



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 5
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 12 de agosto de 2020.

Accionante	ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS
Accionado	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL.
Expediente	1500133330 14 2017 00058 01
Acción	Reparación Directa- confirma niega pretensiones.

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante (fl. 523-626), en contra de la sentencia del 16 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja, mediante el cual declaró probada la excepción eximente de responsabilidad denominada “*hecho de la víctima*” y negó las pretensiones de la demanda (fls. 492- 516).

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls.7-23)

A través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de reparación directa previsto en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, los señores, **ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS, ANA CRISTINA VARGAS CACERES, EDISON ALEJANDRO CORBA VARGAS, YESID VARGAS VARGAS y GABRIEL VARGAS JIMÉNEZ**, acuden a la administración de justicia, con el fin de solicitar la declaratoria de responsabilidad de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL, por los perjuicios de orden moral y material derivados del tiempo en que estuvo el señor ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS injustamente privado de la libertad y por los hechos y omisiones realizadas por los miembros de las instituciones



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

demandadas.

1.1. HECHOS:

Los supuestos fácticos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

Mediante informe de fecha 12 de marzo de 2013, presentado por el patrullero de la Policía Nacional IVAN HENRNADO GUTIERREZ RATIVA, puso en conocimiento del Fiscal 27 seccional de Garagoa que:

“QUE MEDIANTE INFORMACIÓN APORTADA POR FUENTE HUMANA CONSISTENTE EN EL EXPENDIO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES BAZUCO Y PERICO QUE SE VIENE ADELANTANDO EN LA RESIDENCIA UBICADA EN LA CALLE 18 NO 10-16 BARRIO LAS HADAS DEL MUNICIPIO DE GARAGOA, DONDE ESTE BIEN INMUEBLE FUNCIONA COMO VIVIENDA, LA CUAL CONSTA DE UN PISO, DONDE LA ENTRADA ES UNA PUERTA METÁLICA DE COLOR NEGRO, VIVIENDA QUE ES UTILIZADA COMO CENTRO DE DISTRIBUCIÓN DE ESTUPEFACIENTES COMO BAZUCO Y PERICO, DICHA SUSTANCIA ES DISTRIBUIDA POR EL SEÑOR ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS, QUIEN VIVE EN MENCIONADA DIRECCIÓN EL CUAL DESDE ESTA VIVIENDA EXPENDE LAS SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES ASÍ LAS PERSONAS CONSUMIDORAS DE ESTUPEFACIENTES CONTACTAN VÍA TELEFÓNICA Y TAMBIÉN VAN PERSONALMENTE A ESTA CASA, DONDE POR MEDIO DE SILBIDOS LOS CONSUMIDORES LO CONTACTAN Y ESTE SACA LA SUSTANCIA Y SE LAS ENTREGA FRENTE A LA RESIDENCIA.(...)”

El 13 de enero de 2014, (10 meses después), el mismo patrullero mediante informe S-2014 019 DEBOY SIJIN 29, ofició al Señor Fiscal 27 Seccional de Garagoa los hechos anteriormente indicados, agregando:

“Es de anotar que esta unidad de Policía Judicial SIJIN, adelantó labores investigativas corroborando la información aportada por la fuente humana, como la existencia y descripción del inmueble donde funciona la residencia del Señor ANDRES FERLEY VARGAS, siguiendo con el procedimiento se realizó fijación fotográfica del inmueble y verificación de su nomenclatura, se recepcionó entrevistas de personas quienes aportan información antes descrita”, y posteriormente solicita el allanamiento del predio.

Sin embargo, de acuerdo a lo manifestado en el informe, no realizó ninguna investigación, solo aporta las fotos de la casa, su ubicación, y ni siquiera su informe es real, pues en el predio funciona un



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

establecimiento abierto al público, donde funciona un taller de mecánica y latonería, de igual forma no aportó ninguna entrevista ni siquiera una evidencia de que el Señor ANDRES FERLEY se dedicaba a distribuir dichas sustancias estupefacientes, originándose una falla en el servicio de policía por información no correspondiente a la realidad.

Por su parte, el Fiscal 27 Seccional de Garagoa, sin hacer ningún tipo de estudio, por no existir ninguna evidencia física, ni elemento material probatorio, el 14 de mayo de 2014, ordenó el allanamiento del inmueble por el delito de tráfico fabricación o porte de estupefacientes, pues el informe de 13 de enero de 2014, solo fue entregado al fiscal, al parecer, el 09 de mayo del mismo año, sin ningún tipo de evidencia, después de un año de investigación, y es donde igualmente el Fiscal de turno omitió sus funciones investigativas.

El 14 de mayo de 2014, La SIJIN - GARAGOA, encabezada por el patrullero IVAN FERNANDO GUTIERREZ RATIVA, funcionario investigador realizó el respectivo allanamiento y captura al Señor ANDRES FERLEY VARGAS VARGAS, dejándolo a disposición del Fiscal mediante el Oficio número S 2014-293 DEBOY-SIJIN, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, sin que al capturado se le haya encontrado estupefaciente alguno, y como quedó demostrado dentro del proceso, ni siquiera se encontraba en el lugar donde se encontró un estupefaciente del cual se desconoce su procedencia.

De acuerdo a acta de allanamiento realizada por el Sub- intendente TUNARROSA RAMOS SEGUNDO HUMBERTO, en la alcoba en la que duerme el Señor ANDRES FERLEY VARGAS, se encontró dentro de las cobijas, diez papeletas, pero en ningún momento se le encontraron al capturado. Igualmente, se indicó en el informe que se realizó prueba de identificación preliminar Homologada al estupefaciente, la cual arrojó positivo, pero en estudio posterior se indicó que gran parte del estupefaciente se trata de otra sustancia, que no corresponde a lo investigado.



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

El 15 de mayo de 2014 se realizaron ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Garagoa con funciones de control de Garantías, audiencias preliminares de legalización, diligenciamiento de orden de allanamiento y registro, legalización de la captura de ANDRES FERLEY VARGAS VARGAS, formulación de imputación, por la conducta descrita en el ART. 376 del código penal, imputando “*TRAFICO , FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES*” conductas estas que nunca se cometieron por parte del demandante, pues de las mismas diligencias realizadas de concluye que al capturado no se le encontró en su poder estupefaciente alguno, tampoco se estaba traficando con el alcaloide. Además, nótese que el alcaloide se encontró supuestamente dentro de las cobijas o dentro de la cama, de una alcoba en la que al parecer pernoctaba el Señor VARGAS VARGAS, ordenando su detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 9 de julio de 2014 se presentó escrito de acusación por parte del fiscal, sin que apareciera ningún elemento material probatorio, o evidencia física que indicara que el procesado tenía responsabilidad en el reato. Solo siete meses después se logró realizar el juicio, pues la audiencia de programaba y el Fiscal no asistía, y en ocasiones los policiales, tampoco asistían, dilatando el proceso en contra del procesado, pues por dichos motivos el juicio duró más del tiempo permitido por la ley, como se evidencia en el proceso.

El día 24 de febrero de 2015 se finalizó el juicio donde se anunció el fallo absolutorio y con fecha 12 de mayo del mismo se dio lectura del fallo de SENTENCIA ABSOLUTORIA, el cual fue sustentado en que, con las declaraciones de los investigadores que efectuaron el allanamiento no se demuestran los hechos atribuidos por la fiscalía en la acusación, es decir que ANDRES FERLEY se dedicara a expender, distribuir o vender alucinógenos, tampoco allegó ningún testigo, de las supuestas informaciones dadas que el capturado hubiese estado distribuyendo alucinógenos, concluyendo que el ente acusador nunca tuvo prueba de la existencia del punible.



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

El fallo de primera instancia fue apelado por el Fiscal 27 Seccional de Garagoa, manifestando que se violó la libertad probatoria sin fundamento alguno. Además, adujo en la apelación que no se dio credibilidad a lo manifestado por los miembros investigadores de la SIJIN, pero sin tener en cuenta que dichos miembros de la policía Nacional de Garagoa, omitieron hacer una investigación integral de acuerdo a la ley, y no presentaron ningún elemento material probatorio, ni mucho menos evidencia física para realizar el allanamiento.

La Sentencia de primera fue confirmada por el Tribunal Superior del distrito Judicial de Tunja, que concluyó:

“ Con sustento en lo anterior y ocupándonos del caso, se concluye que la fiscalía no logró demostrar con el material probatorio allegado al juicio y ya analizado, que Andrés Ferley Vargas Vargas se dedicara a comercializar estupefacientes, pues solamente se probó el hallazgo de una sustancia alucinógena en la habitación destinada para huéspedes en las que esporádicamente descansaba el procesado, cuando se practicó la diligencia de allanamiento y registro en la residencia donde trabaja en un taller de latonería y pintara el joven procesado junto con su padre”. “Contrario a lo dicho por el ente acusador en su escrito impugnatorio, no se demostró en absoluto la conducta endilgada ni el modus operandi de Andrés Ferley respecto de la comercialización del estupefaciente, pues solo se cuenta con el dicho de una fuente no revelada, que sirvió de soporte para emitir la orden de registro y allanamiento”. En el presente caso la incongruencia teórica del caso de la fiscalía no se probó”

Dentro de las fallas del servicio en las que incurrieron las entidades accionadas, se encuentra el interrogatorio realizado por el policial FERNANDO GUTIERREZ RATIVA, al señor JOSÉ ANTONIO PULIDO VALLEGO, pues el testigo manifestó no conocer sobre los hechos pues afirmó que no le constaba que ANDRES FERLEY fuera expendedor de droga, es decir, no había visto ni escuchado comentarios al respecto, y lo que, lo que había dicho en el escrito fue por el informe del funcionario de policía, quien le manifestó que el Señor ANDRES FERLEY VARGAS era distribuidor de alucinógenos. Igualmente, de las declaraciones dadas por los mismos miembros de la Policía Nacional de Garagoa, no hubo acuerdo para manifestar donde encontraron el alcaloide, en tanto, el primero manifestó que



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

estaba dentro de las cobijas enrollados, y el segundo, el patrullero JAVIER ALFONSO JUAN DE DIOS MANCIPE, afirmó que observó el alcaloide sobre la cama, lo que evidencia que el informe fue totalmente falso.

Con el informe presentado por la SIJIN DE GARAGA, y entregado a la Fiscalía General de la Nación, se compulsó copias al Señor GABRIEL VARGAS JIMENEZ, propietario de la casa para extinción de dominio, por ser, supuestamente el inmueble destinado al expendio de estupefacientes por lo que tuvo que afrontar un proceso en la ciudad de Tunja, cuando la verdad nunca se pudo probar que en dicho inmueble se expendiera estupefaciente.

En periódicos “SIETE DIAS” de fechas 17 y 18 de mayo de 2014, se publicó por parte de la Policía Nacional, una foto donde aparece el Señor ANDRES FERLEY VARGAS VARGAS, como expendedor de estupefacientes y al lado de él, lo que ocasionó graves perjuicios al núcleo familiar de ANDRES FERLEY, pues en el municipio ahora lo conocen como el distribuidor de estupefacientes a menores y otras personas, lo que lo llevó a irse a trabajar a otros lugares, donde le ha sido imposible ubicarse.

Durante el tiempo que permaneció privado de la libertad el Señor ANDRES FERLEY VARGAS, solicitó, tanto a la Fiscalía como al INPEC, se le diera tratamiento con ocasión de un accidente que había tenido en un brazo días anteriores, pero ni la Fiscalía General de la Nación, ni mucho menos el INPEC, accedieron dicha petición, lo que le causó invalidez de su brazo, tal como se aprecia en la respectiva historia clínica que se anexa.

Adicionalmente, en el tiempo que estuvo privado de la libertad, su padre, madre y hermanos sufrieron graves perjuicios tanto materiales como morales, entre ellos los de pagar los honorarios de los abogados, ir cada ocho días a visitar al demandante a la cárcel, soportar el menosprecio de los vecinos, quienes los tildaban como expendedores de estupefacientes cuando nunca lo eran.



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

El 28 de agosto de 2014 y el 2 de septiembre del mismo año, El señor ANDRES FERLEY VARGAS, presentó derechos de petición, solicitando su asistencia médica, pero nunca fue atendido, originando una incapacidad, que concluyó con deformidad física de carácter permanente. Igualmente, durante su detención arbitraria por hechos y acciones imputados por la Policía Nacional y Fiscalía General de la Nación, sufrió mucho por su salud, pues duró varios meses, muy enfermo de un brazo, ya que no se le dio el tratamiento que debería hacerse.

En razón al falso informe dado por los agentes de la SIJIN Garagoa, y al mal proceder de la Fiscalía General de la Nación, que ordenó investigación por extinción de dominio del predio de propiedad del Señor GABRIEL VARGAS, se le entregó la información al periódico “DIARIO DE TODOS EXTRA” de fecha 09 de mayo de 2015 y en su página principal dice “TRES INMUEBLES UBICADOS EN DIFERENTES ZONAS DE BOYACA, PASARON A MANOS DEL ESTADO DEBIDO A QUE EN LOS MISMOS SE COMERCIALIZABAN ESTUPEFACIENTES” , lo que generó perjuicios de orden moral. Adicionalmente, con ocasión de la solicitud de extinción de dominio que correspondió a la Fiscalía Tercera de extinción del dominio de Tunja, el Señor GABRIEL VARGAS JIMENEZ, debió acudir allí en varias oportunidades, y asesorarse de abogado, para poder defender su predio, el cual nunca se había dedicado a la venta de estupefacientes por el contrario es un taller de mecánica.

Reiteró finalmente que, a pesar de que no existía ningún mérito para presentar acusación, pues no existía prueba alguna que dijera, que el Señor ANDRES FERLEY expendiera estupefaciente, el Señor Fiscal presentó escrito de acusación, sin fundamento alguno.

1.2. PRETENSIONES

La parte actora dirige el petitum en torno a lo que seguidamente se menciona:

“(…) **PRIMERA.** Que la NACIÓN COLOMBIANA - el Ministerio de DEFENSA NACIONAL POLICIA NACIONAL Y FISCALIA GENERAL



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

DE LA NACION, son administrativamente responsables de los perjuicios materiales y morales causados al Señor ANDRES FERLEY VARGAS VARGAS, por la detención privativa de la libertad en establecimiento carcelario por no haber cometido delito alguno y haber sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva al igual que los daños morales causados al Señor GABRIEL VARGAS JIMENEZ, por haber iniciado proceso de extinción de dominio de su propiedad por supuesto venta de estupefacientes en su inmueble, cuando no era verdad.

SEGUNDA : CONDENAR, en consecuencia, a la Nación Colombiana – Ministerio de DEFENSA NACIONAL –POLICIA NACIONAL – FISCALIA GENERAL DE LA NACION a pagar a los actores o a quien represente sus Derechos como reparación o indemnización del daño ocasionado, los perjuicios de orden material y moral, objetivados y subjetivados, actuales y futuros, los cuales se estiman como mínimo en la suma de **CUATROCIENTOS QUINCE MILLONES OCHENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$415.086.800)**o conforme a lo que resulte probado dentro del proceso.

TERCERA: La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el Art. 178 Del Código Contencioso Administrativo y se reconocerán los intereses legales desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta cuando se dé el cabal cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso.

CUARTA : EL MINISTERIO de defensa Nacional, POLICIA NACIONAL, FISCALIA GENERAL DE LA NACION, darán cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al presente proceso en los términos de los Art. 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.”

