por servidores públicos, que en cumplimiento de su deber, pueden errar, razón por la cual, el constituyente y el legislador han previsto tales situaciones al punto de determinar que el Estado se hace responsable por una privación injusta de la libertad. A continuación, la Sala estudiará dicha responsabilidad.

4. –De la responsabilidad extracontractual del Estado

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables:

“ART. 90-. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

Al definir el alcance de la norma en cita, la Corte Constitucional¹⁹ señaló:

“Ahora bien, como se ve, el actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

(...)

La Corte Constitucional coincide entonces con los criterios desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, juez especializado en este campo. En efecto, según esa Corporación, los criterios lentamente construidos por la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado han recibido una expresión constitucional firme en el artículo 90, que representa entonces “la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la de naturaleza contractual como la extracontractual”²⁰. Por ello ha dicho esa misma Corporación que ese artículo 90 **“es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la reponsabilidad patrimonial del Estado, trátese de la responsabilidad contractual o de la extracontractual”**²¹. *(subraya y negrilla del despacho)*

Lo anterior obviamente no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así, en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva. Con todo, esos regímenes quisieron ser englobados por el Constituyente bajo la noción de daño antijurídico, por lo cual, como bien lo señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en

¹⁹ Sentencia C 333 de 1996

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 1995, Expediente 8118. Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández.

²¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993, Expediente 8163. Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

25

el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado”²².

Nótese cómo desde entonces la Corte Constitucional fue clara en señalar que existen regímenes diferenciados para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado, los cuales se determinan según se exija prueba de la culpa de la autoridad, o dependiendo si la misma se presume, o si de la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas se deriva la responsabilidad objetiva.

4.1. De los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado

a). El daño

La doctrina ha definido el daño de la siguiente manera:

“el daño, en su sentido natural y obvio, es un hecho, consistente en el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., y supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo. La condición necesaria para que desencadene la reparación es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”²³.

Adviértase cómo el daño frente al cual el estatuto superior impone la obligación reparatoria a cargo del Estado, si bien puede revestir modalidades diversas de carácter material, moral, filosófico, entre otros, constituye un elemento indispensable para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado que sea antijurídico, esto es, que no se esté en obligación de soportarlo.

Sobre sus características ha dicho la jurisprudencia²⁴ que el daño debe ser cierto, concreto o determinado y personal. Significa lo anterior que no puede rodearlo la incertidumbre, debe verificarse que el daño existe, puede ser actual o futuro, lo

²² Sentencia C 33E de 1996

²³ Henao Juan Carlos en El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia.

²⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia de septiembre 14 de 2000, exp.12166, CP: María Elena Giraldo.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

26

importante es que no sea eventual o hipotético, además debe contraerse a una circunstancia específica, determinada y afectar a quien reclama la indemnización.²⁵

b). La imputación

El Consejo de Estado ha señalado que en materia de responsabilidad extracontractual del Estado el título de imputación varía de acuerdo a los hechos y circunstancias particulares que se acrediten en el proceso, los cuales deben ser valorados por el juez para resolver el caso a estudiar. Así lo ha dicho la Corporación²⁶.

“En lo que se refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta sentencia”.

Conforme a lo anterior, cuando existe un daño antijurídico y este resulta imputable a la acción u omisión de una entidad pública, esta debe indemnizar a aquel que resultó perjudicado. No obstante, para determinar la imputabilidad en cabeza de la entidad, existen regímenes diferenciados, pues en algunos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, otros se presumen en tanto que en ocasiones la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas permite que la responsabilidad sea objetiva.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que las actuaciones de los empleados del Estado, solo comprometen el patrimonio de la entidad estatal, cuando su conducta se presenta en el ejercicio del servicio públicos, es decir, en el desempeño de sus funciones. En otras palabras, no basta con que el daño sea ocasionado por un servidor público, pues

²⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia de mayo 7 de 1998, exp.10397, CP: Ricardo Hoyos Duque.

²⁶ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en la sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23219, C.P. Hernán Andrade Rincón.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

27

los que hayan ocasionado en el ejercicio de actividades privadas no son responsabilidad del Estado²⁷.

El título de imputación por excelencia es el de la falla en el servicio, respecto del cual, el Consejo de Estado²⁸ se ha pronunciado de la siguiente manera:

"() La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad".

5. De la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

El artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, derogado por el artículo 535 de la Ley 600 de 2000 señaló:

"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 hubiese sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave". (Negrilla fuera de texto)

Por su parte la Ley 270 de 1996 en su artículo 65 indicó que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por (i) el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad. El artículo 68 de la norma en cita preceptuó que "*quien haya sido injustamente privado de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios*".

²⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 68001-23-15-000-1999-02330-01(34928).

²⁸ Sentencia del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163 y del 10 de marzo del 2011,

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

28

Conforme a la normatividad transcrita el Estado Colombiano ha sido consciente de la necesidad de indemnizar a aquellas personas que hayan sido privadas de la libertad de manera injusta. No obstante, dicho criterio de injusticia ha desencadenado en diversos pronunciamientos jurisprudenciales en cuanto al título de imputación aplicable para establecer la responsabilidad del Estado por el hecho dañoso.

Así, en sentencia de 28 de agosto de 2014²⁹, el Consejo de Estado fijó y unificó los eventos de los cuales se podía derivar la responsabilidad extracontractual del Estado, por privación injusta de la libertad, indicando:

“En punto a los presupuestos para declarar la responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad de los ciudadanos, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha desarrollado una jurisprudencia consolidada, estable y reiterada, a partir de la interpretación y alcance del artículo 90 de la Constitución Política, el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 –Código de Procedimiento Penal- y de la Ley 270 de 1996.

En este sentido, de manera general, se aplica el régimen objetivo de responsabilidad y se impone su declaración en todos los eventos en los cuales el implicado que ha sido privado de la libertad finalmente es absuelto o se precluye la investigación a su favor, cuando en el proceso a que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se determine que i) el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica.

De igual forma, de conformidad con la postura reiterada, asumida y unificada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se amplió la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente frente a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio universal in dubio pro reo, por manera que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos, cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la medida de detención preventiva.”

Nótese que pese a que la Ley 599 del año 2000 derogó de manera expresa el Decreto 2700 de 1991, y sin que ello implicase la aplicación de una norma derogada, el Consejo de Estado continuó empleando el régimen de responsabilidad objetiva a los eventos allí contemplados, no siendo entonces determinante a la hora de establecer la

²⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SALA PLENA Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON. Sentencia fechada del veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014) Radicación número: 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149).

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

29

responsabilidad de la entidad si la misma actuó o no de manera responsable o cuidadosa.

