

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL  
DEL CIRCUITO DE CALI

**SENTENCIA N° 35.**

Santiago de Cali, catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

**PROCESO** : 76001-33 33-001-2018-00307-00

**MEDIO DE CONTROL** : REPARACIÓN DIRECTA

**DEMANDANTE** : ARLEN JACKELINE BENITEZ GONZÁLES Y OTROS

**DEMANDADO** : FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN

**1. Objeto de la providencia.**

En ejercicio del medio de control de reparación directa, la señora ARLEN JACKELINE BENÍTEZ GONZÁLES junto con su núcleo familiar solicitan se declare responsable a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por el daño causado con la medida de privación de la libertad impuesta en su contra en el marco de un proceso penal y en consecuencia se ordene el resarcimiento de los perjuicios materiales y morales derivados de dicha afectación (fls. 34 y 35 cdno. ppal.)

**2. Hechos relevantes.**

Como fundamento de las pretensiones de la demanda, el apoderado de la parte accionante señala los siguientes hechos:

**2.1.** El 13 de octubre de 2013, la señora JACKELINE BENÍTEZ GONZÁLES fue capturada por miembros de la Policía Nacional quienes hicieron efectiva la orden proferida en su contra por el Juzgado Veintiocho Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cali.

**2.2.** La captura fue legalizada por parte del Juzgado Veintiocho Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cali el 16 de octubre de 2013. En dicha diligencia se le imputó a la ahora accionante la comisión del delito de concierto para delinquir agravado.

Posteriormente, se procedió a dictar medida de aseguramiento en centro de reclusión carcelaria.

**2.3.** El conocimiento del asunto correspondió al Juzgado Cuarto Penal Especializado de Conocimiento del Circuito de Cali. Este despacho, luego de efectuar el trámite procesal correspondiente, el 21 de julio de 2017 dictó sentencia absolutoria en aplicación del principio del *indubio – pro reo*.

**2.4.** El sentido del fallo, en el caso de la ahora accionante, fue anunciado en audiencia llevada a cabo el 10 de noviembre de 2016, quedando en libertad al día siguiente de realización de la diligencia.

### **3. Contestación de la demanda.**

**La Fiscalía General de la Nación** presentó escrito de contestación de forma oportuna, formulando los siguientes argumentos de defensa:

En primer término, se señala que, de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el régimen de responsabilidad aplicable al caso corresponde al de falla del servicio, este requiere para su configuración de la prueba de tres elementos a saber: el daño antijurídico, la actuación irregular de la administración y el nexo de causalidad.

En consecuencia, el daño que pudo sufrir el demandante en razón de la medida de detención preventiva, no se puede calificar como antijurídico, toda vez que éste se encontraba en el deber jurídico de soportarlo, ante la existencia de una actuación legal de la Fiscalía General de la Nación en ejercicio de la acción penal y que pretendía el esclarecimiento de los hechos en los que se cometió una conducta punible.

Adicionalmente, la adopción de la detención fue avalada por parte del Juez de control de garantías, autoridad que valoró los elementos materiales de prueba que se aportaron en la audiencia de imposición de la medida de aseguramiento, concluyendo que éstos permitirían inferir la responsabilidad del sindicado en los hechos materia de investigación.

Tomando como fundamento los argumentos expuestos anteriormente, propone una excepción que denomina ausencia de nexo causal. Adicionalmente, indica que en el presente caso se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación, pues si bien, en el marco del proceso penal, son los funcionarios de esta entidad los encargados de solicitar la imposición de las medidas de detención preventiva, finalmente la decisión definitiva sobre la viabilidad de su adopción es competencia de los Jueces de control de Garantías.

### **4. TRÁMITE DEL PROCESO.**

En el presente proceso, se surtió el trámite previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así:

Llevadas a cabo las notificaciones del auto admisorio a los sujetos procesales en debida forma, se cumplió con la audiencia inicial de que trata el artículo 180 *ibídem* en la cual no hubo lugar a efectuar saneamiento alguno y se decretaron pruebas.

Mediante auto proferido en audiencia llevada a cabo el 3 de marzo de 2020 (fl. 117), se puso en conocimiento de las partes las pruebas testimoniales recaudadas y se

cerró el periodo probatorio del proceso concediéndose a las partes traslado para que alegaran de conclusión.

Las partes presentaron alegatos de conclusión ratificando los argumentos expuestos en la demanda y en su contestación respectivamente.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. PROBLEMA JURÍDICO.

Se contrae en determinar si la Fiscalía General de la Nación es patrimonial y administrativamente responsable por la presunta privación injusta de la libertad de la señora JACKELINE BENÍTEZ GONZÁLES y como consecuencia de ello, si tiene derecho a que se le reconozcan los perjuicios reclamados.