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Citó como fundamentos de derecho de sus pretensiones los artículos, 15, 21, 28, 29, 90, 250, 251 de la constitución política

2. LA CONTESTACIÓN.

2.1. POLICÍA NACIONAL (fls. 213-226)

Encontrándose en la oportunidad legal para el efecto, señaló el apoderado de la Policía Nacional que, de las pruebas allegadas al plenario no se puede deducir irregularidad alguna en las actividades realizadas por la autoridad policial de la cual se hubiera derivado



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

responsabilidad por unos supuestos daños ocasionados a los demandantes, pues los hechos suscitados en el presente caso fueron externos, irresistibles e imprevisibles para la Policía Nacional y en esa medida la institución no incurrió en ninguna omisión de sus deberes constitucionales ni legales, ni mucho menos se configuró la falla en el servicio invocada en la demanda.

De otra parte, adujo que la Fiscalía es la Dueña – Directora y Coordinadora del Proceso y la Policía Judicial actúa bajo las directrices de esa entidad que cumple las funciones de acusación de acuerdo a los mandatos constitucionales que le han sido asignados y cuyas solicitudes son despachadas favorable o desfavorablemente por el juez penal tanto de garantías como de conocimiento en virtud de la pirámide de normas que lo rigen y dentro de las cuales no se encuentra la Policía Nacional, máxime si se tiene en cuenta que la institución demandada, no tiene competencia para administrar justicia, por tanto, resulta lógico que no existe para la Policía Nacional ninguna responsabilidad estatal en la medida que no tuvo incidencia en las decisiones tomadas por la Fiscalía ni el juez.

Si bien es cierto el señor Andrés Ferley Vargas fue procesado de acuerdo a captura realizada por efectivos de la Policía Nacional en procedimiento de registro y allanamiento efectuado el 14 de mayo de 2014 y puesto a disposición del Fiscal 27 Seccional de Garagoa, también es cierto que el Fiscal lo presentó ante el juez de control de garantías quien legalizó su captura, al considerar , según criterio, que la misma fue ajustada a derecho, razón por la cual le fue imputado el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes contemplado en el artículo 376 del Código Penal.

Frete a los hechos, manifestó el apoderado de la entidad policial que, el allanamiento se llevó a cabo con base en los parámetros de ley y con acompañamiento en de la Personera Municipal, quien al iniciar la diligencia dio a conocer a los moradores, la respectiva orden de registro y allanamiento, por lo que los moradores permitieron el ingreso del personal de la Policía Judicial de la SIJIN Garagoa. Los Policiales al llegar al inmueble correspondiente, se identificaron



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

plenamente, portaban sus uniformes y chalecos distintivos de la Institución.

El procedimiento se llevó a cabo mediante el método punto a punto, en el que, al llegar a la habitación No. 7 en la que dormía el señor Andrés Ferley Vargas, se realizó un registro manual encontrándose una bolsa plástica con una sustancia sólida polvorienta de color beige, dentro de este mismo envoltorio había una bolsa plástica transparente con sello hermético, la cual contenía 27 bolsas pequeñas de una sustancia sólida pulverulenta color blanco, sustancias que se asemejan a estupefacientes, por lo cual inmediatamente se hizo firmar el acta de incautación y se le dan a conocer los derechos que tiene como persona capturada al hoy demandante, quien manifestó libremente entenderlos. Asimismo, la evidencia es fotografiada, rotulada, embalada y sometida a cadena de custodia, para su posterior análisis por parte del perito PIPH.

Así las cosas, indicó que, la Policía Nacional actuó conforme a derecho al llevar a cabo una diligencia ordenada por la Fiscalía General de la Nación ante la comisión de una conducta punible, razón por la cual, los miembros de la Policía Nacional obraron en cumplimiento de un deber legal, generándose la captura del actor. Igualmente, el allanamiento se realizó bajo los parámetros de ley, sin existir ningún tipo de violencia, por lo que, los resultados judiciales y las decisiones de la Fiscalía y Rama Judicial frente al procesado son ajenos a la institución, pues lo único que hizo fue poner a disposición de la autoridad competente al sindicado.

Así las cosas, concluyó la entidad que no se configuró una falla en el servicio de la cual se derivara una responsabilidad extracontractual del estado – Policía Nacional, además, porque a la institución no le corresponde imputar delitos, ni mucho menos hacer juicios de valor respecto de la culpabilidad al momento de realizar capturas en flagrancia, como ocurrió en este caso.

2.2. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. (fls. 394-407)

Mediante escrito presentado oportunamente, manifestó el



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

apoderado de la Fiscalía General de la Nación que la actuación de la entidad se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimientos vigentes para la época de los hechos, actuación respecto de la cual, no es procedente invocar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, pues la entidad obró de conformidad con lo establecido en el artículo 250 de la Carta que prevé las funciones de la Fiscalía General de la Nación, disposición que se encuentra desarrollada tanto en la norma sustancial como en la de procedimiento Penal, en el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación y demás nomás concordantes y vigentes para la época.

Por lo anterior, señaló que conforme a las normas legales y constitucionales aplicables a la Fiscalía General de la Nación, le corresponde a dicha entidad adelantar investigaciones, para, de acuerdo con la prueba recaudada, solicitar como medida preventiva la detención del sindicado, y el juez de garantías es quien debe estudiar tal solicitud, analizar y decretar las pruebas que considere necesarias y procedentes, para luego, establecer la viabilidad o no de ordenar la medida de aseguramiento, es decir que, en últimas, si todo de ajusta a derecho, es el juez de garantías quien decide y decreta o no la medida de aseguramiento de detención.

En este caso, el juez consideró que se daban los requisitos exigidos por la norma procedimental y conforme al caudal probatorio allegado a la investigación, legalizó la captura del demandante imponiendo medida de aseguramiento de detención intramural.

Es así como, en los términos de la Ley 906 de 2004 la Fiscalía actúa como ente acusador, quien a su vez, luego somete a control judicial los motivos que sirvieron de fundamento para la actuación investigativa y después es tarea del funcionario judicial, decretar la nulidad del proceso o la carencia de valor probatorio ante una eventual deficiencia de la acusación o imponer medida de aseguramiento, legalizar la captura etc, para que de esta manera se garantice total transparencia dentro de todo el proceso.



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

En las anteriores condiciones se puede concluir que no hay nexo sustancial entre las partes con ocasión del daño producido, es decir, la vinculación al proceso y privación de la libertad del demandante, pues estos hechos se dieron bajo la Ley 906 de 2004, razón por la cual, es el juez quine avala la imputación realizada por la fiscalía y determina la viabilidad o no de la medida de aseguramiento.

Respecto de los perjuicios materiales e inmateriales reclamados por los demandantes, manifestó el apoderado de la entidad que no se encuentran debidamente probados dentro del proceso. Igualmente, advirtió que los accionantes también reclaman daños por los cuales la Fiscalía no está llamada a responder, pues, en primer lugar, la supuesta privación injusta de la libertad fue impuesta por un juez de la república, aunado a que el actor sustenta su petición en errores cometidos por la Policía Nacional y en segundo lugar, la vinculación del bien al proceso de extinción de dominio, también se encuentra bajo la responsabilidad del juez, pues es quien decide la vinculación o no de bienes a esta clase de procesos.

Finalmente manifestó que no existen en el expediente, fundamentos fácticos ni jurídicos que respalden la presunta falla en el servicio de la administración de justicia, error judicial y/o defectuoso funcionamiento de la administración judicial, pues la demanda se fundamenta en la privación injusta de la libertad y presuntos daños derivados de tal hecho y en esa medida, conforme lo ha considerado la jurisprudencia, la medida de detención preventiva que cumple con los requisitos legales para su imposición, no puede considerarse ilícita, pues en tales eventos el derecho a la libertad se encuentra legalmente limitado, lo que significa que si una detención es legal y proporcional, impuesta de acuerdo con los requerimientos y finalidades establecidas en la ley, si bien puede ocasionar un daño, este no resulta antijurídico.

3. SENTENCIA APELADA. (fls. 259-269)

Agotadas las ritualidades legales, el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, dictó sentencia de mérito el día



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

16 de mayo de 2019, en la cual se resolvió lo siguiente:

“Primero. - PRIMERO: DECLARAR PROBADA de oficio la causal exigente de responsabilidad denominada HECHO DE LA VICTIMA.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las accionadas, denominadas, FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, HECHO EXCLUSIVO DE UN TERCERO, AUSENCIA E INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD Y CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: Condenar en costas a la parte DEMANDANTE. Por secretaría efectúese la respectiva liquidación. Como agencias en derecho Fíjese el 4% del valor de la estimación de la cuantía a folio 217, y a favor de las demandadas.

(...)”

Para llegar a la conclusión anterior, en primer lugar, determinó que la función que tiene la Policía Nacional, según el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal, consiste en apoyar la investigación penal. Asimismo, los artículos 205 y 206 exhortan para que una vez la policía judicial tenga conocimiento de la posible comisión de un delito proceda de manera inmediata a realizar todos los actos urgentes, entre ellos, la entrevista, la cual se recibirá de acuerdo con las formalidades previstas en la ley.

Del mismo modo, ha señalado la Corte Suprema de Justicia¹, que la policía judicial, por disposición constitucional y legal, interviene en la investigación de los delitos, bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación. También indicó que estas labores pueden ser de verificación previa, de investigación por iniciativa propia o de investigación por comisión del fiscal o del juez. Cuando se trata de las labores previas de verificación, se allega documentación, se realizan análisis de información y se escucha, en exposición o entrevista, a quienes se considera pueden tener conocimiento de la comisión de una conducta punible. Estas actuaciones no tienen valor probatorio, pues solo sirven de criterio

¹ CSJ, S. Penal, Sent. 32597, jul. 6/11, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

orientador de la investigación.

Por otra parte, en los casos de investigación por iniciativa propia por flagrancia o imposibilidad de intervención inmediata de la Fiscalía, los elementos de juicio practicados u ordenados por la policía judicial tienen virtualidad probatoria y pueden servir de fundamento para la demostración del delito. Por último, cuando la investigación es producto de la comisión del fiscal o del juez, las actuaciones tienen poder demostrativo, si se desarrollaron por orden del ente instructor, pero solo para la práctica de pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos. Ello es así, porque la Fiscalía asume formalmente la dirección de la investigación y la facultad de la policía judicial se reduce notablemente.

Del recuento de la investigación y lo señalado por la parte demandante como irregularidades que estructuran la responsabilidad del Estado, cotejado con la normativa expuesta sobre la labor de investigación, evidenció el *A quo* que en la etapa de investigación que inició con labores de vecindario y fuente humana las cuales no se revelaron durante toda la actuación, precisamente por solicitud de los informantes en razón a cuestiones de seguridad. Se tiene que las Labores en mención inicialmente apuntaban a que el señor ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS, tenía relación con el supuesto tráfico y/o porte de estupefacientes, actividades que se realizaban al parecer en el inmueble ubicado en el barrio las Hadas Calle 18 N° 10-16 del Municipio de Garagoa Boyacá, de propiedad de su padre el señor Gabriel Vargas. Dichas labores investigativas fueron adelantadas por el Investigador POLICIA NACIONAL - IVAN FERNANDO GUTIÉRREZ RATIVA, quien además indicó que a veces se utilizaba para hacer las entregas un perro de raza pitbull o en una moto Kawasaki roja de placas GEU270.

Del mismo modo, puso de presente que cuando se dio inicio a la investigación el 13 de enero de 2014, el investigador presentó al Fiscal su informe, basado en esas labores de vecindario, noticia criminal, fijación fotográfica del inmueble, y entrevista a un



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

ciudadano, lo que permite evidenciar que esas labores de vecindario y demás presentadas al fiscal, para iniciar la investigación, no demuestran una actividad investigativa deficiente como la afirma la parte actora, esto es, que no fue una investigación a la ligera, sino de varios meses atrás, para finalmente poner en conocimiento del Fiscal lo recopilado por el investigador, que sustentó además las razones o motivos fundados para expedir la orden de allanamiento.

En cuanto a la diligencia de allanamiento, mencionó el Juzgado de Instancia que, teniendo en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional en la C- 673 de 2005, en la que efectuó análisis de constitucionalidad del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, en este caso, el Fiscal 27 Seccional de Garagoa, conto con el informe del investigador, el registro fotográfico y la entrevista de la fuente humana que pidió reserva, para expedir la orden de allanamiento. Igualmente, la declaración jurada del testigo o informante, al igual que los demás elementos materiales probatorios y la evidencia física, constituyen tan solo instrumentos para direccionar y encausar la actividad investigativa del Estado, mas no se trata de un medio probatorio para establecer la existencia del hecho punible ni el grado de responsabilidad penal del imputado.

Concretamente, respecto del procedimiento en mención, se indicó en la sentencia de primera instancia que el 14 de mayo de 2014 se adelantó la diligencia de allanamiento al inmueble en cuestión, donde se halló unas papeletas en una de las habitaciones del inmueble, habitación que se indicó era la de ANDRES FERLEY VARGAS. El Investigador POLICIA NACIONAL - IVAN FERNANDO GUTIÉRREZ RATIVA, en compañía de otros funcionarios adelantó la diligencia de allanamiento y se levantaron los informes respectivos, los cuales fueron entregados a la Fiscalía, para lo de su competencia. De los informes se logró establecer que ANDRES FERLEY VARGAS VARGAS, manifestó vivir en el inmueble ubicado en el barrio las Hadas Calle 18 N° 10-16 del Municipio de Garagoa Boyacá, no obstante, después se allegaron pruebas de carácter testimonial que señalaban su residencia en otro lugar, lo cierto es que él asistía



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

constantemente al inmueble, y el día del allanamiento se encontraba allí.

Frente a la inquietud de la parte actora referente a que existió manipulación de las entidades accionadas quienes, según su dicho, le insinuaron al actor que se inculpara para obtener beneficios, advirtió el juez de instancia que dicho argumento no es de recibo, en la medida en que el demandante estaba asesorado de un abogado o defensor de su confianza, quien además tramitó en su nombre el principio de oportunidad y lo acompañó a la diligencia de interrogatorio. Inclusive por tratar de adelantar ese principio de oportunidad, se suspendió varias veces la audiencia preparatoria, lo cual descarta que existió mora de la FISCALIA en el proceso penal adelantado en contra de ANDRES FERLEY VARGAS, pues estos aplazamientos no solo de la audiencia preliminar si no del juicio, fueron justificados y consentidos por el investigado.

Adicionalmente, señaló el juzgado que no obstante haberse resuelto la situación del accionante con la decisión final de un fallo absolutorio, por no haberse probado el delito por el cual fue llevado a juicio, lo cierto es que, con ocasión de esas labores de vecindario, sumadas al allanamiento efectuado el 14 de mayo de 2014, donde se encuentran las sustancias estupefacientes y además el indicio de presencia del investigado ese día en el inmueble, y esto sumado a las diligencias del principio de oportunidad, se convirtieron en elementos probatorios relevantes para continuar la investigación por parte de la Fiscalía. Advirtió además que la labor de investigación adelantada por las accionadas se llevó a cabo a través de un programa metodológico ajustado a la legalidad.