No obstante, la Corte Constitucional³⁰ en sentencia de unificación del 5 de julio de 2018 se pronunció de la siguiente manera:

“104. Retomando la idea que se venía planteando, tenemos que el juez administrativo, al esclarecer si la privación de la libertad se apartó del criterio de corrección jurídica exigida, debe efectuar valoraciones que superan el simple juicio de causalidad y ello por cuanto una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, sustento normativo de la responsabilidad del Estado en estos casos, impone considerar, independientemente del título de atribución que se elija, **si la decisión adoptada por el funcionario judicial penal se enmarca en los presupuestos de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad.**

Lo anterior significa que los adjetivos usados por la Corte **definen la actuación judicial, no el título de imputación** (falta del servicio, daño especial o riesgo excepcional), esto es, aunque aquellos parecieran inscribir la conclusión de la Corte en un régimen de responsabilidad subjetivo; entenderlo así no sería más que un juicio apriorístico e insular respecto del compendio jurisprudencial que gravita en torno del entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en tanto, debe reiterarse, la Corte estableció una base de interpretación: **la responsabilidad por la actividad judicial depende exclusivamente del artículo 90 de la Constitución, el cual no establece un título de imputación definitivo, al haberse limitado a señalar que el Estado responderá por los daños antijurídicos que se le hubieren causado a los particulares.**

El artículo 90, debe reiterarse, establece un régimen general de responsabilidad definiendo exclusivamente la naturaleza del daño que es resarcible **—que debe ser uno antijurídico—**, dejando a salvo los demás supuestos constatables a la hora de definir la responsabilidad, esto es, la necesidad de acreditar que se presentó un hecho o una omisión atribuible al Estado o a uno de sus agentes, elementos cuya relación se define a partir de cualquiera de los títulos de imputación. (...)

De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, **el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.**

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

En efecto, estando en ciernes la investigación, el ente acusador debe tener claro que el hecho sí se presentó y que puede ser objetivamente típico, luego, en este tipo de casos el juez administrativo puede ser laxo desde el punto de vista probatorio y valorativo, en tanto en estas circunstancias es evidente que la Fiscalía, hoy los jueces³¹, disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos y, en tal virtud, deberá ser la

³⁰ Radicación número: 25000-23-26-000-2004-01168-01(33559); Actor: MAGNOLIA CUESTA PALACIO Y OTROS; Demandado: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

³¹ Artículos 39 y 306 de la Ley 906 de 2004.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

30

administración la que acredite que fueron causas ajenas e irresistibles a su gestión, las que propiciaron la imposición de la medida.

Nótese que en el *primer evento* basta con desplegar todo el aparato investigativo para establecer si fenomenológicamente hubo una alteración de interés jurídico penal. No puede, entonces, el juez o el fiscal imponer una medida privativa de la libertad mientras constata esta información, dado que esta debe estar clara desde los albores de la investigación. No en vano las diferentes normativas procesales han elaborado un esquema del cual hace parte una fase de indagación encaminada, entre otros propósitos, a establecer justamente si se presentó un hecho con trascendencia en el derecho punitivo que pueda ascender a la categoría de conducta punible.

El *segundo evento* es una tarea que reviste una mayor sencillez en tanto depende solo de un criterio jurídico esencialmente objetivo; se trata de un cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipificarían; de esa manera, muy pronto debe establecer el Fiscal o el juez si la conducta encaja en alguna de las descripciones típicas contenidas en el catálogo punitivo.

Lo anterior implica que en las demás eventualidades que pueden presentarse en un juicio de carácter penal, no pueda asegurarse, con la firmeza que exige un sistema de responsabilidad estatal objetivo, que la responsabilidad del Estado es palmaria y que bastaría con revisar la conducta de la víctima.

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

La condena automática del Estado cuando se logra demostrar que el acusado no fue responsable de la conducta punible –antes, “no cometió el hecho”- o que su responsabilidad no quedó acreditada con el grado de convicción que exige la normativa penal, no satisface la necesidad de un ordenamiento armónico que además avance a la par de los desafíos normativos. (...)

109. Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial-- del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo **no establece un único título de atribución** y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*³², aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante.

En armonía con dicho pronunciamiento, el Consejo de Estado emitió sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018³³ en la que modificó la línea jurisprudencial que en torno a la privación injusta de la libertad venía exponiendo, e indicó:

³² El juez conoce el derecho. En la sentencia T-577 de 2017 se entendió que: “corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes (...) la determinación correcta del derecho”.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2018, expediente 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

31

“En ese sentido, la Sala considera pertinente apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora ha sostenido en torno al tema, máxime que al amparo de ella no sólo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminó con una condena, exceptuando, eso sí, los casos en los que se ha observado que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima.

En otras palabras, bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es per se antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

En esa medida, comoquiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) “se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño.(...)

Así las cosas y como al tenor de los pronunciamientos de esta Sala la privación de la libertad de una persona puede ser imputada al Estado siempre y cuando ella no haya incurrido, bajo la perspectiva de lo civil, en culpa grave o dolo civil, es menester determinar si, a la luz del artículo 63 del Código Civil⁶², la conducta de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal y si, por consiguiente, fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva” (...)

Se dispuso entonces en dicha providencia la necesidad de verificar:

“1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;

2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

3) Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

En virtud del principio iura novit curia, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto³⁴.

³⁴ Ibidem.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

32

6. De las causales eximentes de responsabilidad extracontractual del estado.

Son aquellas que impiden imputarle o atribuirle responsabilidad al Estado por un daño ocasionado a sus administrados, estas son, la culpa exclusiva de la víctima, la culpa o hecho de un tercero y la fuerza mayor.

En lo tocante a la culpa exclusiva de la víctima, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 estableció que () El daño se entenderá como 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 ()".

Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

“... a la luz de los artículos 2, 83 y 95 constitucionales, si la víctima incurre en una infracción civil, esto es de las reglas de convivencia, no puede alegar a su favor su propia culpa. En cuanto, al margen del daño, el que causado en el marco de una investigación penal no tendría que ser controvertido, en un proceso en el que se ventila un derecho de contenido patrimonial, la conducta de la víctima no puede pasarse por alto. Subregla que además goza de plena compatibilidad con lo consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece en el numeral 6 del artículo 14:

“Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido(...)”³⁵

En otra oportunidad indicó la misma Corporación:

"Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño. ().

Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción.

(...)

Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2018, expediente 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo
Superior de la Judicatura-Dirección
Ejecutiva de Administración de
Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

33

por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño(...)"³⁶

Entonces, cuando la propia víctima da lugar a la producción del daño por su actuar doloso o culposo, al haber incumplido con los deberes que le eran exigibles, rompe con ello el vínculo de causalidad entre la medida de aseguramiento y el daño cuya indemnización persigue, pues la privación de su libertad no tuvo causa en el actuar de la administración de justicia, sino en la conducta asumida por la misma víctima.