En este caso, la investigación adelantada, el registro y allanamiento a la casa de habitación de los demandantes fue consecuencia de la investigación previa efectuada por la policía judicial, que en principio no estaba alejada de la realidad, en cuanto según lo afirmado por el demandante, al rendir su interrogatorio para el principio de oportunidad, estaba relacionado con personas que traficaban y portaban estupefacientes y otros actos delictivos,



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

inclusive él los acompañaba o estaba presente cuando estos personajes efectuaban sus actuaciones delictivas, según su propio dicho. Así las cosas, no se trata de una actividad arbitraria de la policía judicial y de la Fiscalía General de la Nación, sino de una potestad reglada, constitucionalmente válida, según la cual, de encontrarse soporte para la solicitud de diligencia de allanamiento, es procedente dictarla, como efectivamente sucedió.

Agregó el *A quo* que, el control de legalidad en relación con la policía judicial se llevó a cabo en primer momento por el Fiscal a cargo y posteriormente, sobre la actuación de la policía judicial y de la Fiscalía, por el Juez de Control de Garantías. En ambos niveles de control se halló que los procedimientos se ajustaron a la ley.

Por todo lo anterior, el despacho de primera instancia no encontró la configuración del elemento de la antijuridicidad, pues La investigación a la que fue sometido el señor ANDRES FERLEY VARGAS VARGAS, fue parte de las actuaciones realizadas por el Estado a través de la Fiscalía General de la Nación, las cuales todos los ciudadanos deben soportar de conformidad con la teoría de las cargas públicas, sin perjuicio de la observancia de las formalidades legales, tal y como aconteció en este asunto. Agregó que, tampoco se acreditó por parte de los actores, denuncia penal o disciplinaria en contra del investigador o del fiscal que conocieron del asunto, por alguna presunta falsedad en el informe de allanamiento y manipulación de testigos e insinuación del principio de oportunidad, al punto que estuvo suscrito por los intervinientes sin dejar salvedad alguna al respecto.

Del mismo modo, adujo el despacho que la restricción de la libertad padecida por el demandante, no implica, *per se*, la responsabilidad del estado, toda vez que, de conformidad con la jurisprudencia sobre la materia, el asunto bajo examen debe mirarse bajo la óptica del régimen subjetivo de responsabilidad de la falla en el servicio, y en ese sentido después de analizar el juez de instancia la antijuridicidad del daño, estableció que no se configuró dicha responsabilidad, pues la POLICÍA NACIONAL y LA FISCALIA



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

GENERAL DE LA NACION, cumplieron con sus deberes legales y constitucionales, al abordar la investigación penal a la que fue sometido el señor VARGAS VARGAS, y acreditó en su momento los requisitos legales y procesales respectivos para que ella estuviere sujeto a una medida privativa de su libertad.

Concluyó que, no le asiste razón a la parte demandante, cuando señala que se estructuran los elementos de responsabilidad del Estado, por cuanto si bien existió un daño, que fue la privación de la libertad de la demandante, este no fue antijurídico. Además, la parte demandante, no demostró que las Entidades accionadas, hubieren actuado de manera irregular, arbitraria, si no que se por el contrario la Policía y Fiscalía en el ejercicio de sus funciones, realizaron las labores de investigación necesarias para que la Fiscalía, presentara al juez el caso bajo estudio, por cuanto consideraron en ese momento que su conducta estaba tipificada como un delito.

Finalmente, consideró que en el presente asunto se configuró la excepción denominada el hecho de la víctima, como causal excluyente de responsabilidad, por cuanto, la propia víctima ANDRES FERLEY VARGAS VARGAS, admitió en su interrogatorio rendido para el principio de oportunidad, haber conocido a personas que ejercían actividades de tráfico y porte de estupefacientes, a más de otras actividades delictivas; lo cual lo relacionaba con ellos, en el tráfico y porte estupefacientes, inclusive él los acompañaba o estaba presente cuando estos personajes efectuaban sus actuaciones delictivas, según su propio dicho, interrogatorio que fue rendido bajo juramento y acompañado de su abogado de confianza; advirtiéndose que esas manifestaciones efectuadas por la víctima, dejan entrever que su amistad, conocimiento y vinculación con supuestos hechos delictivos, fueron base para la labor investigativa, que conlleva a la diligencia de allanamiento y registro del inmueble donde se encontraba ese día y fueron además halladas las sustancias alucinógenas.

Es así como, en criterio del juez de instancia, la manifestación del demandante en ese interrogatorio más los hallazgos de la diligencia



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

de allanamiento y registro, son indicativos de que la propia víctima, fue la que dio lugar a que la Policía y la Fiscalía sospecharan de él, y lo vincularan a la investigación, en tanto fueron determinantes para la investigación que se tradujo en la restricción de su libertad, de manera que a la Fiscalía no podía exigírsele una actuación diferente a la que desplegó.

4. RECURSO DE APELACIÓN. (fls. 523-526)

El apoderado de la parte demandada interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, señalando como motivos de inconformidad en primer lugar que, el *A quo* por el solo hecho de haber rendido un interrogatorio el hoy accionante ANDRES FERLEY VARGAS, y donde posiblemente se iba adelantar un principio de oportunidad, consideró la existencia de responsabilidad de la parte actora, y por esta razón tenía el deber de afrontar la detención y el proceso del cual se derivó la privación de la libertad, pero la verdad, es que una vez capturado el Señor VARGAS VARGAS y estando privado de su libertad, por sugerencia de su abogado de la época, solicitó un interrogatorio para un eventual principio de oportunidad, pero a este nunca se le dio trámite, por tal motivo el juez de primera instancia, cometió un error al manifestar que con el interrogatorio del aquí demandante este acepta la responsabilidad, pues por el contrario, lo que se demostró en el proceso, es que el Señor ANDRES FERLEY VARGAS no tenía ese estupefaciente, quedó demostrado, que tampoco el hoy demandante estaba dedicado a la distribución del alcaloide, ni mucho menos se dedicaba a distribuir dichas sustancias estupefacientes.

Adicionalmente, afirmó el apelante que en la sentencia de primera instancia no se observó ni siquiera el tipo del delito por el cual se estaba investigando a la parte actora, y quien sufrió los graves daños por los actos y omisiones ejecutadas por la parte demandada Fiscalía General de Nación y Policía Nacional. Además, adujo que no es cierto como lo dijo el juez de instancia que, la investigación se realizó como consecuencia directa de los elementos probatorios existentes, toda vez que tales elementos no existieron y



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

tal como quedó demostrado la Policía Judicial, no hizo investigación alguna, por lo que, el mismo Tribunal Superior de Boyacá Tunja sala Penal manifestó que no existió una investigación integral y que la Policía Judicial no hizo la labor investigativa. Contrario a lo anterior, por lo que no puede ahora decirse que la culpa o la responsabilidad es del actor.

Lo anterior sumado a que la sentencia absolutoria fue confirmada por el Honorable Tribunal Superior del distrito Judicial de Tunja concluyendo que " Con sustento en lo anterior y ocupándonos del caso, se concluye que la fiscalía no logró demostrar con el material probatorio allegado al juicio y ya analizado, que Andrés Ferley Vargas Vargas se dedicara a comercializar estupefacientes, pues solamente se probó el hallazgo de una sustancia alucinógena en la habitación destinada para huéspedes en las que esporádicamente descansaba el procesado, cuando se practicó la diligencia de allanamiento y registro en la residencia donde trabaja en un taller de latonería y pintura el joven procesado junto con su padre".

Finalmente, concluyó el apelante que no son de recibo los fundamentos jurídicos del *A-quo*, en tanto, en el transcurso del proceso está demostrado que sí se causaron graves daños, y que los mismos son atribuibles directamente a las entidades demandadas.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DE MINISTERIO PÚBLICO.

5.1. Parte demandada

- Policía Nacional (fls. 539-549)

En Suma, luego de reiterar los argumentos esbozados en la contestación de la demanda, adujo que se logró demostrar que no se configuró una privación injusta de la libertad respecto del demandante, pues la medida preventiva ordenada en su contra, fue producto de la investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación y Policía Nacional, en cumplimiento precisamente de sus



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

deberes legales y constitucionales, aunado a que tampoco se acreditó daño antijurídico imputable al Estado.

Por lo anterior, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, ya que es imposible pretender responsabilizar a la Policía Nacional por razón de un proceso penal en el cual se vio inmerso el demandante y no por ello quiere decir que el Estado deba responder, máxime cuando efectivamente fueron halladas en el sitio allanado, sustancias estupefacientes y en donde la Policía Nacional no tenía otro camino que poner a disposición de las autoridades a la persona involucrada para que se decidiera sobre su culpabilidad o no, pues esta no tiene funciones judiciales.

- Fiscalía Nacional. (fls. 548-551)

Adujo el apoderado de la Fiscalía General de la Nación que, en este asunto no demostró en el curso del proceso contencioso administrativo la responsabilidad patrimonial de la entidad, toda vez que no existió daño antijurídico, error judicial ni falla en el servicio de administración de justicia, pues el ente acusador en el ente bajo estudio obró de conformidad con lo establecido en el artículo 250 de la Constitución Política.

- Ministerio Público. (fls. 553-563)

El Agente del Ministerio Público se pronunció en el sentido de señalar que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, argumentando para el efecto lo siguiente:

El Consejo de Estado en sentencia de unificación del 15 de agosto de 2016, dispuso que en asuntos en los que se invoque una privación injusta de la libertad, no basta con probar la restricción de la libertad y la posterior ausencia de condena, sino que, además, se debe analizar si el daño derivado del hecho de la privación es o no antijurídico a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, análisis que implica 3 pasos a saber: i) si el privado de la libertad incurrió en dolo o culpa grave; ii) cual es la autoridad llamada a



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

reparar y iii) en virtud del principio *iura novit curia* encausar el asunto bajo el título de imputación que se considere pertinente y de acuerdo con el caso concreto expresando de forma razonada los fundamentos de la decisión.

Además de lo anterior, puso de presente que tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en todos los casos en los que se reclame privación injusta de la libertad debe analizarse y considerarse la culpa exclusiva de la víctima, por lo que una vez analizada la referida causal de ausencia de responsabilidad por dicha agencia fiscal, junto con la jurisprudencia relacionada con el tema objeto de la controversia y las pruebas allegadas al proceso, concluyó que la Fiscalía General de la Nación presentó elementos materiales de prueba que permitieron inferir razonablemente que el señor Andrés Ferley Vargas Vargas era autor o participe del delito investigado, esto es, tráfico y porte de estupefacientes.

Igualmente, teniendo en cuenta las pruebas allegadas al plenario consideró el Ministerio Público que en proceso penal existían serios indicios de la ocurrencia del delito investigado, encontrándose involucrado el señor Vargas Vargas, lo cual, permitió que, al momento de resolver la situación de medida de aseguramiento, el juez infiriera razonablemente su eventual autoría o participación.

La **parte demandante** guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los argumentos del recurso de apelación, en esta oportunidad le corresponde a la Sala establecer si el señor ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS, fue objeto de una privación injusta de la libertad, que condujera a estructurar la responsabilidad extracontractual de las entidades demandadas, por cuanto el proceso penal culminó con fallo absolutorio



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

De igual manera, deberá verificar si la conducta del demandante resultó determinante en la producción del daño que se alega, atendiendo la nueva posición de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

2. TESIS ARGUMENTATIVAS DEL CASO

De acuerdo a lo anterior, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso para dirimir el objeto de la Litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

2.1. Tesis de la *A quo*

Su postura se encaminó a negar las pretensiones de la demanda, por considerar que no se encontró probada la configuración del elemento de la antijuridicidad, pues La investigación a la que fue sometido el señor ANDRES FERLEY VARGAS VARGAS, fue parte de las actuaciones realizadas por el Estado a través de la Fiscalía General de la Nación, las cuales todos los ciudadanos deben soportar de conformidad con la teoría de las cargas públicas. Pero observando, claro está, las formalidades legales, tal y como aconteció en este asunto. Agregó que, tampoco se acreditó por parte de los actores, denuncia penal o disciplinaria en contra del investigador o del fiscal que conocieron del asunto, por alguna presunta falsedad en el informe de allanamiento y manipulación de testigos e insinuación del principio de oportunidad.

Adujo el despacho de instancia que, la restricción de la libertad padecida por el demandante no implica por si sola la responsabilidad del estado, toda vez que, de conformidad con la jurisprudencia sobre la materia, el asunto bajo examen debe mirarse bajo la óptica del régimen subjetivo de responsabilidad de la falla en el servicio, y en esas condiciones después de analizar la antijuridicidad del daño, estableció el *A quo* que no se configuró dicha responsabilidad, pues la POLICÍA NACIONAL y LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION, cumplieron con sus deberes legales y constitucionales, al abordar la investigación penal a la que fue



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

sometido el señor VARGAS VARGAS, y acreditó en su momento los requisitos legales y procesales respectivos para que ella estuviere sujeto a una medida privativa de su libertad.

Finalmente, consideró que en el presente asunto se configuró la excepción denominada el hecho de la víctima, como causal excluyente de responsabilidad, por cuanto, la propia víctima ANDRES FERLEY VARGAS VARGAS, admitió en su interrogatorio rendido para el principio de oportunidad, haber conocido a personas que ejercían actividades de tráfico y porte de estupefacientes, a más de otras actividades delictivas; lo cual lo relacionaba con ellos, en el tráfico y porte estupefacientes, razón por la cual, en criterio del juez de instancia, la manifestación del demandante en ese interrogatorio más los hallazgos de la diligencia de allanamiento y registro, son indicativos de que la propia víctima, fue la que dio lugar a que la Policía y la Fiscalía sospecharan de él, y lo vincularan a la investigación, en tanto fueron determinantes para la investigación que se tradujo en la restricción de su libertad,

2.2. Tesis del apelante

Solicitó se revoque la decisión de primera instancia, por considerar que el *A quo* por el solo hecho de haber rendido un interrogatorio el hoy accionante ANDRES FERLEY VARGAS, y donde posiblemente se iba adelantar un principio de oportunidad, consideró la existencia de responsabilidad de la parte actora, y por esta razón tenía el deber de afrontar la detención y el proceso del cual se derivó la privación de la libertad, sin tener en cuenta que dicho benefició nunca se tramitó y en esas condiciones, el juez cometió un error al manifestar que con el interrogatorio del aquí demandante este aceptó la responsabilidad, pues por el contrario, lo que se demostró en el proceso, es que el Señor ANDRES FERLEY VARGAS no tenía ese estupefaciente, quedó demostrado, que tampoco el hoy demandante estaba dedicado a la distribución del alcaloide, ni mucho menos se dedicaba a distribuir dichas sustancias estupefacientes.



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

Además, adujo que no es cierto como lo dijo el juez de instancia que, la investigación se realizó como consecuencia directa de los elementos probatorios existentes, toda vez que tales elementos no existieron y tal como quedó demostrado la Policía Judicial, no hizo investigación alguna, por lo que, el mismo Tribunal Superior de Boyacá Tunja sala Penal manifestó que no existió una investigación integral y que la Policía Judicial no hizo la labor investigativa. Contrario a lo anterior, por lo que no puede ahora decirse que la culpa o la responsabilidad es del actor.

Finalmente, consideró que no son de recibo los fundamentos jurídicos del *A-quo*, en tanto, en el transcurso del proceso se demostró que sí se causaron graves daños, y que los mismos son atribuibles directamente a las entidades demandadas.