De conformidad con lo anterior, puede sostenerse que en los casos de reparación directa por privación injusta de la libertad, el demandante ya no está relevado de probar, que el criterio que hace injusta la privación, está determinado por la falla en el servicio en que incurrió la entidad que profirió la decisión, y además, que la falla en el servicio no está precedida de eximente de responsabilidad como el actuar de la víctima con culpa grave o dolo. Entonces, cuando en virtud de una decisión proferida por la autoridad judicial competente, un ciudadano sufre un daño antijurídico – consistente en la privación injusta de su libertad - no hay duda de que el Estado debe responder patrimonialmente siempre y cuando se demuestre la falla en el servicio.

7. Caso concreto

Teniendo en cuenta los criterios constitucionales, legales y jurisprudenciales esbozados a lo largo de esta providencia, procederá la Sala a analizar los elementos materiales probatorios obrantes en el plenario, respecto de los elementos de la responsabilidad ya definidos.

En consecuencia, de conformidad con los criterios esbozados por Consejo de Estado de fecha 15 de agosto de 2018 antes referida, debe identificarse en primer término el daño causado al señor Pablo José Aguirre Gordillo para luego entrar a examinar si existió una falla del servicio en las actuaciones por medio de las cuales se determinó la privación de la libertad del demandante y proseguir con el estudio de los eximentes

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2002, exp. 13744, C.P. María Elena Giraldo, reiterada en las sentencias de 11 de abril de 2012, exp. 23513, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y de 9 de octubre de 2013, exp. 33564, C.P. Hernán Andrade Rincón.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

34

de responsabilidad, ello en cuanto a si la conducta asumida por el demandante contribuyó a que se ocasionara el daño derivado de la medida de aseguramiento proferida en su contra.

7.1. El daño

El día 19 de noviembre de 2014, alrededor de las 10:00 am, en un operativo efectuado por la fuerza pública (Ejército Nacional), en zona rural del municipio de San Luis de Gaceno, fue capturado el señor Pablo José Aguirre Gordillo, junto con otras 7 personas, cuando presuntamente se dirigía para el procesamiento de narcóticos.

Los detenidos, fueron presentados ante el juez de control de garantías (Juzgado Promiscuo Municipal de Chivatá), el día 20 de noviembre de 2014, oportunidad en la cual se surtieron audiencias de legalización de captura, formulación de imputación por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, así como la imposición de medida de aseguramiento, la cual consistió en detención preventiva en establecimiento carcelario.

En virtud de lo anterior, el accionante fue conducido a las instalaciones del establecimiento penitenciario y carcelario de Guateque, donde permaneció recluso desde el 21 de noviembre de 2014 hasta el 12 de febrero de 2015, cuando la Fiscalía General de la Nación, tras constatar la no participación o intervención del demandante en los delitos imputados, solicitó la preclusión de la investigación, decisión que adoptó el Juzgado Penal del Circuito especializado con funciones de conocimiento de Tunja en audiencia celebrada el 11 de febrero de 2015, librándose la boleta de libertad correspondiente.

De conformidad con lo anterior se encuentra acreditado el daño alegado, en tanto el señor Pablo José Aguirre Gordillo estuvo privado de la libertad desde el 14 de noviembre de 2014 hasta el 12 de febrero de 2015.³⁷

³⁷ Ver folio 38 del expediente

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

35

Procede entonces la Sala a verificar si el daño alegado por el demandante resultó ser antijurídico y si en su causación fue determinante la conducta observada por el señor Pablo José Aguirre Gordillo.

7.2 Análisis de una posible falla en el servicio que diera lugar a la privación de la libertad de la demandante

Como se vio, la falla en el servicio corresponde al régimen de responsabilidad subjetiva donde predomina la culpa de la administración por extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones o cumplimiento de las mismas de forma defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado³⁸.

Debe señalarse en primer lugar, que la Ley 904 de 2006, contempla la posibilidad de privación preventiva de la libertad, de manera que en el examen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad debe demostrarse una transgresión a las garantías procesales de derecho de defensa y debido proceso.

No basta entonces con afirmar que se produjo preclusión de la investigación para deducir la existencia por sí de una privación injusta de la libertad, pues la medida de aseguramiento implica la restricción de la libertad dentro del ejercicio legítimo del *iuspuniendi*, sin que sea necesario que se encuentre demostrada la culpabilidad del detenido, ya que, para derribar la presunción de inocencia, siempre deberá evacuarse la totalidad del procedimiento penal.

Para efectos de establecer si las entidades aquí demandadas han incurrido en falla en el servicio dentro del caso concreto, procederá la Sala a estudiar las obligaciones legales que debieron cumplir las entidades en el curso del proceso penal y las facultades que la ley les otorga a las accionadas para el buen funcionamiento de la administración de justicia, ello dentro del proceso en el que resultó privado de la

³⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 7 de abril de 2011, exp.52001-23-31-000-1999-00518-01(20750), CP: Mauricio Fajardo Gómez.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

36

libertad el señor Pablo José Aguirre Gordillo desde el 14 de noviembre de 2014 hasta el 12 de febrero de 2015, así:

a). De la captura en flagrancia

El artículo 301 del Código de Procedimiento Penal preceptúa:

ARTÍCULO 301. FLAGRANCIA. <Artículo modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Se entiende que hay flagrancia cuando:

- 1. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito.**
2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.
- 3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él.**
(Resaltado fuera de texto).

Examinado el expediente penal, encuentra la Sala que la investigación adelantada en contra de Pablo José Aguirre Gordillo, tuvo su origen por la captura en flagrancia de que fue objeto el día 19 de noviembre de 2014 siendo aproximadamente la diez de la mañana.

Narró la Fiscal que formuló la imputación³⁹, que el recuento fáctico se encuentra contenido en el informe ejecutivo FPJ3 DEL 19 de noviembre de 2014⁴⁰ y en las entrevistas rendidas por el soldado profesional del Ejército JORGE LUIS GÓMEZ y por el sargento LUIS ABELARDO HERNÁNDEZ MURILLO quienes informaron:

- Que el 19 de noviembre de 2014 siendo aproximadamente las diez de la mañana, personal del Ejército Nacional realizaba control de área en la vereda Gazajarro del municipio de San Luis de Gaceno, en donde encontraron una construcción que por sus características estaba dedicada a la fabricación de estupefacientes.

- Que en el sitio encontraron un sujeto que les refirió que efectivamente se trataba de una cocina y que en el lugar habían seis personas más; el personal del Ejército se moviliza y encuentra en la cocina dedicada a labores de preparación de alimentos a la señora DIOSELINA CUBIDES ACOSTA.

³⁹ Ver DVD obrante a folio 49 de las diligencias en donde se encuentra el audio de las audiencias preliminares.

⁴⁰ Ver folios 238 y subsiguientes del expediente

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

37

- Se escuchan movimientos de corridas por el tablado del lugar, y personal del Ejército Nacional realiza dos disparos al advertir que habían personas corriendo, es así como proceden a realizar acordonamiento del lugar – realizar labores de seguridad - y saliendo del laboratorio, encuentran a 4 personas más identificadas como HELMER RODOLFO CASTAÑEDA HOLGUÍN, CESAR GONZALO CAMACHO CUBIDES, JOSÉ OSWALDO PERILLA GONZÁLEZ, JORGE HUMBERTO VERA LEGUIZAMON y NELSON FERNANDO CASTAÑEDA.

- Aproximadamente veinte minutos después, se observa en la parte alta dos sujetos que en un semoviente bajan con dirección al laboratorio. Las dos personas fueron identificadas como Fabio Andrey Zarate y **Pablo José Aguirre Gordillo**. Al registrarlos, a uno de ellos, se le encuentra un costal con sustancia estupefaciente – 1452.7 g de base de coca según dictamen de piph. (prueba de identificación preliminar homologada)– realizada posteriormente.

- Narra la Fiscal, que según consta en el informe ejecutivo, y una vez realizada la inspección al laboratorio se encontraron evidencias, así:

- Se trata de un lugar a campo abierto con abundante vegetación nativa ubicado en la vereda Gazajarro del municipio de San Luis de Gaceno – fijó la Fiscal las coordenadas del lugar. Se fija fotográficamente el lugar y en el sitio se encuentran evidencias como:⁴¹ un transformador, una edificación compuesta por piso natural, bases en madera cubiertas con lona de color verde y es utilizada como módulo de cocina donde hay tres hornos microondas, horno artesanal, mesas y sillas en madera, insumos perecederos de primera necesidad, ollas, estufa y cilindro de gas, compresor, cinta adhesiva, prensa artesanal, compresor amarillo. Se evidencia una edificación que se utilizaba como módulo de procesamiento en donde se hallan canecas amarillas, azules, negras, sustancia de color negro que se trata de carbón activado, cloruro de calcio, sulfato de sodio, estructura metálica, acetona, cernidora artesanal, prensa artesanal, balanza, ácido clorhídrico, un kilogramo de cocaína, dos amacas, ropa de uso personal, base de coca, cloruro de amonio y de bicarbonato de sodio. La Fiscalía identifica de manera detallada los demás elementos encontrados y que se pueden verificar a folios 238 y 239 del expediente, así como la cantidad de cada una de las sustancias encontradas.

- Puso a consideración la Fiscalía, álbum fotográfico y demás evidencias. Además, informe de campo que contiene el procedimiento de identificación de las sustancias encontradas en el laboratorio, tales como cloruro de calcio, sulfato de sodio, ácido sulfúrico, cocaína base, cloruro de amonio. Las sustancias mencionadas por la Fiscalía de acuerdo al Consejo Nacional de estupefacientes, son aptas para fabricación de estupefacientes. Indica que los capturados suscribieron acta de haberles hecho conocer sus derechos y con constancia del buen trato por parte de policía judicial. Los capturados fueron llevados a medicina legal en donde se practicaron los exámenes médicos. Informa que todos los capturados fueron extraídos del lugar vía aérea, salvo la señora Dioselina Cubides quien por salud lo hizo vía terrestre. Solicitó la fiscalía decretar la legalidad de la captura.

Dentro de dicha audiencia se escuchó en declaración al sargento Luis Abelardo Hernández Murillo, quien realizó la captura y sobre los hechos, informó:

- Que iniciaron la infiltración hacia las 4 y 30 de la mañana del día 19 de noviembre, caminan hacia un caño y después de localizar el arroyo, proceden a registrarlo hacia arriba, se bifurca el grupo para cubrir más terreno (eran tipo seis de la mañana), pero en principio no se obtuvo resultado alguno.

- Refirió que el soldado Bermúdez propuso revisar a mano izquierda del caño, él, entra a mano izquierda del caño y vuelve acelerado manifestando que encontró un plástico y tres amacas.

⁴¹ Se enuncian algunas a manera de ejemplo. Las demás pueden verificarse a folio 239 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

38

- Se reúne todo el grupo y se dirigen al lugar, cuando un soldado escucha una bulla, como un motor. En el caño se observa una motobomba prendida. Espera un momento en el lugar hasta que se integraran algunos soldados que no habían llegado. En ese momento baja alguien por donde estaba la manguera – él lo detiene, y este le informa que arriba hay una cocina y seis personas que no están armadas.

- Se escuchan zapateo en tablas – personas tratando de correr – por lo cual se realizan dos disparos a fin de evitar que las personas allí ubicadas salieran corriendo. Se informa que hay cinco personas más, se dá la orden de que los bajaran hasta donde él estaba, uno de los soldados los baja – el otro revisa que no haya explosivos – se le pregunta al mismo señor – mientras los demás bajaban – a que bajaba, y él informó que lo hacía para apagar el marcianos – horno para procesar.

- Se les informa los derechos del capturado y se envía un soldado por la parte alta porque uno de los capturados informa que por allá hay un camino. De repente en la parte alta se ven dos civiles llamados– Fabio Andrey Zarate López y Pablo José Aguirre Gordillo - ellos quedaron estupefactos porque no habían visto al soldado – eran más o menos las diez y media de la mañana – se les pregunta qué hacen por la zona y para dónde van, toda vez que por allí no hay trocha, no hay camino. Al señor Pablo José Aguirre se le indaga que es lo cuadrado que tiene en el costal quien respondió “yo vengo a traer un encargo” - era un horno microondas –

- Se le pregunta al otro señor – Fabio Zarate – qué trae y él dice que un taco de luz, pero además hay un paquete bien sellado que se procede a abrir y olía a pasta de coca. El pregunta a los últimos mencionados que por qué están aquí y manifiestan no conocer a los demás. Acto seguido se les lee los derechos del capturado. (...)

No queda duda que al momento de la captura en flagrancia, el aquí demandante, Pablo José Aguirre, se dirigía al entonces desmantelado laboratorio de procesamiento de estupefacientes, en compañía de Fabio Andrey Zarate, con quién bajaban dos semovientes, uno de los cuales llevaba sustancia estupefaciente – base de coca - , por lo que son capturados y unidos al grupo principal respecto del cual se investigarían los delitos pertinentes.

La captura, tal como lo indicó el juez de control de garantías, fue en flagrancia porque para el caso del demandante fue **sorprendido y aprehendido durante la comisión del delito de tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos.**

b. De la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación y decisión de medida de aseguramiento.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

39

En audiencia del 20 de noviembre de 2014⁴² el Juez Promiscuo Municipal de Chivatá - Boyacá⁴³ con funciones de control de garantías efectuó la legalización de la captura de Pablo José Aguirre Gordillo y demás capturados, decisión que fue recurrida, pero confirmada en segunda instancia. En la misma audiencia, la Fiscalía efectuó la formulación de imputación en contra del señor en cuestión y demás capturados.

Al señor Pablo José Aguirre Gordillo específicamente se le imputó el delito de tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos, sin que éste aceptara los cargos.