2.3 Tesis de la Sala

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, en consideración a que de las pruebas allegadas al proceso se observa que la imposición de medida de aseguramiento al señor ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS , se ajustó a los criterios establecidos en la legislación penal y, por tanto, no hay lugar a concluir que dicha decisión hubiese sido irracional, desproporcionada ni ilegal o constitutiva de una falla del servicio atribuible a las entidades demandadas.

Adicionalmente, se demostró con suficiencia que dicha restricción a su libertad, derivada de la medida de aseguramiento que recayó en contra del demandante, tuvo origen en el material probatorio recaudado por la Fiscalía General de la Nación, en razón a que, de los elementos de convicción analizados se advierte que tal medida se produjo como consecuencia de graves indicios en su contra respecto de la comisión del delito por el cual estaba siendo investigado.

Para efectos de absolver los interrogantes jurídicos planteados, comenzará la Sala por analizar *i)* el régimen aplicable a la



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

responsabilidad extracontractual del estado, **ii)** la privación injusta de la libertad - evolución normativa y jurisprudencia y **iii)** el caso concreto y conclusiones.

3. EL RÉGIMEN APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Antes de la Constitución Política de 1991 no existía una cláusula expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. A pesar de ello, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en especial la del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la Constitución de 1886, los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial.

Fue entonces, como a partir de la Constitución de 1991 se reconoció expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado, específicamente en su artículo 90, el cual dispuso que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Así, el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 16 del Decreto Ley 2304 de 1989, consagró una acción para obtener el reconocimiento de la responsabilidad del Estado y la consecuente reparación de los daños, la que posteriormente fuera recogida por el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

“Artículo 140. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación el daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma (...)"

Así entonces fue a partir de la Constitución Política de 1991, que todo debate sobre la responsabilidad del Estado se resolverá con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la misma, según el cual éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, que les sean imputables.

La responsabilidad patrimonial del Estado encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, desarrollado por la jurisprudencia y expresamente consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual a su vez debe interpretarse en concordancia con los artículos 2, 13, 58 y 83 del mismo ordenamiento superior que por un lado, le impone a las autoridades de la República el deber de proteger a todas las personas en Colombia en su vida, honra y bienes y, por el otro, la obligación de promover la igualdad de los particulares ante las cargas públicas y de garantizar la confianza, la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles.

Bajo estos preceptos, la relevancia en el análisis sobre la responsabilidad del Estado recae sobre la antijuridicidad del daño y no sobre el accionar de las autoridades. Así, resulta accidental si el daño fue causado a través de una actuación legítima o ilegítima del Estado, debiéndose hacer una lectura inminentemente reparativa del juicio de responsabilidad centrada principalmente en la protección de los particulares.

En las anteriores condiciones, tal como lo ha definido el Consejo de Estado, la responsabilidad Estatal se hace latente cuando se configura un daño antijurídico, atendido como aquel que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo y menos aún el perjuicio causado con ocasión del mismo.

Así, los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

administración entendiendo por tal, el componente que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado.

En la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución que puede ser falla del servicio, riesgo creado o rompimiento de la igualdad de las personas frente a las cargas públicas.

Por tanto, atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, atribución que solo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. En otros términos, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando estas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público.

En consecuencia, cualquier estudio de la responsabilidad estatal adquiere un carácter eminentemente reparatorio, por lo que su finalidad deberá ser la garantía de los derechos de los particulares más que la determinación de la licitud o ilicitud de la actividad de los entes públicos, por lo que en cada caso se debe probar, la ocurrencia del daño antijurídico y su imputabilidad al Estado, para que surja la obligación de indemnizar.

4. LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

En principio, el fundamento legal de la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados en virtud de la privación ilegal de la libertad a que se sometía a una persona, se encontraba fijado o constituido por el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

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".

Posteriormente, el artículo 65 de la Ley 270 de 1996, estableció que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por (i) el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, (ii) el error jurisdiccional y (iii) la privación injusta de la libertad.

A su turno, el artículo 68 *ibídem* contempla que: "*quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar del Estado la reparación de perjuicios*"; de igual manera lo hace la Ley 600 del 2000, cuyo artículo 535 derogó expresamente el Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991. De igual forma el artículo 70 de la referida Ley 270 de 1996, establece 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. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado".

Ahora bien, pese a que el Decreto 2700 de 1991 desapareció del ordenamiento jurídico, en atención a su derogatoria, la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo ha precisado que independiente de esa circunstancia, las hipótesis de responsabilidad establecidas en el artículo 414 de dicha norma, continúan siendo aplicables a hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, no necesariamente invocando un efecto ultractiva de dicho precepto, sino en atención a los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, como quiera que en virtud del principio *jura novit curia*, el juez puede acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar o sustentar su decisión, al respecto ha precisado que:

"(...) Es importante precisar que las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700), al margen de la derogatoria de la disposición, han continuado rigiéndose por una perspectiva



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

objetiva de responsabilidad. En consecuencia, el régimen aplicable para definir si la privación de la libertad fue injusta en estos tres supuestos es el objetivo, inclusive con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación².

En consecuencia, la Subsección no avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. No quiere ello significar, entonces, que se estén modificando los efectos en el tiempo de una norma que se encuentra claramente abrogada. Sin embargo, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio iura novit curia, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma. Es decir, cuando se absuelve al procesado porque el hecho no existió, no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, el régimen de responsabilidad es el objetivo y, por consiguiente, no será determinante a la hora de establecer la responsabilidad de la entidad demandada si actuó o no de manera diligente o cuidadosa. Lo anterior, lejos de suponer una aplicación ultractiva del derogado artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, implica el reconocimiento de que en esos supuestos resulta injustificado imponer al administrado la carga de acreditar que la administración pública incurrió en una falla del servicio. Por el contrario, la fuerza y contundencia de los motivos que generan la absolución en este tipo de circunstancias (el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o el hecho no constituía conducta punible), refuerza la idea de que bajo esas premisas impera un esquema objetivo de responsabilidad en el que la autoridad judicial que impuso la medida de aseguramiento no puede exonerarse del deber de reparar con la acreditación de que su comportamiento fue diligente o cuidadoso (...)"

Así mismo, mediante sentencia de 28 de agosto de 2014, el Consejo de Estado Sección Tercera-Sala Plena fijó y unificó los eventos de los cuales se puede derivar la responsabilidad extracontractual del Estado, por privación injusta de la libertad, recopilando para ello varios pronunciamientos hechos al respecto, así:

"(...) 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

² 3]"Sobre el particular, consultar la sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 13.168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez".



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

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, ü) 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"** (negrilla la Sala)*

En sentencia de unificación de 5 de julio de 2018, la Corte Constitucional' ratificó que el artículo 90 de la Constitución Política no establece un régimen de imputación estatal específico, como tampoco lo hacen el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y la sentencia C-037 de 1996 cuando el hecho que origina el presunto daño antijurídico es la privación de la libertad. Al respecto se indicó:

"(...) "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.

(...)

'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



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma".

(...)

"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 engencia 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, 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" (negrilla Sala).

Por otra parte, en reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado' del 15 de agosto de 2018, en la cual se modifica la jurisprudencia de la Sección Tercera en relación con los casos de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad, se señaló:

"(...) 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 aquel (el daño) "se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando está haya actuado con culpa grave o dolo", de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima está provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es una conducta 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 Civil, 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 cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos.



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya Litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuricidad del daño.

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y sin con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (...)." (Negrilla Sala)"

En la misma providencia, se dispuso que en los asuntos como el acá analizado, es necesario verificar lo siguiente:

- 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 concreto." (Negrilla Sala)

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, debe resaltarse que el citado fallo de unificación del 15 de agosto de 2018 fue dejado sin efectos en virtud de la sentencia de tutela del 15 de noviembre de 2019³, a

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ. Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00169-01(AC).



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

través de la cual el Consejo de Estado encontró que aquella providencia, había incurrido en violación directa del derecho a la presunción de inocencia, puesto que cimentó la “culpa de la víctima” (que dio lugar a la apertura del proceso penal) en el análisis de los actos pre-procesales de ella, tratándola como “sospechosa”. En particular, el órgano de cierre de la jurisdicción precisó los siguientes apartes a resaltar:

“En relación con la culpa de la víctima, se advierte que la sentencia objeto de la presente acción de tutela considera que este presupuesto debe ser estudiado en todos los casos. En los precedentes anteriores a esta providencia pueden advertirse dos líneas jurisprudenciales: una, que estima que esta causal de exoneración solo se configura cuando una conducta de la víctima posterior a los hechos y vinculada fundamentalmente a la marcha del proceso penal puede considerarse como la causa de la detención; otra, que considera que ella se configura cuando el sindicado se comportó como sospechoso del delito que se le imputó para detenerlo, incluyendo dentro de ella conductas preprocesales del sindicado. En este sentido la Subsección B del Consejo de Estado y quienes conforman esta sala de decisión acogieron la primera orientación, desde el fallo proferido el 4 de junio de 2019, con ponencia del magistrado Alberto Montaña Plata en el cual se adoptó una metodología uniforme para resolver este tipo de asuntos

Sobre este particular, la Subsección B, ha venido sosteniendo:

“Por último, debe establecerse si existió dolo o culpa grave de la víctima, pero advirtiendo que este elemento ha de estudiarse como una circunstancia apropiada para romper la relación de causalidad, y es sobre este aspecto de la responsabilidad que debe versar su análisis; con lo cual es claro que solo si se demuestra que –en el curso del proceso– una conducta de la víctima fue la que determinó su detención, puede darse por probada esta causal de exoneración de responsabilidad. (...)”⁴

(...)

A partir de lo anterior, la Sala estima que la sentencia objeto de tutela violó directamente el derecho fundamental de la demandante a que se respetara la presunción de inocencia establecida a su favor a partir de la decisión que la absolvió de responsabilidad por considerar que la conducta imputada era atípica, decisión que fue adoptada por el funcionario penal competente y que tiene fuerza de cosa juzgada.

La valoración de la conducta preprocesal es competencia exclusiva

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve (2019), (54167).



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

del juez penal. Si el juez de la responsabilidad estatal concluye que la detención de la demandante fue generada por su propia conducta, no sólo invade competencias de otras jurisdicciones, sino que desconoce la decisión penal absolutoria porque implica considerar, de acuerdo con una de las líneas jurisprudenciales antes expuestas, que al desplegar su conducta obró como sospechosa de estar cometiendo un delito y determinó que la Fiscalía abriera la investigación y ordenara su detención. A tal conclusión sólo puede llegarse desconociendo la decisión penal que la declaró inocente, porque, conforme con ella, los hechos no constituían delito de acuerdo con la ley vigente en el momento en que ocurrieron. (...)

En suma, lo que se reprochó en la sentencia de tutela que dejó sin efectos el fallo de unificación de 15 de agosto de 2018, fue que el Juez Administrativo valoró las conductas “pre-procesales” de quien en su momento fue privado de la libertad; más aún, cuando precisamente en la parte resolutive del referido fallo se indicó que era indispensable analizar: “si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo (...) 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”.

Sobre este aspecto en particular, esta Corporación se pronunció en sentencia 14 de julio de 2020⁵ el siguiente sentido:

“(...) Sin embargo, esta Sala observa que, en el citado fallo de tutela, no se indicó que el análisis de la causal eximente de responsabilidad de “culpa de la víctima” quedaba completamente descartado en este tipo de casos. Por el contrario, en la sentencia de tutela de 15 de noviembre de 2019, se indicó que el operador judicial administrativo debía valorar “si la imposición de la medida de aseguramiento fue causada por la actuación procesal” de la persona que, a la postre, resultó privada de su libertad⁶.

(...)

De igual manera la Sala destaca que el Tribunal Administrativo de Boyacá ha emitido tres providencias, a través de las cuales precisa en qué sentido debe seguirse atendiendo la sentencia de unificación sobre

⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá Rad No. 1523833330022016-00281-02 Actor. Milton Hernán Granados y otros MP. Doctor OSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

⁶ “(...) Esta prohibición de regreso también aplica en los casos de privación injusta de la libertad. En este tipo de asuntos, la decisión que pudo generar el daño se produjo en el marco de un proceso, y, en consecuencia, tal la prohibición implica considerar que las únicas conductas de la víctima aptas para romper el nexo entre esa decisión y el daño, suceden en el marco del mismo proceso y no antes de él. La Sala, en consecuencia, debió valorar si la imposición de la medida de aseguramiento fue causada por la actuación procesal de la señora Ríos, pues ninguno de los juicios necesarios para examinar los elementos de la responsabilidad la autorizaba, como juez administrativo, a reemplazar al funcionario judicial penal”



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

privación de la libertad, proferida el 15 de agosto de 2018 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, sin desconocer el fallo de tutela del 15 de noviembre de 2019 que la dejó sin efectos. En una primera sentencia del 29 de enero de este año⁷, en un caso en donde se negaron las pretensiones por privación injusta de la libertad frente a la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, consideró que si bien, el demandante acreditó el daño alegado, porque efectivamente estuvo privado de la libertad y posteriormente se decretó la preclusión de la investigación a su favor, al haberse acreditado la ausencia de participación del investigado en el delito, lo cierto era, que no se daban 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 proceso.

No obstante lo anterior, aclaró que no se desconocía el ya mencionado fallo de tutela, porque dentro del marco argumentativo de esa providencia, 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 en estos asuntos, 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 contrariaba el principio de presunción de inocencia.

En una segunda sentencia proferida el 27 de febrero de 2020⁸ 28 , se accedió parcialmente a las pretensiones por indebida valoración de las pruebas por parte de la Fiscalía General de la Nación que llevaron a decretar en contra de la actora medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria, luego de referirse a la sentencia SU-072 de 2018 proferida por la Corte Constitucional, la cual analizó la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, aclaró frente al referido fallo de tutela, de un lado que aún no había sido proferida la sentencia de reemplazo y que además esa providencia, únicamente hizo alusión a la actuación de la víctima como causa de la detención, es decir, no avanzó a analizar toda la sentencia de unificación. En consecuencia, afirmó que la sentencia de unificación debía ser atendida para resolver el caso concreto, salvo lo concerniente a la culpa de la víctima, caso en el cual, se acogerían los parámetros plasmados en el varias veces mencionado fallo de tutela.

Recientemente, en una tercera sentencia la Sala de decisión N° 6 el 14 de mayo de 2020⁹29, consideró que en atención a los parámetros establecidos por la jurisprudencia, se debe efectuar un análisis de la

⁷ Sala de Decisión N° 2 Magistrado Ponente: Dr Luis Ernesto Arciniega Triana. expediente 15001-33- 33-012-2016-00049-01

⁸ Sala de decisión N° 3 Magistrada Ponente Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ- expediente 15238- 33-33-752-2014-00040-01

⁹ Magistrado Ponente Dr. FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS- expediente 15001-3333-014-2016-00109-0



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

“culpa de la víctima” al interior del proceso penal y dejando la valoración de la conducta preprocesal exclusiva del juez penal. (...)”