Posteriormente, a solicitud de la Fiscalía, se decidió sobre el decreto de detención preventiva intramural teniendo en cuenta el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, para todos los capturados excepto para Fabio Andrey Zarate Rodríguez para quien solicitó detención preventiva en su residencia por sus condiciones de salud. No solicita medida en contra de Dioselina Cubides por solicitud del defensor ya que es madre cabeza de familia y por contar con arraigo ya que tiene trabajo.

Fundamenta la medida – incluso respecto del señor Pablo José Aguirre Gordillo - en el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que les fueron imputados la comisión de delitos del artículo 376 inciso 3 y 382 del Código Penal que conllevan pena mínima de ocho años y que dada la cantidad de sustancias e insumos, de acuerdo al artículo 382, es competencia de los jueces del circuito especializado.

En cuanto a la inferencia razonable que exige Código de Procedimiento Penal, manifestó la Fiscalía que debe partirse de los informes presentados a la audiencia – informe ejecutivo que da cuenta de la captura en flagrancia, la existencia de sustancias estupefacientes y de los insumos, el acta de inspección a lugar que identifican los insumos y sustancias así como sus cantidades, el informe de campo que corresponden a las pruebas realizadas a las sustancias encontradas, y el informe de álbum fotográfico que identifica la zona del hallazgo y lo encontrado – reitera entonces el cumplimiento de todos los requisitos para que se decrete la medida.

⁴² Ver DVD obrante a folio 49 de las diligencias

⁴³ Es dable aclarar que la audiencia se realizó en dicho municipio, toda vez que para la fecha, los Juzgados del Circuito de Tunja se encontraban en paro judicial.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

40

Respecto a los requisitos del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, sustentó la solicitud la Fiscalía indicando que se presentan las siguientes causales:

- Peligro para la comunidad por la gravedad y modalidad de la conducta punible pues debe tenerse en cuenta el lugar en dónde se halló el laboratorio, zona selvática, alejada y boscosa que indica el querer ocultar la actividad encontrada. Además, la cantidad encontrada y la sustancia estupefaciente, vulneran la salud pública de los asociados y la seguridad pública, pues se habla de un conjunto de personas que fueron aprehendidas dentro del laboratorio, situación que sería suficiente para solicitar la medida.

- No obstante, también pone de presente la posibilidad de continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con actividades criminales, que se presenta por el número de capturados. Lo anterior hace entrever, sin que ello implique vulneración a la presunción de inocencia, que detrás de ellos podría estar la probable continuación de la actividad delictiva, pues para su desarrollo se requiere de una organización de personas, como en efecto ocurrió, algunos manejaban los marcyanos, otros transportando estupefacientes o llevando un horno microondas.

- Indica que debe tenerse en cuenta el número de delitos que se imputan y la naturaleza de los mismos, a saber, el tráfico, fabricación y porte de estupefacientes y el tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos, es decir no solo tenían los estupefacientes, no sólo tenían los insumos, pues lo que dan cuenta los hechos es que era una actividad compleja en la que además de tener los insumos, se dedicaban a fabricar los estupefacientes. De hecho en el laboratorio había un kilo y el sr Zarate transportaba 1452 gramos

- Llama la atención sobre la falta de arraigo de los capturados por su desempleo. El demandante registra oficios varios, lo que impide la garantía de comparecencia de los imputados al proceso.

- La medida se muestra necesaria para garantizar la comparecencia de las personas al proceso y además para efectos de ejemplarizar ante la sociedad por la gravedad de los delitos.

El Juzgado Promiscuo de Chivatá con Funciones de Control de Garantías, al momento de acceder a la medida de aseguramiento en contra del aquí demandante, precisó:

- Que se encontró que existe inferencia razonable de que los capturados son posiblemente los autores de los delitos imputados, presentándose las causales segunda y tercera del artículo 308 del C.P.P., aun que sería suficiente para su decreto una sola de las causales.

- Indicó el funcionario judicial que es importante el delito por el cual se procede, que se ha venido convirtiendo en el cáncer de la sociedad, por ello, teniendo en cuenta que existe la posibilidad de que los capturados se abstengan de comparecer al proceso, encuentra que dichos requisitos se encuentran presentes, pues al realizar el pronóstico de todas las condiciones de los capturados se encuentra que la posible pena a imponer, pone una traba a la actividad realizada.

Observa entonces que se cumplen los requisitos de los artículos 308 y 313 del C.P.P, siendo procedente la medida de aseguramiento privativa de la libertad, porque el delito es competencia de los jueces del circuito especializado.

Al efecto, el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, estableció como requisitos para la procedencia de la medida de aseguramiento, los siguientes:

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo
Superior de la Judicatura-Dirección
Ejecutiva de Administración de
Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

41

ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

De acuerdo con los elementos de prueba con que contaba la Fiscalía y que fueron puestos en conocimiento del Juzgado Promiscuo de Chivatá con Funciones de Control de Garantías, para el momento en que se solicitó y decretó la medida de aseguramiento de detención preventiva intramural en contra del señor Pablo José Aguirre Gordillo, esto es, para el 20 de noviembre de 2014, se podía inferir razonablemente que el imputado podía ser la autor o partícipe de la conducta delictiva que se investigaba.

Lo anterior, como quiera que según el informe ejecutivo FPJ-3 que narra cronológicamente los hechos que originaron la captura, se informó al personal de la seccional de investigación criminal de Boyacá, por parte de miembros del Ejército Nacional, sobre el hallazgo de un laboratorio para el procesamiento de clorhidrato de cocaína en la vereda Gazajarro del municipio de San Luis de Gaceno siendo capturadas en flagrancia ocho personas, entre ellas Pablo José Aguirre Gordillo.

La presencia de las ocho personas en el lugar de los hechos, daba cuenta según los informes de Policía, que se trataba de una organización para la fabricación y porte de estupefacientes y en cuyo poder se encontraban elementos y sustancias que servían para el procesamiento de cocaína, heroína, drogas de origen sintético y demás narcóticos que produzcan dependencia. Tales delitos, se encuentran tipificados en los artículos 376 y 382 del Código Penal.

Tal organización permitiría a la Fiscalía imputar los delitos a título de coautoría, en la medida en que cómo lo argumentó la entidad los delitos se realizaban de manera conjunta, es decir, cada uno de los capturados colaboraba en la realización de los

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

42

delitos, pues según se estableció, algunos manejaban los marcianos u hornos de procesamiento, otros se encontraban en el laboratorio, y otros como el caso del aquí demandante, colaboraban en el transporte de las sustancias y elementos que permitían la fabricación y transporte de estupefacientes.

En suma, a juicio de la Sala, el hecho de haber sido capturado en flagrancia al aquí demandante, ayudando en el transporte de elementos que se utilizaban en la fabricación de estupefacientes – como lo es el horno microondas –aunado a que se encontraba en compañía del señor Fabio Andrey Zarate quien portaba pasta base de coca, permitían inferir de manera razonada, como lo exige el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, que el señor Pablo José Aguirre Gordillo le asistía responsabilidad en la comisión del delito **de transporte de estupefacientes** - tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos (artículo 382 del Código Penal), por el cual estaba siendo investigado.

Ahora bien, considera esta corporación que la Fiscalía General de la Nación, al momento de justificar la petición de medida de aseguramiento, lo hizo, al tenor del numeral 2 del artículo 308 del C.P.P – indicando que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.- basada en dos causales del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, a saber, cuando se pueda inferir "la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales" y el "el número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos".

Para entonces, es decir, para el momento en que se solicitó la medida, se encontraba acreditado en el proceso penal que los capturados lo fueron por encontrarse en un laboratorio de fabricación de estupefacientes y porque además de la fabricación, se encontraron el flagrancia en el transporte de elementos que permiten su elaboración, siendo dable inferir cómo lo hizo la Fiscalía y el Juez de Control de Garantías, que al tratarse de una actividad delictiva que requiere de la participación de varias personas y que detrás de su desarrollo pueden existir otras organizaciones criminales, ello daba para pensar razonablemente que se continuaría con el despliegue de la actividad.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo
Superior de la Judicatura-Dirección
Ejecutiva de Administración de
Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

43

Además, afirmaron las dos entidades que se trataba de dos delitos diferentes y cuya gravedad se determinaba por el daño que los mismos causan a la seguridad de la sociedad, y por la pena a imponer que superaba los ocho años, siendo igualmente de conocimiento de los jueces del circuito especializado, lo que confirma al tenor del artículo 313 del C.P.P la necesidad de la detención preventiva.

En consecuencia, considera la Sala que dichos elementos de juicio permitían a la la Fiscalía y el Juzgado Promiscuo municipal de Chivatá con funciones de control de garantías, solicitar y adoptar la medida de aseguramiento en contra de Pablo José Aguirre Gordillo , pues de ellos se podía inferir razonablemente su participación en el delito imputado.

Lo anterior permite afirmar que no se probó por la parte demandante la falla en el servicio, pues las entidades demandadas cumplieron con los requisitos que para el efecto les exigía el Código de Procedimiento Penal al momento de ordenar la medida de aseguramiento de detención preventiva intramural.

Tampoco evidenció la Sala, además porque el demandante no allegó pruebas al respecto, un ejercicio arbitrario del poder por parte de las entidades demandadas que permitan inferir una actuación irregular dentro de la investigación realizada.

En consecuencia, tal y como se estudió en el marco normativo y jurisprudencial, para el caso, no es aplicable un régimen de responsabilidad objetiva, y ante la ausencia de la falla en el servicio, ello impone confirmar la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda.

c. De los argumentos del recurso de apelación y de la conducta observada por el demandante

De las pruebas allegadas al plenario como testimonio del sargento Luis Abelardo Hernández Murillo se desprende, que una vez los miembros del Ejército Nacional acordonaron el laboratorio de procesamiento de estupefacientes, aparecieron Fabio Andrey Zarate y Pablo José Aguirre Gordillo, quiénes asomaron en la parte alta del

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo
Superior de la Judicatura-Dirección
Ejecutiva de Administración de
Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

44

laboratorio, y descendían con dos semovientes. El que dirigía Fabio Zarate cargado con pasta base de coca y el del hoy demandante con un horno microondas.

Dentro del referido testimonio se indicó, que al indagársele a Pablo José Aguirre Gordillo sobre el por qué de su presencia en el lugar de los hechos, él informó que **“venía a traer un encargo”**.

El haber informado que venía a traer un encargo, constituye un actuar de contera culposo de la investigación que soportó y de la medida de aseguramiento que en su ser recayó, porque él mismo dio a entender a las autoridades que iba a llevar el encargo que cargaba en el semoviente, que para el caso era un horno microondas, elemento que dadas las circunstancias y demás hallazgos en el lugar de los hechos, permitía inferir de manera razonable que se llevaba al laboratorio como elemento para la fabricación de los estupefacientes.

Ahora bien, considera la Sala que el argumento esbozado por el apoderado judicial de la parte demandante que indicó que no se tuvo en cuenta que el demandante no cargaba la pasta de coca sino el horno microondas, no debe prosperar en la medida en que los delitos fueron imputados a título de coautores, esto es, por la entonces presunta colaboración de cada uno de los capturados, en la comisión de los delitos imputados.

Al efecto, nótese que para el momento de la captura Pablo Aguirre Gordillo no solo dirigía a un semoviente que cargaba un horno microondas, sino que él mismo aceptó, que se encontraba ayudando a Fabio Zarate en la conducción de los animales, y que uno de ellos llevaba la pasta base de coca, luego el hecho de que al momento de la captura el demandante se encontrara al lado del semoviente que cargaba el horno, no puede ser visto como un hecho retirado, pues a su lado se encontraba el otro animal con la sustancia ilícita y además iba con Fabio Zarate quien iba a llevar los elementos para la fabricación de los estupefacientes.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo
Superior de la Judicatura-Dirección
Ejecutiva de Administración de
Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

45

Además, no podía afirmarse de manera aislada que el transporte de un horno microondas no constituía algo ilícito, pues en el contexto en que sucedieron los hechos, dicho aparato era evidentemente un elemento utilizado en el laboratorio desmantelado.

Lo anterior acompasa además el criterio utilizado por el a quo según el cual, debía tenerse en cuenta el lugar selvático y apartado en que se dieron los hechos, pues tal situación, tampoco puede mirarse de manera individualizada, para afirmar cómo lo hizo el apelante, que se trató de un criterio de discriminación a la población pobre y vulnerable del país. No obstante, no puede afirmarse que se trataba del ejercicio del derecho a la libre circulación de un campesino de la zona al que no le estaba prohibido por allí transitar, sino que se encontraba en el camino de entrada a un laboratorio de procesamiento de estupefacientes, cargando un horno cuya utilización se infería era para el procesamiento, y en compañía de un miembro de la organización que transportaba pasta de base de coca.

Ahora bien, el aporte documental hecho por el apoderado judicial de la parte actora, mediante el cual pretende probar a través de planos que el demandante vivía en una vereda aún más alejada que la de Gazajarro, no puede ser valorado en esta instancia, al no haberse decretado como prueba para el efecto ni haberse allegado en la oportunidad procesal pertinente.

De otra parte no contradice la Sala el argumento esbozado por el apoderado judicial de la parte demandante según el cual, la presencia del demandante en el lugar de los hechos, obedeció a que este se dirigía a su finca en Cumaral, y aprovechando, de camino, y por solicitud de Fabio Zarate, le ayudó a llevar una carga en unas bestias de su propiedad, a lo cual accedió, de pronto sí, esperando alguna recompensa económica.