En las anteriores condiciones, en asuntos en los que se invoca un daño derivado de la privación injusta de la libertad, el juez administrativo, al realizar el juicio de responsabilidad extracontractual del Estado, debe verificar:

- Identificar si está probada la existencia del daño, esto es, la privación de la libertad del accionante.
- Analizar la legalidad de la medida de privación de la libertad. Para efectos de lo anterior, el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino en antijurídico. De un lado, bajo una óptica subjetiva inherente a la falla en el servicio, debe estudiarse si la privación se ajustó o no a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad (razonabilidad, “proporcionalidad y “legalidad) y de otro, cuando no se haya probado una falla en el servicio, la responsabilidad se analizará bajo un régimen objetivo, inherente al daño especial. No obstante, ello aplicará únicamente para dos eventos específicos: i) cuando el hecho no existió; o ii) cuando la conducta era objetivamente atípica.
- En caso de que se encuentre que existen motivos para considerar que hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado, se procederá a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico.
- En todos los casos, deberá realizarse el análisis de la “culpa de la víctima” como causal excluyente de responsabilidad, teniendo en cuenta lo previsto en la sentencia de tutela del Consejo de Estado del año 2019, según la cual “las únicas conductas de la víctima aptas para romper el nexo (de



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

causalidad) suceden en el marco del mismo proceso y no antes de él”; esto es, no es posible al Juez Administrativo hacer el análisis de las conductas previas al inicio del proceso penal.

5. LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL PROCESO.

Dentro del expediente obran las siguientes pruebas pertinentes a efectos de resolver el problema jurídico planteado

5.1. Pruebas relacionadas con el daño

En el proceso se encuentra probado que contra el señor ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS fue llevada cabo una investigación penal con radicado – código único de la investigación No 152996103118201480003 por la presunta comisión del delito de “tráfico fabricación o porte de estupefacientes, investigación tramitada por la Fiscalía 27 Seccional del Municipio de Garagoa.

En efecto, se observa Oficio No. S-2014-293- DEBOY – SIJIN del 14 de mayo de 2014 suscrito por el Patrullero IVAN FERNANDO GUTIÉRREZ RATIVA dirigido al Fiscal 27 Seccional de Garagoa, mediante el cual se deja a disposición del citado despacho judicial al señor ANDRÉS FERLEY VARGAA VARGAS, quien fue capturado en diligencia de registro y allanamiento ordenado por la referida fiscalía por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (fl. 40).

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Garagoa el 15 de mayo de 2014 celebraron las audiencias de i) legalización de diligenciamiento de orden de allanamiento y registro; ii) legalización de captura; iii) formalización de imputación; iv) imposición medida de aseguramiento, diligencia en la cual, el citado juzgado consideró necesaria, proporcional y adecuada la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario solicitada por la Fiscalía y dispuso librar orden de detención ante el Director de la



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

cárcel o reclusorio de Guateque, decisión que fue confirmada mediante auto dictado en audiencia preliminar de revocatoria y/o sustitución de medida de aseguramiento (fl. 290- 293 y 301 - 302)

Mediante sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja – Sala Penal el 20 de mayo de 2016 (fls 109 -154) se confirmó la decisión de primera instancia dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Guateque con función de conocimiento el 12 de mayo de 2015 que resolvió absolver al señor ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS Dentro del expediente obran las siguientes pruebas pertinentes a efectos de resolver el problema jurídico planteado de los cargos que se le formularon por la Fiscalía 27 Municipal de Garagoa por la conducta punible de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y en consecuencia ordenó cancelar la medida de aseguramiento y órdenes de captura que por la investigación se hubieren ordenado en su contra. (fls. 100-108)

Por lo anterior, es claro que el señor ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS estuvo privado de su libertad personal entre el 15 de mayo de 2014 y 24 de febrero de 2015 siendo esta última la fecha en la que se llevó a cabo la audiencia de juicio por el Juzgado Penal del Circuito de Guateque y se anunció el sentido del fallo absolutorio ordenando en forma inmediata su libertad (fl. 231 *exp proceso penal*) y que además coincide con la boleta de libertad visible a folio 233 del expediente en donde reposa en proceso penal.

5.2 Pruebas relacionadas con la imputación.

Reposa en el expediente copia del informe sobre “*delitos contra la salubridad pública, tráfico, fabricación o porte de sustancias estupefacientes*” del Patrullero de la Policía Nacional de la Unidad Básica de Investigación Criminal UBIC – SIJON de Garagoa, dirigido a la Fiscalía 27 Seccional de Garagoa de 13 de enero de 2014, a través de cual se le informó que, por información de fuente humana se tuvo conocimiento que en la residencia ubicada la calle 18 No. 10 - 16 Barrio las hadas del Municipio de Garagoa donde habitaba el señor ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS, es utilizada como centro



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

de distribución de estupefacientes y sustancias alucinógenas, las cuales son distribuidas por el referido señor VARGAS VARGAS, quien desde su vivienda las expende.

Adicionalmente se le puso de presente al ente investigador en el referido informe que, la Policía Judicial SIJIN, adelantó labores investigativas corroborando la información aportada por la fuente humano, como la realización de fijación de fotografías del inmueble y verificación de su nomenclatura, se recepcionó entrevista a la persona que aporta la información antes descrita. Por lo anterior solicitó la expedición de orden de allanamiento y registro de la totalidad de las dependencias del inmueble (fls. 31- 33vCdrno Ppal)

El 14 de mayo de 2014 se expidió orden de allanamiento y registro en la residencia ubicada en la calle 18 No. 10- 16 Barrio las Hadas del Municipio de Garagoa, por parte de la Fiscalía 27 de Garagoa, por encontrar motivos fundados de acuerdo con el referido informe de la policía judicial (*fl. 37- 309 Cdno Ppal*), los cuales consistieron en:

“(…) De acuerdo al informe de Policía Judicial, por información de fuente humana de quien se obtuvo conocimiento que en la residencia ubicada en la calle 18 No. 10-16 Barrio la hadas del Municipio de Garagoa, donde habita el señor ANDRÉS VARGAS VARGAS, el inmueble es utilizado como centro de distribución de estupefacientes como el perico y bazuco, dichas sustancias son distribuidas por el mencionado señor el cual es conocido como ANDRÉS, el cual, desde esta vivienda expende el bazuco y el perico
(…)

Igualmente, teniendo en cuenta lo manifestado por el investigador de ña SIJIN IVÁN FERNANDO GUTIÉRREZ RATIVA, en la solicitud de mayo 9 del presente año, de que el señor ANDRES FERLEY VARGAS VARGAS continúa ejecutando la actividad ilícita referida al comercio de sustancias estupefacientes, es por lo que este delegado Fiscal dispone la práctica de la diligencia en atención al deber constitucional de la Fiscalía de contrarrestar la comisión de delitos y específicamente el flagelo del narcotráfico, problemática que es recurrente en esta municipalidad.

(…)”

En la misma fecha se llevó a cabo el registro y allanamiento de la residencia ubicada la calle 18 No. 10 - 16 Barrio las hadas del



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

Municipio de Garagoa, diligencia de la se levantó el acta correspondiente, en la que se hizo una relación de objetos examinados e incautos así (fls. 41-42):

No.	Lugar donde fueron encontrados	Identificación y descripción	Nombre de quien la halló
1	Habitación número siete, pieza (sic) dormitorio ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS , donde se observa una cama metálica, con diferentes tendidos, entre cobijas y sabanas y diferentes ropas tiradas en el suelo.	Una bolsa plástica, la cual al verificar en su interior contenía diez papeletas en bolsa plástica con una sustancia sólida pulverulenta color beige, había dentro de este mismo envoltorio otra bolsa plástica transparente con sello hermético, la cual contenía veintisiete bolsas pequeñas de una sustancia sólida pulverulenta color blanco, sustancias que por sus características se asemejan a sustancias estupefacientes (perico y bazuco)	SI TUNARROSA RAMOS SEGUNDO HUMBERTO

Asimismo, en la mencionada acta de registro y allanamiento se dejó constancia del desarrollo de la diligencia, de cuyo texto se extrae lo siguiente, la siguiente información relevante para el presente caso:

“(...) continuando con la diligencia, se llega a la habitación Nro. **Siete** donde duerme el joven **ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS**, quien se identifica con cédula de ciudadanía número (...) al ingresar se observa una cama con diferentes tendidos entre las sabanas y cobijas, diferentes ropas tiradas en el piso, se realiza el registro manual por parte del señor subintendente TUNARROSA RAMOS SEGUNDO HUMBERTO, encontrando envuelto entre las cobijas y sabanas una bolsa plástica, la cual, al verificar en su interior contenía diez papeleteas en bolsa plástica con una sustancia sólida pulverulenta color beige, había dentro de este mismo envoltorio otra bolsa plástica transparente con sello hermético, la cual, contenía veintitrés bolsas pequeñas de una sustancia solida pulverulenta color blanco, sustancia que por sus características se asemejan a sustancias estupefacientes (bazuco y perico) inmediatamente se hace firmar el acta de incautación de las sustancias y se le dan a conocer los derechos que tiene como persona capturada y manifiesta libremente entenderlos, la evidencia es fijada fotográficamente, rotulada, embalada y sometida a cadena de custodia para su posterior análisis por parte del perito en P.I.PH esta es fijada como evidencia número **uno (...)**”



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

El acta fue suscrita por los intervinientes¹⁰, dejándose la observación que la diligencia fue atendida por el señor Gabriel Vargas Jiménez, en calidad de propietario del inmueble y la siguiente constancia “ *el morador de la vivienda manifiesta no hacer ningún tipo de comentario, solo deja constancia que en ningún momento, ningún miembro de su familia fue maltratado. (fl 43-45 cdno ppa)*”

Según informe de la diligencia de “*pesaje y prueba de identificación preliminar homologada*”, esto es, **las pruebas realizadas a las sustancias incautadas en la diligencia de allanamiento**, informe presentado a la Fiscalía 27 de Garagoa por el patrullero de la Policía Nacional Iván Fernando Gutiérrez Rativa”, arrojaron como resultado (fl. 50-56 Cdno Pal):

“(…) PRUEBA No. 1. DIO RESULTADO PRELIMINAR POSITIVO PARA ALCALOIDE.
PRUEBA No. 2 DIO RESULTADO PRELIMINAR POSITIVO PARA COCAINA Y/O DERIVADOS (BAZUCO)”

Mediante informe investigador de campo – FSJ-11, rendido por el patrullero Gutiérrez Rativa de fecha 11 de julio de 2014 (fls. 60-66 Cdno ppa), se informó a la Fiscalía de Garagoa que:

“(…) *de manera atenta me permito informar a la Fiscalía 27 Seccional de Garagoa, las actuaciones adelantadas a la orden a la Policía Nacional de fecha 8 de julio de 2014, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, así:*

Se realizó diligencia de interrogatorio al indiciado ANDRES FERLEY VARGAS VARGAS, identificado con cédula de ciudadanía número 1.048.850. 318 de Garagoa, diligencia que se realizó en presencia del abogado defensor (...), en el cual, el sindicado manifestó dar a conocer unos hechos delictivos que se vienen presentando en la jurisdicción de este municipio, el cual aportaba la información con el fin de que la fiscalía le concediera el principio de oportunidad, información que solo es conocida por el interrogado, ya que es la única persona que tuvo acceso a la misma, este manifiesta que con las declaraciones aportadas en el presente interrogatorio quiere que la fiscalía en primera instancia le conceda el principio de oportunidad y se disponga a renunciar a la

¹⁰ Policial de la SIJIN, Personero Municipal, propietario del inmueble y Andrés Ferley Vargas Vargas



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

persecución penal que se lleva en contra del interrogado por el delito que se le investiga, además solicita que la información que este aporta se mantenga en reserva y se le brinde a él y a su familia la mayor protección posible.”

Reposa igualmente en el expediente, entrevista realizada al señor JOSÉ ANTONIO PULIDO VALLEJO por parte de la Policía Judicial de la cual se destaca (fl. 63 Cdno Ppal):

“(…) yo vivo en esta dirección hace aproximadamente 20 años, soy vecino de Andrés Ferley y lo distingo a él y a su familia desde hace años, yo si había escuchado por comentarios de la gente que Andrés y el hermano Yesid eran consumidores de bazuco y marihuana, hasta el momento no he escuchado que estos las vendieran, lo que si había escuchado es que el papá de estos jóvenes estaba enredado con la venta de marihuana y bazuco, pero como le digo son rumores (…)

El señor ANDRÉS FERLEY VARAGAS en forma voluntaria rindo interrogatorio realizado al sindicado el 9 de julio de 2014, del cual se extrae lo siguiente (fls. 70-73 Cdno Ppal)

“(…) PREGUNTADO. MANIFIESTE A LA DILIGENCIA TODO LO QUE LE CONSTE DE LOS HECHOS QUE USTED DESEA MANIFESTAR CON RESPECTO A ORDEN CON FINES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, ORDEN EMANADA DE LA FISCALIA 27 SECCIONAL DE GARAGOA A SOLICITUD DEL INDICIADO. CONTESTÓ. ES MI DESEO MANIFESTAR QUE YO VIVO EN GARAGOA DESDE HACE 19 AÑOS A RAÍZ DE ESTO HE TENIDO CONOCIMIENTO DE LOS SIGUIENTES HECHOS A RAÍZ DE LA SITUACIÓN EN LA QUE ME ENCUENTRO INVOLUCRADO DE LA CUAL ESTOY ARREPENTIDO Y ME HA CAUSADO UN DAÑO MORAL PARA MÍ Y PARA MI FAMILIA, ES POR ESTA RAZÓN QUE QUIERO PONER EN CONOCIMIENTO DE LAS AUTORIDADES PARA QUE SE INVESTIGUE Y SE APREHENDA A LAS PERSONAS QUE, APROVECHÁNDOSE DE MI INGENUIDAD Y DE MI CORTA EDAD ME HAN INVOLUCRADO EN LA SITUACIÓN QUE HOY ME ENCUENTRO Y VUELVO Y REPITO, ESTO ME HA CAUSADO UN DAÑO MORAL Y FAMILIAR DE LO CUAL ESTOY ARREPENTIDO. POR ESO QUIERO MANIFESTAR LO SIGUIENTE: YO TENGO CONOCIMIENTO Y SOY TESTIGO QUE EL SEÑOR JAVIER, AL CUAL LE TIENEN POR APODO SIETE MAMAS, ESTE RESIDE POR LA CALLE 17 DEL BARRIO LAS HADAS DEL MUNICIPIO DE GARAGOA, LA CASA DE ESTE SEÑOR ES DE UN PISO, LA FACHADA ESTA SIN PINTAR, PERO TIENE PAÑETE (...) EN ESTA CASA VIVE EL SEÑOR JAVIER CONOCIDO COMO SIETE MAMAS, LA ESPOSA LA CUAL NO SÉ CÓMO SE LLAMA, UN NIÑO DE CINCO AÑOS QUE ES HIJO, TIENE OTRO HIJO DE TRECE AÑOS Y EL MAYOR DE LOS HIJOS TIENE 15. ESTE SEÑOR TIENE DENTRO DE LA CASA UN ARMA DE FUEGO TIPO REVOLVER CALIBRE