Sin embargo, su presencia en el lugar de los hechos, permitía inferir de manera razonada a la Fiscalía General de la Nación y el Juez de Control de Garantías, que era coautor de los delitos imputados, pues ante las 36 horas con que se cuenta para la

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo
Superior de la Judicatura-Dirección
Ejecutiva de Administración de
Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

46

legalización de captura, es imposible exigir a las autoridades, que cuenten con plena prueba sobre la autoría en cabeza de los investigados, razón por la cual, la normatividad lo que exige es que se pueda inferir de manera razonada sobre la participación del imputado en la comisión del delito, inferencia que como se vio, estaba presente en el caso estudiado.

Afirmó además el apelante que las pruebas recaudadas dentro del proceso penal y que sirvieron para solicitar la preclusión de la investigación – especialmente las entrevistas recibidas a los demás capturados - demuestran que el demandante desconocía que se dirigía a un laboratorio de procesamiento de narcóticos, no siendo dable al juez administrativo concluir entonces que el demandante es culpable de su privación de la libertad, asumiendo que conocía del elemento ilícito que se transportaba.

En consecuencia, afirmó que debió sopesar la primera instancia si el demandante sabía o debía saber de la actividad ilegal allí desarrollada, lo cual, quedó desestimado con las entrevistas recaudadas por la Policía Judicial.

Otro aspecto que se debe tener en cuenta al decir del recurrente, es que la absolución no operó por duda probatoria, sino por la inexistencia de pruebas que conllevaran responsabilidad penal del demandante, luego no es dable concluir que fue él mismo el que propició su captura al aceptar llevar la carga hasta el laboratorio, generando el riesgo de ser capturado, pues si ello fuera así, no habría sido exonerado de toda responsabilidad. Sin embargo, la juez de primera instancia desconoció la decisión absolutoria proferida respecto del hoy demandante, dejando de lado además el principio de presunción de inocencia y de buena fe.

Finalmente indicó que la medida de aseguramiento de que fue objeto la parte actora, pudo no ajustarse a los presupuestos legales exigidos para ello, incurriendo en defecto tanto la Fiscalía como el juez de control de garantías, por lo siguiente:

- La Fiscalía estaba en la obligación de demostrar por inferencia razonable la participación del demandante como autor o cómplice, pero esta entidad utilizó las mismas pruebas para todos, sin diferenciar la situación de la parte actora, quien a diferencia de los otros 6 sujetos que fueron capturados en el laboratorio, lo fueron en un camino que a él conducía, siendo apenas necesario, profundizar en la situación de aquellos respecto de la posible responsabilidad penal que tuvieran, pues según lo informado por el sargento Hernández, el señor Aguirre Gordillo sólo llevaba un horno e indicó estar ayudando en el descargue. Por su parte, fue al señor Zarate a quién se le encontró 1.400 gr de pasta de coca

- Era entonces deber de la Fiscalía entrevistar a los señores Zarate y Gordillo y también a los otros 6 detenidos en el contexto de los actos urgentes con el ánimo de determinar cuál era su participación real, pues un mínimo de averiguación habría evitado de manera temprana el daño ocasionado. En otras palabras, la Fiscalía no valoró la participación del demandante en los hechos, pues nótese que posteriormente la solicitud de preclusión se dio con las solas entrevistas recibidas a los demás capturados.

- Por su parte el juez de control de garantías omite un examen riguroso a fin de establecer si se estaba ante un autor o cómplice. Tampoco exigió sustentación de la medida en lo que al demandante se refiere, máxime cuando la situación de su captura fue diferente.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo
Superior de la Judicatura-Dirección
Ejecutiva de Administración de
Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

47

En lo que concierne a dichos argumentos, en efecto, se evidencia que la Fiscalía General de la Nación el 11 de febrero de 2015⁴⁴ solicito ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja la preclusión de la investigación respecto de Pablo José Aguirre Gordillo ante ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, indicando que para llegar a dicha conclusión, se recibieron entrevistas a los demás imputados, quiénes sostuvieron:

- **JOSÉ OSWALDO PERILLA GONZÁLEZ:** señaló que conoció a Pablo Gordillo a raíz de la aprehensión en la cárcel de Guateque, e ignora la actividad que el señor Gordillo ejercía antes de la captura. Afirmó que no estaba en el laboratorio sino que llegó con el señor que estaba enfermo en unas bestias, haciendo referencia al señor Fabio Andrey Zarate.
- **JORGE HUMBERTO VERA LEGUIZAMÓN** quien dijo que antes de la captura de ese 19 de noviembre de 2014 no conocía a Pablo Aguirre, no lo había visto , simplemente observó que llegó con el señor ZARATE.
- **HELMER RODOLFO CASTAÑEDA** manifestó que cuando ya estaba él capturado, llegó al lugar Pablo Gordillo en compañía de Zarate quien lo había contratado para llevar una carga.
- **NELSON FERNANDO ROMERO CASTAÑEDA**, manifestó que antes de ser capturado no conocía a Pablo Aguirre, la única relación que han tenido es ser compañeros en la cárcel de Guateque, reitera que Pablo José Aguirre Gordillo no se encontraba en el laboratorio, que su presencia el día de su aprehensión fue casual dado que Zarate aludiendo al otro capturado, lo contrató para que llevara una carga que se transportaba en unos semovientes.
- **CESAR CAMACHO CUBIDES**, señaló que había visto en el pueblo a PABLO GORDILLO pero no tenían relación alguna, afirma que el señor Zarate lo contrato para llevar una carga que se transportaba en unas bestias.
- **FABIO ANDREY ZARATE LÓPEZ** afirmó que conoció a Pablo Aguirre hacía cinco años atrás, que le consta que se dedicaba a las labores del campo trabajando en motosierra y en guadaña, que tiene una finca en Cumaral hace doce años y que mantenía amistad con él, pero de interés para los efectos de la solicitud es la el contrato que le hizo ese día a Pablo José Aguirre, pues lo contrató para que transportara una carga, dado su mal estado de salud, aunque señala que aquel ignoraba el contenido de lo que iba a transportar,

Concluye entonces la Fiscal que han variado las condiciones que llevaron a la delegada a solicitar ante el Juez medida de aseguramiento – previa imputación de los delitos – pues se estableció que su presencia en el lugar de los hechos fue casual, que no tenía vínculo alguno con las personas capturadas excepto con el señor Zarate que lo contrató para llevar una carga pero desconociendo lo que transportaba. En ese orden se establece que se ha resquebrajado la inferencia razonable de su participación en los delitos imputados - tan siquiera en la modalidad de cómplice - por lo que procede a

⁴⁴ Ver DVD obrante a folio 201 de las diligencias

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

48

solicitar se precluya la investigación en contra de Pablo José Aguirre Gordillo por ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado y se revoque la medida de aseguramiento. El juez, aceptó la solicitud elevada por la Fiscalía ordenando su libertad inmediata.