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

38 CACHAS EN NÁCAR DE COLOR BLANCA, ESTE LA TIENE DE MANERA ILEGAL Y SE DEDICA A COMERCIALIZAR ESTE TIPO DE ARMAS, ESTA COMPRA Y VENDE, ESTAS ARMAS LAS GUARDA DENTRO DE SU CUARTO TIENE UNA ESPECIE DE CALETA INCRUSTADA EN UNA PARED DE LA PARTE DERECHA, EL CUARTO DE ESTE SEÑOR ES EL QUE QUEDA PASANDO EL BAÑO, TAMBIÉN TIENE EN LA CASA MARIHUANA, BAZUCO Y PERICO, ESTE TRAE ESTOS ESTUPEFACIENTES DE LOS CEDROS PARA COMERCIALIZARLOS EN GARAGOA NO SE A QUIEN SE LOS COMPRA EN LOS CEDROS, LO QUE SI SE ES QUE ESTE NO LO TRAE PERSONALMENTE, EN ENVÍA A UN SOBRINO QUE SE LLAMA MAICOL, EL CUAL TRABAJA EN EL MATADERO DE GARAGOA, NO SÉ DÓNDE VIVE, ESTE TIENE UNA MOTOCICLETA SUZUKI DE COLOR NEGRA, EN ESTA ES QUE ESTE SEÑOR VA Y TRAE LOS ESTUPEFACIENTES, SIEMPRE QUE VA A RECOGER ESTA MERCANCÍA EL SEÑOR JAVIER ENVÍA A SU HIJO MAYOR QUE TIENE COMO 15 AÑOS A ACOMPAÑAR A SU SOBRINO MAICOL PARA QUE EL MENOR SEA QUIEN ENCALETE LA SUSTANCIA ESTOS LA TRAEN Y SE LA ENTREGAN A JAVIER, ESTE LA GUARDA DENTRO DE LA MISMA CASA Y A VECES LA ESCONDE EN EL PORTERO QUE QUEDA EN LA PARTE DE ATRÁS DE LA CASA Y DESDE LA MISMA CASA LAS COMERCIALIZABA YA QUE ALLÍ LLEGAN LOS CONSUMIDORES Y EXPENDEDORES LOS CUALES LO CONTACTAN VÍA TELEFÓNICA Y ALLÍ LE COMPRAN EN EFECTIVO O ESTE CAMBIA OBJETOS HURTADOS POR LOS ESTUPEFACIENTES (...) JAVIER LE VENDE BAZUCO A UN SEÑOR QUE SE LLAMA ROSENER EL CUAL LA DISTRIBUYE EN PEQUEÑAS CANTIDADES EN EL MUNICIPIO, SÉ QUE ESTE SEÑOR VIVE EN LA CARRERA 15 CERCA DEL NEGOCIO DONDE VENDEN EXOSTOS, NO SE LA DIRECCIÓN EXACTA. **TODO ESTO YO LO SÉ PORQUE YO SOY AMIGO DE ESTE SEÑOR Y EL ME ENTRABA A LA CASA Y YO ME DABA CUENTA DE TODO LO QUE ESTE HACIA Y DE LA FORMA COMO COMERCIALIZABA LOS ESTUPEFACIENTES Y LOS OBJETOS HURTADOS (...)** EL SEÑOR CONCEJAL SIEMPRE TRANSPORTA LA SUSTANCIA ENCALETADA EN LA MOTO, ENTRE EL CHASIS Y EL TANQUE **YO SE ESTO PORQUE SOY AMIGO DE ESTE SEÑOR DESDE HACE TIEMPO Y POR ESO SÉ A LO QUE ESTE SE DEDICA, ADEMÁS YO ME HE DADO CUENTA CUANDO A ESTE LE ENTREGAN LOS KILOS DE BASE PARA QUE ESTE LO COMERCIALICE (...)** PREGUNTADO. MANIFIESTE A LA DILIGENCIA PORQUE USTED TIENE CONOCIMIENTO DE TODOS LOS HECHOS QUE NARRO ANTERIORMENTE. **CONTESTÓ. YO SÉ TODO LO QUE DIJE PORQUE POR CASUALIDADES DE LA VIDA ME HICE AMIGO Y CONOCIDO DE TODAS ESTAS PERSONAS, LAS CUALES ME COMENTABAN A QUE SE DEDICABAN Y COMO LO HACÍAN Y ADEMÁS YO COMPROBÉ TODO ESTO PORQUE ELLOS ME LLEVAN A LAS CASAS Y ME MOSTRABAN LO QUE HACÍAN, ES POR ESO QUE YO DOY FE QUE LO QUE DIGO ES COMPLETAMENTE CIERTO, YA QUE PERSONALMENTE VI COMO ALMACENABAN, VENDÍAN Y COMERCIALIZABAN LAS DROGAS Y LAS ARMAS DE FUEGO (...)** PREGUNTADO. TIENE ALGO MÁS QUE AGREGAR, CORREGIR O ENMENDAR A LA PRESENTE DILIGENCIA. **CONTESTÓ. QUIERO MANIFESTAR QUE TODA ESTA INFORMACIÓN**



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

LA ESTOY DANDO PORQUE ESTADO ENCERRADO EN LA CÁRCEL DE GUATEQUE ME HE DADO CUENTA QUE ESTABA EN UN ERROR GRANDE, ACABANDO CON MI VIDA AL METERME EN ESTE TIPO DE NEGOCIOS Y ASÍ COMO ME PASO A MÍ, LE PUEDE ESTAR PASANDO A OTRAS PERSONAS QUE SE APROVECHAN DE LA INEXPERIENCIA Y LA INOCENCIA BRINDANDO DINERO EN UNA FORMA FÁCIL SIN MEDIR LAS CONSECUENCIAS DE LOS ACTOS, ES POR ESO QUE SOLICITO MUY RESPETUOSAMENTE AL SEÑOR FISCAL QUE ME BRIDE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y SE DISPONGA EN RENUNCIAR A LA PERSECUCIÓN PENAL EN MI CONTRA EN EL DELITO QUE SE ME INVESTIGA (...)"

A folios 84 a 87 del cuaderno principal, se observa el registro fotográfico de la diligencia de allanamiento.

La Fiscalía 27 de Garagoa profirió escrito de acusación en contra del señor ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS con fundamento en los siguientes elementos fácticos y jurídicos (*fls.94-99 crdno Ppal*):

“(…) LOS HECHOS SE SUSCITARON EL DÍA 14 DE MAYO DEL AÑO QUE DISCURRE A ESO DE LAS 11:10 HORAS, CUANDO FUE CAPTURADO EL SEÑOR ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS POR EL DELITO DE TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES EN SU RESIDENCIA, UBICADA EN LA CALLE 18 NO. 10-16, BARRIO LAS HADAS DEL MUNICIPIO DE GARAGOA, APREHENSIÓN QUE SE PRODUJO COMO CONSECUENCIA DE LA ORDEN DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO QUE EXPIDIERA LA FISCALÍA 27 SECCIONAL DE ESTA MUNICIPALIDAD, EL DÍA 14 DE MAYO DE LA PRESENTE ANUALIDAD, ORDEN DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO QUE OBEDECIÓ A LA SOLICITUD QUE FORMULARA LA POLICÍA JUDICIAL DE GARAGOA DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO AL INMUEBLE ATRÁS REFERENCIADO, RESIDENCIA DEL INDICIADO VARGAS VARGAS SEÑALÁNDOSE EL MODUS OPERANDI PARA EXPENDER LAS SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES, SEÑALÁNDOSE QUE MEDIANTE INFORMACIÓN APORTADA POR FUENTE HUMANA CONSISTENTE EN EL EXPENDIO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES “BAZUCO Y PERICO” QUE SE VIENE ADELANTANDO EN LA RESIDENCIA UBICADA EN LA CALLE 18 NO. 10-16, BARRIO LAS HADAS DEL MUNICIPIO DE GARAGOA, DONDE ESTE BIEN INMUEBLE FUNCIONA COMO VIVIENDA (...) VIVIENDA QUE ES UTILIZADA COMO CENTRO DE DISTRIBUCIÓN DE ESTUPEFACIENTES COMO BAZUCO Y PERICO, DICHA SUSTANCIA ES DISTRIBUIDA POR EL SEÑOR ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS QUIEN VIVE EN LA MENCIONADA DIRECCIÓN, EL CUAL DESDE ESTA VIVIENDA EXPENDE LAS SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES (...) ESTAS SUSTANCIAS LAS COMERCIALIZA EN EL DÍA Y EN LA NOCHE, PERO MÁS QUE TODO LO HACE EN HORAS



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

DE LA NOCHE, CUANDO POR LA CALLE DONDE VIVE YA NO TRANSITA GENTE.

(...)

EL DÍA 15 DE MAYO DE LA PRESENTE ANUALIDAD, EL ENTE ACUSADOR REPRESENTADO POR EL FISCAL 27 SECCIONAL DE GARAGOA, REALIZÓ ANTE EL JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL QUE CORRESPONDIÓ POR REPARTO, AUDIENCIA DE LEGALIZACIÓN DE DILIGENCIAMIENTO DE LA ORDEN DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO Y LEGALIZACIÓN DE CAPTURA DEL INDICIADO ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN COMO PRESUNTO AUTOR RESPONSABLE DEL DELITO DE TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, ARTÍCULO 22 DE LA LEY 1453 DE 2011, NO ACEPTANDO CARGOS EL IMPUTADO VARGAS VARGAS E IGUALMENTE EL DELEGADO FISCAL 27 SECCIONAL, SOLICITÓ MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE CARÁCTER INTRAMURAL A DICHO IMPUTADO, DONDE EL OPERADOR JUDICIAL ANTES MENCIONADO LE IMPUSO LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA QUE FUE OBJETO DE APELACIÓN, SIENDO CONFIRMADA POR EL JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE ESTA MUNICIPALIDAD EL DÍA 10 DE JUNIO DEL AÑO QUE DISCURRE (...)

CON BASE EN LO ANTERIOR, ESTE DELEGADO FISCAL ACUSA AL CIUDADANO ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS, DEBIDAMENTE PARTICULARIZADO EN ESTE PROCESO A QUIEN TAMBIÉN SE LE FORMULÓ IMPUTACIÓN ESTABLECIÉNDOSE EN DICHA AUDIENCIA LAS CIRCUNSTANCIAS TEMPORO- ESPECIALES Y DEMÁS ASPECTOS ALLÍ RESEÑADOS, COMO PRESUNTO AUTOR RESPONSABLE DE LA CONDUCTA DELICTIVA DE TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, ARTÍCULO 376 DEL CÓDIGO PENAL, SANCIONADO CON PENA DE PRISIÓN DE SESENTA Y CUATRO (64) MESES A CIENTO OCHENTA (180) MESES Y DE DOS (2) A CIENTO OCHENTA SALARIO MÍNIMOS SALARIOS MININOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, CON LA MODIFICACIÓN QUE INTRODUIÓ LA LEY 1453 DE 2011 COMO ANTE SE ACOTÓ

(...)

DOCUMENTOS

Noticia criminal de fecha 12 de marzo de 2013, informe policial judicial de solicitud de registro y allanamiento de fecha enero 13 de 2014, álbum fotográfico de enero 13 de este año en tres planos, orden de registro y allanamiento de fecha 14 de mayo del año que discurre para el registro y allanamiento del inmueble donde residía el indiciado para la época de los hechos, orden de registro y allanamiento que fue entregada por la Fiscalía 27 seccional de Garagoa, informe de fecha 14 de mayo de este año, donde se dejó a disposición al ciudadano ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS, quien fuera capturado en su residencia, ubicada en la calle 18 número 10-16 del Barrio las hadas de Garagoa, por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, igualmente informes de investigador de



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

campo de fechas 14 de mayo de la presente anualidad, con sus respectivos álbum fotográficos de cada uno de dichos informes relativas a pesaje y prueba de identificación preliminar homologada de las sustancias que le fueron incautadas al señor ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS

(...)

Identificación plena, individualización, arraigo familiar, incautación de las sustancias estupefacientes, catilla decadactilar

(...)” (negrilla Sala)

Igualmente, a folios 4 a 7 del expediente del proceso penal Radicado No. 2014-0020, solicitado en préstamo, se observa providencia de 15 de mayo de 2014, dictada por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal en Función de Control de Garantías- Garagoa – Boyacá, mediante al cual realizaron las audiencias preliminares (legalización de diligenciamiento de orden de allanamiento y registro, legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, providencia en la que, el juez en función de control de garantías, respecto de la medida de aseguramiento consideró lo siguiente:

“(…) el fiscal presentó los argumentos jurídicos y fácticos en que se fundaba su petición de MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA EN ESTABLECIMIENTO CARELARIO, frente al imputado ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS se describió traslado a la defensa, quien se opuso a lo manifestado por la Fiscalía y en su lugar, solicitó la libertad y en subsidio se le concediera la detención domiciliaria en la dirección señalada por el imputado y una fianza prendaria.

El juzgado al considerar satisfechos los requisitos tanto de orden objetivo como subjetivo para la procedencia de la cautela personal solicitada por la Fiscalía y de acuerdo a lo normado por los arts 306 a 314 del C de PP accedió al decreto de la medida de aseguramiento solicitada por la Fiscalía DE DETENCIÓN PREVENTIVA EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO por considerarla necesaria, proporcional y adecuada y dispuso librar orden de detención ante el Director de la cárcel o Reclusorio de Guateque y comunicar la detención a la policía, fiscalía y demás entidades correspondientes”.

Contra la decisión anterior el abogado defensor interpuso recurso de apelación que fue decidido por el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, en providencia del 10 de junio de 2014 de cuyo texto se extraen los siguientes apartes (*fls 26-38 expediente del proceso penal Radicado No. 2014-0020, solicitado en préstamo*):



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

“(…) el ente acusador presentó los siguientes elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida para sustentar su solicitud:

- Acta de la diligencia de allanamiento.
- Informe de registro de allanamiento.
- Álbum fotográfico de la diligencia de allanamiento.
- Acta de derechos del capturado.
- Informe FPJ-14 en el cual se consignó las pruebas de PIPH a los estupefacientes incautados.

Al leer y analizar el acta de la diligencia de allanamiento, el informe de registro de allanamiento, el Álbum fotográfico de la diligencia de allanamiento, así como el acta de derechos del capturado, se colige que de los hechos que llevaron a la captura en situación e flagrancia al procesado durante el procedimiento de allanamiento realizado el 14 de mayo del año en curso, en la habitación del inmueble en donde residía, ubicada en la cll 18 No. 10-16 del municipio de Garagoa, encontrándosele en su poder de forma camuflada entre una cobijas, un total de 37 papeletas, que de acuerdo con el informe de investigaciones PFJ-14, al realizárseles la prueba de PIPH a las sustancias contenidas dentro de la misma, dio positivo para estupefacientes derivados de la cocaína es claro que existe una inferencia razonable sólida que almacenaba, comercializaba, vendía y ofrecía sustancias estupefacientes.

Muestra de lo anterior y tal como lo refirió el juez de primera instancia, es la forma como conservaba y almacenaba la sustancia estupefaciente, al distribuirla en papeletas con envueltas y dosis propias de quien expende esta clase de sustancias, sin que pueda inferirse que fueran para consumo propio. Sin lugar a duda esta regla de experiencia planteada por el a quo, tiene su base fáctica y objetiva en el mismo hecho de que se hallaron escondidas las 27 papeletas en unas cobijas en el cuarto en donde pernoctaba el imputado, sin que se vislumbre tal y como lo afirma la defensa, un desconocimiento del principio de presunción de inocencia por parte del juez.

(…)

Respecto de la cantidad de droga incautada tal y como se evidencia en el citado informe de investigación FPJ – 14 , la cantidad total de estupefacientes encontrado derivado de la cocaína (bazuco y perico), fue un peso neto de 66,1 gramos. La Fiscalía decidió imputar la conducta punible citada al acusado con base en el inciso segundo, puesto que la cantidad de estupefacientes incautado no supera los 100 gramos, concluyéndose sin mayores razonamientos que también existe sobre este punto una inferencia razonable sobre la existencia de la conducta punible y la autoría del imputado.