Sin embargo, lo anterior no es suficiente para afirmar como lo hizo la parte actora en su recurso de apelación, que era deber de la Fiscalía valorar en debida forma las pruebas, recaudar el material probatorio antes de pedir la medida de aseguramiento, pues habría podido recibir las entrevistas de los demás capturados antes de solicitar la detención preventiva, argumento que no prospera, pues al efecto, el Consejo de Estado, se ha pronunciado de la siguiente manera:

“En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial⁴⁵, en el cual la contradicción y la valoración de la prueba, se materializan en el juicio oral, es desproporcionado exigirle al Fiscal y al juez con función de control de garantías que hagan valoraciones propias de otras fases procesales en aras de definir, en etapas tan tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria que se mostraban uniformes, la imposibilidad de que el procesado hubiera ejecutado la conducta, ya que, se reitera, quien tiene la competencia para decidir acerca de la contundencia demostrativa de aquellos elementos es un funcionario judicial que actúa en etapas posteriores a las previstas para definir asuntos como la libertad.”⁴⁶

Ahora bien, tampoco es válido reclamar la valoración de pruebas con las que no se contaba al momento de dictarse la medida de aseguramiento para verificar la legalidad de dicha medida.

En consecuencia y sin ahondar en más argumentos, considera la Sala que si bien, el demandante acreditó el daño alegado, porque estuvo privado de la libertad y posteriormente se solicitó la preclusión de la investigación a su favor, al haberse acreditado la ausencia de participación del investigado en el delito, lo cierto es, que no se dan los presupuestos para aplicar la procedencia de la responsabilidad objetiva y el demandante no probó la falla en el servicio respecto de las entidades demandadas, es decir, el elemento de la imputación no fue acreditado en el plenario.

⁴⁵ Artículo 203 y ss del C.P.P”

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU072/18

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo
Superior de la Judicatura-Dirección
Ejecutiva de Administración de
Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

49

Finalmente, es dable afirmar que al sopesar el contexto bajo el cual se dieron los hechos, si bien el demandante estuvo privado de su libertad, dicha situación en nada es atribuible a las demandadas, más su presencia desafortunada en el lugar de los hechos, el haber afirmado que lo habían encargado de llevar un paquete, el ir caminado en compañía de Fabio Zarate a quien accedió a colaborarle en la entrega del encargo que se tradujo en elementos para la fabricación de estupefacientes, y la presencia de pasta de coca en el cargamento, permiten colegir, que el daño es atribuible única y exclusivamente a su culpa.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia, no sin antes aclarar que esta Corporación no desconoce la sentencia de tutela proferida por el Consejo de Estado⁴⁷ el 15 de noviembre de 2019, en la que ordenó

“DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del proceso tramitado bajo el número de radicado No. 2011-00235-01 (46947) y ordenar a dicha autoridad judicial que, en el término de 30 días, profiriera un fallo de reemplazo en el que, al resolver el caso concreto y teniendo en cuenta las consideraciones que sustentan esta decisión valore la culpa de la víctima sin violar la presunción de inocencia de la accionante.”

Lo anterior porque dentro del marco argumentativo de la providencia en cita, el Consejo de Estado, no ordenó la aplicación de la responsabilidad objetiva en materia de privación injusta de la libertad, ni restringió la aplicación del artículo 90 constitucional a la resolución de conflictos como el aquí suscitado, sino que indicó que en el caso allí estudiado, en el que el delito imputado resultó atípico, no era dable endilgar la culpa grave a la demandante porque ello contraría el principio de presunción de inocencia.

El anterior argumento no es aplicable al presente caso, pues en esta oportunidad, esta Corporación ha sostenido que si bien existió un daño estudiado bajo la teoría de la responsabilidad subjetiva, el mismo no resulta imputable al Estado, quien actuó bajo el principio de legalidad y acreditando el cumplimiento de cada uno de los requisitos

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B. Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ Radicación: 11001-03-15-000-2019-00169-01

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo
Superior de la Judicatura-Dirección
Ejecutiva de Administración de
Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

50

exigidos para decretar la detención preventiva en establecimiento carcelario, ya que como se vió, las pruebas existentes en ese momento, permitían inferir de manera razonada, que el demandante había participado en el delito imputado y que al tenor de las normas estudiadas, la medida preventiva era proporcionada y necesaria.

En consecuencia, no se trata en esta oportunidad de un caso de atipicidad, sino de ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, situación que se determinó con posterioridad a la adopción de la medida de aseguramiento, pero que de contera no implican el desconocimiento de los requisitos exigidos por la Ley al momento de tomar la decisión y la consecuente falla en el servicio.

En otras palabras, no es dable afirmar, que como el curso de la investigación dio cuenta de que el investigado no participó en la comisión del delito, ello torna en ilegal la medida preventiva, pues como se vió, la misma se acopló a las exigencias legales y no existió alguna actuación arbitraria de la administración. Al efecto, es dable recordar lo dicho por la Corte Constitucional⁴⁸:

“

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

La condena automática del Estado cuando se logra demostrar que el acusado no fue responsable de la conducta punible –antes, “no cometió el hecho”- o que su responsabilidad no quedó acreditada con el grado de convicción que exige la normativa penal, no satisface la necesidad de un ordenamiento armónico que además avance a la par de los desafíos normativos.” (...)

En consecuencia al no ser imputable el daño a las demandadas, ello impone confirmar la sentencia de primera instancia y despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

8. Costas y agencias en derecho

⁴⁸ Radicación número: 25000-23-26-000-2004-01168-01(33559); Actor: MAGNOLIA CUESTA PALACIO Y OTROS; Demandado: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo José Aguirre y otros
Demandado : Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia-Fiscalía General de la Nación
Expediente : 150013333012-2016-00049-01

51

La Sala se abstendrá de condenar en costas en consideración a que previó al cambio jurisprudencial enunciado, las pretensiones de la demanda contaban con un margen de vocación de prosperidad que hace comprensible el ejercicio de la acción judicial por la parte demandante, por lo cual, aun cuando se confirma en su totalidad el fallo de primera instancia no se dispondrá condena en este sentido.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

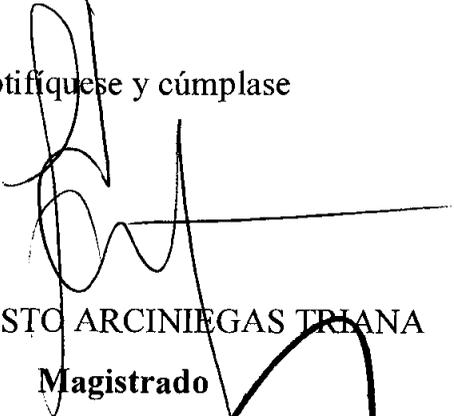
PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Tunja el día 15 de junio de 2018, por los motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO. Sin condena en costas

TERCERO. En firme esta decisión, envíese el expediente al despacho de origen

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase


LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Magistrado


CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ

Magistrada


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Magistrado