(…)

Una vez se acredita, la inferencia razonable de autoría o participación



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

en la conducta punible por parte del imputado, la Fiscalía o quien solicite la medida deberá demostrar o bien que este puede obstruir la justicia, o que es, un peligro para la seguridad de la comunidad de la víctima, o que hay riesgo de que no comparezca al proceso.

En el presente caso, el juez de primera instancia, concluyó que el procesado constituye un peligro para la comunidad puesto que el delito imputado es pluriofensivo, es decir, afecta varios bienes jurídicos protegidos por el legislador, además de que podría pertenecer a bandas criminales, el acusado ostentando la posibilidad de que, en caso de dejarlo en libertad, continúe la actividad la actividad delincuencia.

(...)

Por lo tanto, se concluye que la medida de aseguramiento impuesta en primera instancia es necesaria, razonable y proporcional en aras de proteger a la comunidad y tal como lo ha dicho la Corte bastaría con la simple imputación en punto a la gravedad y modalidad de la conducta punible, sin que sea menester entrar a evaluar cualquiera de las circunstancias señaladas en los numerales 1º a 8 del citado artículo 310 de la norma adjetiva.

Para imponer esta clase de medida – detención preventiva en establecimiento carcelario, se cumplió lo establecido en el numeral primero del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, es decir, que la pena mínima del delito por el cual se impute sea o exceda los 4 años de prisión, tal como atrás se expresó.”

La investigación, culminó cuando mediante sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja – Sala Penal el 20 de mayo de 2016 (*fls 109 -154*) se confirmó la decisión de primera instancia dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Guateque con función de conocimiento el 12 de mayo de 2015 que resolvió absolver al señor ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS.

Finalmente, en el curso de la primera instancia del presente proceso, se recepcionó el testimonio del señor IVÁN FERNANDO GUTIÉRREZ RATIVA investigador del proceso penal del que fue objeto del dejadamente, del cual se extrae lo siguiente:

“(…) **PREGUNTADO** proceda entonces por favor hacer una narración clara, expresa de todo cuanto le conste y sepa de los hechos, que originan el hecho que finalmente concluye en la detención del señor actor ANDRES FERLEY VARGAS VARGAS. **CONTESTO:** como lo dije anteriormente su señoría, no me acuerdo exactamente la fecha, pero para esa época yo trabajaba en esa unidad básica de investigación criminal en la parte operativa, por informaciones obtenidas por fuente



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

humana me llega la información, un ciudadano, la fuente, da las características, nombre, dijo más o menos donde habitaba, se dedicaba a almacenar, o a tener en su poder y comercializar sustancias estupefacientes, una vez se tiene esa información, como es el procedimiento se recepciona esta información por escrito, a esa fuente, de esto se confirma que efectivamente esa fuente lo descrito, está diciendo se confirma que eso que está aportando sea verídico, ...se verifica la información y efectivamente se corrobora que esa persona si existe, se corrobora que el domicilio también, ese domicilio es de él, de sus padres que también residen ahí, y posteriormente como nos dice la ley, el cpp, con motivos fundados se le pasa el informe al señor Fiscal con información y labores recolectadas, una vez el señor fiscal coordinador del caso, analiza y lea esta información , llega a la conclusión de que efectivamente si se está cometiendo un delito o sea que si hay una conducta punible, .. lo cual el basado en la ley, ordena realizar el registro y allanamiento, a todo el inmueble, ya que pues no se tenía con certeza, la ubicación exacta o posibles lugares donde tuviera o donde se almacenara o escondiera, u ocultara esta sustancia estupefaciente, pues una vez ya verificados, y pasados los motivos fundados al señor fiscal, el los analiza y el ve que si es factible, emitir la orden de registro y allanamiento, una vez es emitida el suscrito funcionario de policía judicial, como líder de la investigación, con el apoyo de los otros miembros de la unidad, se desplazan plenamente acompañados en todo momento por el Ministerio público, nos desplazamos al lugar de residencia de este ciudadano, donde al llegar efectivamente golpeamos a la puerta, nos abre un familiar, no me acuerdo exactamente por el tiempo que ha pasado quien fue, se notifica como lo dice el cpp, la diligencia que se va a realizar, e inmediatamente se inicia el procedimiento de registro y allanamiento, procedimiento que es atendido por el padre del imputado i indiciado y por el mismo a quien .. contra quien se recolectó la información. **Una vez allí, hago la aclaración que tan pronto ingresamos a la vivienda, en una de las habitaciones se encuentra este joven ANDRES FERLEY VARGAS VARGAS, acostado con una mujer, no sabría decirle si era la novia, hermana, prima, era una femenina, ellos tan pronto nos ven, pues inmediatamente se levantan, les damos a conocer el procedimiento que se va a realizar, por parte de otro compañero, inicia el registro, al inmueble a las pertenencias, y se inicia por ese cuarto, tan pronto él se levanta, mi compañero pues toma las cobijas, las levanta, y dentro de las cobijas se encuentra una bolsa , no me acuerdo las características, vuelvo y repito por el tiempo que ha transcurrido, pero si recuerdo que se encuentra unas sustancias,.. hasta el momento se desconocía el tipo de sustancias, inmediatamente esta sustancia, fue fijada fotográficamente, mi compañero que las halla, se recolecta, se embala y son sometidas inmediatamente como lo dicta el procedimiento de cadena de custodia.. se continúa con la diligencia de registro en las otras partes de la casa...como la orden venia directamente contra el joven y no contra los familiares..**



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

inmediatamente se hace el procedimiento de captura en flagrancia de este sujeto...una vez se termina esta diligencia se hacen los procedimientos de ley....luego se hacen las pruebas de campo, donde arroja preliminarmente positivo para derivados de la cocaína... posteriormente esas sustancias son enviadas a un químico experto para que determine con exactitud la clase de sustancia y sus componentes,... las diligencias fueron entregadas a la fiscalía, antes de que se cumplieran las 36 horas, diligencias, y elementos incautados y ciudadano capturado, fueron dejados a disposición de la fiscalía competente quien hace las coordinaciones y ante un juez de control de garantías, este determina la legalidad del procedimiento, desde su inicio hasta puesto a disposición de él ..., de ahí en adelante son cuestiones del señor fiscal.. **PREGUNTADO** es muy importante para el despacho digamos que usted que participo directamente en ese allanamiento, nos cuente que explicación dieron los habitantes cuando se encontró esa droga, que dijeron en ese momento. **CONTESTO:** en ese momento los que se encontraban ahí se sorprendieron...se miraban, se observaban sorprendidos, pero no manifestaron nada al respecto, la verdad no me acuerdo que hayan hecho alguna manifestación... (...) **PREGUNTADO** como quiera que usted ha indicado, digamos que es un procedimiento que realizó la policía a través de una investigación en la cual finalmente llegan a tener elementos de juicio para poder realizar ese allanamiento, sírvase contarle al despacho si ustedes tenían certeza absoluta clara, e indiscutible de que ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS, moraba, vivía, residía en ese inmueble del barrio Las Hadas **CONTESTO: Si señor tenía la plena certeza, es así que el día del registro se encontró al señor acostado en una de las camas de las habitaciones de esa vivienda....** **PREGUNTADO** explíqueme al despacho en el momento del allanamiento cual fue el orden en el que ustedes hicieron la verificación de los distintos componentes de esta residencia, para llegar finalmente a hacer el allanamiento de la casa. **CONTESTO:** Una vez estaba en la puerta principal que da acceso a la vivienda, el procedimiento se inicia en sentido a mano derecha y termina a mano izquierda, como habitación n° 1 se encuentra el señor ANDRES VARGAS donde se encontraba con la femenina. **PREGUNTADO** le voy a poner de presente el álbum fotográfico que está realizado paso a paso, para que usted por favor nos refiera si eso corresponde exactamente a la narración que usted ha hecho, se pone de presente folio 227- 230 del expediente en préstamo .. **CONTESTO:** señor juez hago la aclaración, vuelvo y repito,.. que yo no fui la persona que registro la residencia, esa residencia fue registrada por otra persona un funcionario de policía judicial encargado de ese procedimiento, según él que es el que registra, y realiza la fijación fotográfica, acá dice que ilustra una tercera habitación, de la residencia donde duerme el joven ANDRES FERLEY VARGAS VARGAS, el cual se registró minuciosamente y se halló sobre la cama una bolsa con estupefacientes ... vuelvo y le digo yo puedo haber tomado como habitación 1 o 2 y el compañero los registro diferente...



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

PREGUNTADO, sin importar el orden que le ponga habitación 1, habitación 3, o habitación 7, esa es la habitación donde se encontró en la cama la bolsa que contenía lo que posteriormente aparece como elementos de estupefacientes. **CONTESTO: si señor juez, aquí dice residencia donde duerme el señor ANDRES FELREY VARGAS VARGAS donde se encuentra la sustancia estupefaciente y se fija en el respectivo álbum fotográfico...."**

6. CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso concreto, en primer lugar, ha de precisarse que que en el presente asunto no existe duda del daño que se predica en la demanda.

En efecto, del estudio de las referidas pruebas, especialmente las relacionadas con este elemento de la responsabilidad (daño) se colige que el señor ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS vio limitado su derecho a la libertad personal entre el 15 de mayo de 2014 y 24 de febrero de 2015, fecha en la que se realizó la audiencia de juicio por el Juzgado Penal del Circuito de Guateque y se anunció el sentido del fallo absolutorio ordenando en forma inmediata su libertad.

Así, para determinar a quién le es atribuible el daño desde el plano material, y teniendo en cuenta el recuento jurisprudencial reciente, procede la Sala a efectuar un análisis de la imputación por la privación de la libertad de señor Andrés Ferley Vargas Vargas, bajo un régimen de responsabilidad subjetivo, y, de ahí que se torne imperiosa la ponderación de las circunstancias que rodearon su imposición, a efecto de establecer si existía o no mérito para proferir decisiones en tal sentido.

En ese sentido, es claro para la Sala que, con ocasión de la diligencia de allanamiento y registro realizada por la Policía Judicial- SIJIN- del Municipio de Garagoa- Boyacá en el inmueble ubicado la calle 18 No. 10 - 16 Barrio las hadas del mismo municipio, donde habitaba el señor ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS, la cual fue ordenada por la Fiscalía 27 Seccional por encontrar motivos fundados de acuerdo con informe de la policía judicial presentado el 13 de enero de 2014, se incautó, una bolsa plástica, que contenía 10 papeletas en bolsas con una sustancia sólida pulverulenta color beige, otra bolsa plástica



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

transparente con sello hermético, la cual contenía veintisiete (27) bolsas pequeñas de una sustancia sólida pulverulenta color blanco, sustancias que por sus características se asemejan a sustancias estupefacientes (perico y bazuco). Dicho hallazgo se encontró en el dormitorio en el que pernoctaba señor VARGAS VARGAS, el cual fue denominado en dicha diligencia como habitación No. 7.

Igualmente, no hay duda que por los hallazgos de las sustancias encontradas en la habitación arriba señalada, fue capturado el aquí demandante por la Policía Judicial, por la presunta comisión del delito de “*tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*”, pues tal como quedó evidenciado en el informe presentado por el Policial que llevo a cabo el registro, allanamiento e incautación de las sustancias (Iván Fernando Gutiérrez Rativa) **al realizar la prueba de “pesaje e identificación preliminar homologada” a la sustancia encontrada, arrojó como resultado positivo para alcaloide y para cocaína y/o derivado (bazuco).**

El 15 de mayo de 2014 el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Garagoa realizó las audiencias de i) legalización de diligenciamiento de orden de allanamiento y registro; ii) legalización de captura; iii) formalización de imputación; iv) imposición medida de aseguramiento, diligencia en la cual, el operador judicial, luego de verificar el acta de captura y la no vulneración de derecho fundamental alguno, consideró necesaria, proporcional y adecuada la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario solicitada por la Fiscalía y dispuso librar orden de detención ante el Director de la cárcel o reclusorio de Guateque del señor Vargas Vargas.

Contra la anterior decisión se interpuso recurso de apelación que fue resuelto por el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa en providencia de 15 de mayo de 2014, a través de la cual, se confirmó la decisión de primera instancia.

En efecto, en dicha providencia, el juez de segunda instancia realizó un análisis, *in extenso* respecto de la medida de aseguramiento



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, señalando entre otras consideraciones que, una vez analizadas los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida para sustentar su solicitud, esto es, acta de la diligencia de allanamiento, Informe de registro de allanamiento, Álbum fotográfico de la diligencia de allanamiento, Acta de derechos del capturado e Informe FPJ-14 en el cual se consignó las pruebas de PIPH a los estupefacientes incautados, concluyó que los hechos que llevaron a la captura en situación de flagrancia al procesado durante el procedimiento de allanamiento realizado en el inmueble en donde residía el indiciado, aquí demandante, se circunscriben a que en dicha diligencia se encontró en su poder de forma camuflada entre una cobijas, un total de 37 papeletas, que de acuerdo con el informe de investigaciones PFJ-14, al realizárseles la prueba de PIPH a las sustancias contenidas dentro de la misma, **dieron positivo para estupefacientes derivados de la cocaína, razón por la cual, fue claro para el juez que resolvió la apelación, que existió una inferencia razonable sólida que almacenaba, comercializaba, vendía y ofrecía sustancias estupefacientes.**

Sumando a lo anterior, adujo el juez penal del circuito en aquella oportunidad que, teniendo en cuenta la forma como conservaba y almacenaba la sustancia estupefaciente, al distribuirla en papeletas con envueltas y dosis propias de quien expende esta clase de sustancias, no era posible inferir que fueran para consumo propio, razón por la cual, sin lugar a duda esta regla de experiencia planteada también por el a quo, tiene su fundamento fáctico y objetivo en el mismo hecho de que se hallaron escondidas las 27 papeletas en unas cobijas en el cuarto en donde pernoctaba el imputado, sin que se pudiera vislumbrar un desconocimiento del principio de presunción de inocencia por parte del juez.

Así, concluyó **que la medida de aseguramiento impuesta en primera instancia, era necesaria, razonable y proporcional en aras de proteger a la comunidad y tal como lo ha dicho la corte, bastaría con la simple imputación en punto a la gravedad y modalidad de la conducta punible, sin que sea menester entrar**



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

a evaluar cualquiera de las circunstancias señaladas en los numerales 1 a 8 del citado artículo 320 de la norma adjetiva. Aunado a que para imponer esta clase de medida de detención preventiva, en establecimiento carcelario, se cumplió establecido en el numeral primero del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, es decir que la pena mínima del delito por el cual se impute sea o exceda los 4 años de prisión.

Continuando con la investigación penal, la sala observa que en el escrito de acusación que presentó la fiscalía, se indicó como hechos jurídicamente relevantes que se suscitaron el día 14 de mayo de 2014 cuando fue capturado el señor Andrés Ferley Vargas Vargas por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en su residencia, ubicada en la calle 18 no. 10-16, barrio las hadas del municipio de Garagoa, aprehensión producida como consecuencia de la orden de registro y allanamiento expedida por la fiscalía 27 seccional del municipio, la cual obedeció a la solicitud que formuló la policía judicial de Garagoa en la que señaló el modus operandi para expender sustancias estupefacientes, investigación que fue iniciada por información aportada por fuente humana consistente en el expendio de sustancias estupefacientes “bazuco y perico” que se venía adelantando en la residencia mencionada y la cual era utilizada como centro de distribución de estupefacientes como bazuco y perico, distribuidos por el señor Andrés Ferley Vargas Vargas quien vive en la mencionada dirección.

Adicionalmente, para justificar la acusación, según se observa en el escrito presentado por la fiscalía de Garagoa, dicha entidad contaba con: noticia criminal de fecha 12 de marzo de 2013, informe policial judicial de solicitud de registro y allanamiento de fecha enero 13 de 2014, álbum fotográfico de enero 13 de este año en tres planos, orden de registro y allanamiento de fecha 14 de mayo del año que discurre para el registro y allanamiento del inmueble donde residía el indiciado para la época de los hechos, orden de registro y allanamiento que fue entregada por la Fiscalía 27 seccional de Garagoa, informe de fecha 14 de mayo de este año, donde se dejó a disposición al ciudadano ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS, quien



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

fuera capturado en su residencia, informes de investigador de campo de fechas 14 de mayo de la presente anualidad, con sus respectivos álbum fotográficos de cada uno de dichos informes relativas a pesaje y prueba de identificación preliminar homologada de las sustancias que le fueron incautadas al señor ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS, aunado a la plena identificación e individualización y arraigo familiar, así como incautación de las sustancias estupefacientes, catilla decadactilar, entre otros, por lo que, es claro para la Sala que no fue una decisión arbitraria y sin soporte alguno, por el contrario la Fiscalía, al realizar el escrito de acusación, contaba con suficiente material probatorio para fundamentar su acusación en contra del indiciados, aquí demandante.

Así entonces, es posible inferir que las declaraciones de fuente humana a las que se hizo referencia en los informes de la policía judicial no estaban alejadas de la realidad, pues fueron estas las que generaron los primeros indicios de que la vivienda referida era utilizada para guardar, expender y comercializar estupefacientes siendo el presunto autor o partícipe del delito el señor Andrés Ferley Vargas Vargas, a tal punto que el día en que se realizó el registro y allanamiento en la habitación en que dormía el aquí accionante, se encontraron sustancias que fueron incautadas y que posteriormente fueron analizadas dando positivo para cocaína – bazuco y alcaloide.

Si bien es cierto en los informes realizados por la Policía Judicial SIJIN, los cuales fueron presentados a la fiscalía 27 Seccional de Garagoa señalan que por informaciones obtenidas de fuente humana se inició la investigación dentro de la cual se llevó a cabo el procedimiento de registro y allanamiento y la consecuente detención del demandante, sin especificar concretamente la fuente de la cual se obtuvo la información, también lo es que, como quedó acreditado de la documental allegada, el día en que se realizó la diligencia en dicha vivienda se encontraba durmiendo el señor ANDRÉS FERLEY VARGAS en una de las habitaciones, en la cual se incautaron unas sustancias que al ser analizadas dieron positivo



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

para alcaloide y cocaína (bazuco), precisamente en la habitación donde este último descansaba, circunstancias que otorgaron tanto la Policía Judicial como la Fiscalía Seccional de Garagoa motivos fundados para considerar que el referido señor se encontraba involucrado como presunto autor o partícipe del delito investigado.

En las anteriores condiciones es claro que, no resulta suficiente con que en la instancia penal se haya dictado una sentencia de carácter absolutorio, para considerar que la imposición de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario de que fuera sujeto el señor ANDRÉS FERLEY VARGAS VARAGAS, no tuvo sustento probatorio suficiente, pues se advierte que para imponer tal medida en contra del aquí demandante existían serios indicios que lo implicaban en la comisión del delito de tráfico, producción o porte de estupefacientes, por lo que la privación de la libertad no resultó irracional y se ajustó a las circunstancias y elementos con los que contaba el ente acusador al momento de proferir decisión en tal sentido y en cabal cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales.

En ese sentido, se encuentra demostrado que la Fiscalía General, en torno a sus funciones constitucionales y legales, adujo elementos materiales probatorios que gozaban de credibilidad y de virtualidad para la legalización de la captura, imputar cargos e imponer medidas de aseguramiento, ya que se podía inferir razonablemente que el demandante estaba implicado en los hechos objeto de investigación.

Frente a la proporcionalidad y legalidad de la decisión¹¹ se

¹¹ Al respecto la Corte Constitucional ha precisado que: “El segundo elemento es el de proporcionalidad, cuyo fundamento y trascendencia en el ámbito del derecho penal ya han sido subrayadas por esta Corte. En efecto, la medida debe ser proporcional a las circunstancias en las cuales jurídicamente se justifica. Por ejemplo, en el caso de la detención preventiva, resultaría desproporcionado que a pesar de que la medida no sea necesaria para garantizar la integridad de las pruebas, o la comparecencia del sindicado a la justicia, se ordenara la detención preventiva.

“El legislador también puede indicar diversos criterios para apreciar dicha proporcionalidad, entre los que se encuentran la situación del procesado, las características del interés a proteger y la gravedad de la conducta punible



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

encuentra que la medida de aseguramiento impuesta al señor ANDRÉS FERLEY VARGAS no desbordó tal criterio que debe caracterizar este tipo de decisiones, toda vez que resultaba adecuada al contar con indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso en contra del procesado.

Lo anterior, encuentra fundamento en la providencia por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación en contra de la decisión a través de cual se impuso medida de aseguramiento, la cual fue clara en señalar que la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, para esta clase de delitos que afectan distintos bienes jurídicos protegidos, resulta razonable y proporcional con el fin de proteger a la comunidad, aunado a que por disposición legal, tanto el imputado o condenado que se le indigue o sancione con los delitos contenidos en el capítulo del tráfico de estupefacientes y otras infracciones, entre los cuales se encuentra el delito que se imputó al procesado, **no es merecedor de la sustitución como de la concesión de la prisión domiciliaria.**

6.1. CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD – HECHO DE LA VÍCTIMA- PRINCIPIO DE OPORTUNDAD.

En este punto, considera la Sala importante aclarar respecto de la excepción que encontró probada el juez de primera instancia, esto es, culpa de la víctima, lo siguiente:

El Consejo de Estado ha indicado que el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad se origina cuando el suceso causalmente vinculado a la producción del daño no es predicable de la administración, sino del proceder -activo u omisivo- de la propia víctima, al respecto ha dicho:

(...) Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está

investigada. En todo caso, la Constitución exige que se introduzcan criterios de necesidad y proporcionalidad, al momento de definir los presupuestos de la detención preventiva”



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

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 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 (...)"¹²

En ese sentido, de conformidad con lo dicho, el hecho de la víctima se configura cuando esta dio lugar causalmente a la producción del daño, por haber actuado de forma dolosa o gravemente culposa, esto es, con incumplimiento de los deberes de conducta que le eran exigibles. Según lo establecido en el artículo 6 de la Constitución Política¹³ los particulares sólo son responsables por infringir las prohibiciones contenidas en normas legales.

Es importante anotar que las consideraciones relativas a si el hecho de la víctima, esto es, la actuación dolosa o gravemente culposa de la persona privada de su libertad, fue determinante para la producción de este daño, es decir, si fue o no su causa eficiente, se circunscriben al análisis de imputabilidad de este último,

¹² 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

¹³ "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o exralimitación en el ejercicio de sus funciones"



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

indispensable en cualquier juicio de responsabilidad, pero de ningún modo implican un juicio sobre lo bien o mal fundado de la actuación de la autoridad que haya dispuesto la captura o la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

En efecto, al margen de que la actuación de la víctima fuera o no de aquéllas que dan lugar a la captura; o constituyera o no un indicio de responsabilidad que, de acuerdo con la normativa penal, habilitara proferir medida de aseguramiento, lo que interesa para el estudio de la causal eximente de responsabilidad del hecho de la víctima es que su conducta, dolosa o gravemente culposa haya sido la causa eficiente del daño, es decir, la razón sin la que aquél no se habría producido, estudio que puede ser adelantado sin que ello signifique que, al mismo tiempo, se esté valorando si la autoridad penal correspondiente actuó correctamente o no a la hora de tener en cuenta dicha conducta para efectos de ordenar la privación de la libertad.

Así pues, al analizar el carácter determinante y exclusivo del hecho de la víctima como causal eximente de responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad, el juez de lo contencioso administrativo se limita a verificar que fue la que ahora, se califica como conducta dolosa o gravemente culposa de la persona privada de la libertad, la que llevó a la autoridad correspondiente a imponer dicha privación, absteniéndose de valorar si, desde el punto de vista penal, esa conducta daba lugar o no a la detención.

En el presente asunto, por solicitud voluntaria del mismo sindicado, aquí demandante y con el fin de que le fuera otorgado el principio de oportunidad, **el 9 de julio de 2014** se realizó interrogatorio al señor ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS por parte de la Fiscalía de Garagoa, en el que relató ampliamente todo lo que concierne y sabía respecto de los hechos motivo de investigación, señalando a diversas personas como involucradas en la comisión de varios delitos y aduciendo que era testigo presencial de la forma como estas personas realizaban las actividades delictivas tales como, consecución, almacenamiento y venta de drogas y armas de fuego.



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

De tales declaraciones, es posible inferir que el señor VARGAS VARGAS era testigo y conocía la forma, como, donde y quienes estaban vinculados con el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes por el cual estaba siendo investigado.

No obstante, conforme a los parámetros jurisprudenciales reseñados en precedencia, la Sala pasa a examinar si en efecto, como lo consideró el *A quo*, en el asunto objeto de estudio, la conducta asumida por el demandante relacionado con su declaración con el fin de conseguir el principio de oportunidad, contribuyó a que se ocasionara el daño derivado de la captura y medida de detención que se profirió en su contra.

En este punto, es importante mencionar que de conformidad con el artículo 1 de la Ley 1312 de 2019 “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad” el principio de oportunidad, es:

“(…) **ARTÍCULO 1º.** El artículo 323 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

Artículo 323. Aplicación del Principio de Oportunidad. La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.

Así entonces, entre las causales taxativas previstas en la norma para que proceda la causal el principio de oportunidad se encuentra la consagrada en el numeral 4º del artículo 2 de la ley en comento, consistente en:

“**ARTÍCULO 2º.** El artículo 324 de la Ley 906 de 2004, quedará así:
Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

(...)

4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.”

Bajo este contexto dirá la Sala que, sin duda, el principio de oportunidad desde el punto de vista del infractor de la ley penal, sugiere que con su aplicación este se verá beneficiado, en cuanto ve extinguida la sanción que de otra forma debería purgar, extinción como consecuencia de entre otras causales, la colaboración en el esclarecimiento y sanción de los hechos investigados; y es este punto donde considera a Sala que cuando el imputado solicita el principio de oportunidad colaborando eficazmente para evitar la continuación del delito o suministrando información eficaz para la desarticulación de bandas delincuenciales organizadas, como en efecto ocurrió en este caso, no es posible señalar que se configura la causal eximente de responsabilidad denominada hecho de la víctima, pues quien solicita tal principio, para verse beneficiado del mismo, indefectiblemente debe ubicarse en una situación determinante para la ocurrencia del daño, esto es, para una eventual privación de la libertad, como lo es la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Lo anterior, toda vez que, con la sola petición del principio de oportunidad no se suspende, interrumpe o renuncia, *per se*, la persecución penal, pues como se indica en el artículo transcrito en párrafos anteriores, tal decisión de la fiscalía está sometida a control de legalidad por el juez de control de garantía y en esa medida, se reitera, el imputado, sea que cual fuere la decisión respecto del principio de oportunidad, con su proceder, como en el caso de brindar colaboración o información eficaz para evitar la continuación del delito o para la desarticulación de bandas delincuenciales organizada, da lugar a la producción del daño (privación de la libertad) en caso de no ser aceptada su solicitud.

Ahora bien, *si* en gracia de discusión se pudiera tener en cuenta el principio de oportunidad para considerar probada el causal



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

eximente de responsabilidad culpa de la víctima, en este caso tampoco habría lugar a ello, en tanto, la solicitud del citado principio y consecuente declaración del indiciado se realizó en fecha posterior a la imposición y confirmación de la medida de aseguramiento.

Ahora bien, en este punto, sin perjuicio de lo explicado en párrafos anteriores respecto de no ser posible derivar del principio de oportunidad la configuración de la causal eximente de responsabilidad denominada “culpa de la víctima”, considera la Sala que por los hechos suscitados en el proceso penal y con fundamento en los cuales se produjo la detención y posterior medida de aseguramiento del señor Andrés Ferley Vargas Vargas en el *Sub Lite*, sí se configuró la citada causal.

Es así, como el aquí accionante con su actuar dio lugar causalmente a la producción del daño, por haber actuado con incumplimiento de los deberes de conducta que le eran exigibles, en tanto dicha conducta provino de su actuar imprudente o culposo, que derivó en la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeto.

En efecto, además de los indicios que tenía la Policía Judicial y la Fiscalía en contra del señor Vargas Vargas, con el hecho que el día en que se realizó el registro y allanamiento en la habitación en que dormía el accionante, se encontraron sustancias que fueron incautadas y que posteriormente fueron analizadas dando positivo para cocaína – bazuco y alcaloide, circunstancia con la que claramente desatendió las reglas y obligaciones de conducta exigibles a cualquier ciudadano – administrado.

En otras palabras, con su actuar imprudente o culposo al encontrarse el día en que se efectuó la diligencia de registro y allanamiento en la habitación en donde se incautaron las sustancias que resultaron ser estupefacientes, tal circunstancia contribuyó como causa eficiente del daño, esto es, la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, razón por la cual, se reitera que se configuró la culpa de la víctima como causal eximente de responsabilidad.



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

Así las cosas, no cabe duda que aunado a que las decisiones del Juez de Control de Garantías y del juez penal del circuito de Garagoa, respecto de la medida de aseguramiento impuesta al señor ANDRÉS FERLEY VARGAS VARGAS fueron adoptadas con base en elementos materiales probatorios que gozaban de credibilidad y de virtualidad para la legalización de la captura, imputar cargos e imponer medidas de aseguramiento, también es claro que el daño devino del comportamiento culposos y negligente de la víctima, aquí accionante.

Por lo anteriormente expuesto, es dable concluir en primer lugar que, el daño no fue antijurídico como quiera que la imposición de medida de aseguramiento al demandante se ajustó a los criterios establecidos en la legislación y, por tanto, no hay lugar a concluir que dicha decisión hubiese sido irracional, desproporcionada ni ilegal o constitutiva de una falla del servicio atribuible a las entidades demandadas y en segundo lugar tampoco se probó causal eximente de responsabilidad culpa de la víctima.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será revocada en cuanto declaró probada de oficio la causal eximente de responsabilidad denominada hecho de la víctima, y se confirmará en todo lo demás.

7. COSTAS

En cuanto a las **costas en segunda instancia**, la Sala se abstendrá de condenar en costas, por cuanto la presente decisión se fundamentó en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 15 de agosto de 2018 que modificó la regla jurisprudencial aplicable al estudio de los casos de privación de la libertad, que se encontraba vigente al momento de presentación de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala N° 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



Accionante: Andrés Ferley Vargas Vargas y otros
Accionado: Fiscalía General de la Nación y la Nación Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional.
Expediente: 1500133330 14 2017 00058 01
Reparación Directa – sentencia de 2ª instancia

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 16 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVERO
Magistrado

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
(Ausente – con permiso)