### 2. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

En lo que concierne al extremo pasivo de la litis, se encuentra que las pretensiones se dirigen únicamente en contra de la Nación– Fiscalía General de la Nación, dejando a un lado a la Rama Judicial quien a través de los Jueces Penales del Circuito de Cali intervino en el proceso en el que se produjo la privación de la libertad de la accionante:

En relación con la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva que propuso la Fiscalía General de la Nación, se advierte que la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>1</sup> ha considerado que en los eventos en que se imputada responsabilidad al Estado por privación injusta de la libertad en el marco de los procesos penales adelantados bajo la ley 906 de 2004, es posible atribuir el daño tanto al ente acusador como a los Jueces Penales, para lo cual se deben analizar los supuestos de cada caso en concreto:

(...) La Sala pone de presente que el hecho reputado como generador del daño por la parte actora fue la privación de la libertad a la que fue sometido Alexander Valderrama Gutiérrez como consecuencia de la medida de aseguramiento que le impuso el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Puerto Rico con función de garantías, ante la petición que en ese sentido realizó la Fiscalía 16 Local de San Vicente del Caguán.

Ahora bien, el proceso penal se tramitó en vigencia del actual sistema penal acusatorio, esto es, la Ley 906 de 2004. Este nuevo modelo procesal penal trajo consigo que actualmente no corresponde a la Fiscalía, por regla general, asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal mediante la adopción de las medidas cautelares necesarias. Ahora, únicamente puede solicitarlas al juez que ejerza las funciones de control de garantías, pues solo excepcionalmente podrá realizar capturas, en los supuestos señalados por el legislador, con sometimiento al control judicial dentro de las 36 horas siguientes, como sucede, por ejemplo, cuando se aprehende a una persona en flagrancia.

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C, Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS, Bogotá D.C, veintinueve (29) de abril de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 18001-23-31-000-2011-00045-01(46289)

De tal suerte que el juez de control de garantías es el encargado de examinar si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales llevadas a cabo o pretendidas por la Fiscalía General de la Nación se adecúan a la ley y si son o no proporcionales.

La solicitud de la Fiscalía en relación con la imposición de una medida de aseguramiento y la decisión del funcionario de control de garantías acerca de su procedencia se profiere en una audiencia preliminar en la que el fiscal, luego de reseñar a la persona y los delitos a los que haga referencia, insta oralmente a la imposición de la medida al imputado y enuncia los elementos de convicción y la evidencia física legalmente obtenidos que sustentan dicho requerimiento, según lo dispuesto en los artículos 306 y 307 del CPP. Por último, el juez profiere un auto interlocutorio, susceptible de apelación, en el que asigna o no la medida, acorde con lo establecido en el artículo 308 del CPP.

Aunque la decisión es tomada por el juez, la Sala no puede desconocer que la Fiscalía le solicita la medida, le refiere el cumplimiento de los requisitos objetivos y le enuncia los medios de prueba, la información legalmente obtenida y/o la evidencia física que sustentan la petición, entonces, puede encaminar de forma desacertada o engañosa la decisión que adopte el juez sobre la privación de la libertad del sindicado e incluso inducirlo a error, hipótesis en las que cabría el análisis de corresponsabilidad.

De ahí que siempre será necesario verificar en cada caso, con cargo a qué presupuesto debe la Nación soportar las consecuencias del daño causado, pues como se indicó, la persona jurídica demandada en el proceso y señalada como causante del daño es la Nación, de la que hacen parte la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura, y esta Corporación fijó como criterio interpretativo, según la preceptiva del artículo 49 de la Ley 446 de 1998, que “el obligado a reparar los daños es la Nación porque es la persona jurídica que tiene capacidad para ser sujeto tanto de la relación jurídico-sustancial como de la jurídico-procesal, cuestión diferente es quién la representa”.

En conclusión, Sala considera que en estos casos la representación de la Nación concierne al Fiscal General de la Nación y al Director Ejecutivo de Administración Judicial, independientemente si una o ambas deban soportar el pago de una eventual condena con cargo a su presupuesto, razón por la que se encuentran legitimadas por pasiva en el presente asunto. (...) Subrayado por la Sala.

Conforme a la jurisprudencia transcrita, se tiene que en procesos adelantados bajo los parámetros del Sistema Penal Acusatorio resulta procedente atribuir responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación por las actuaciones adelantadas en el marco sus competencias, específicamente al momento de solicitud de medida de aseguramiento y en la resolución de acusación.

En consecuencia, el presente caso, el juicio de responsabilidad se dirigirá a analizar las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación que influyeron en la privación de la libertad de la accionante, bajo el marco normativo y jurisprudencial que se expondrá a continuación

### **3. ASPECTOS SUSTANCIALES DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.**

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder por los daños antijurídicos que cause y es antijurídico aquel daño que el particular no está obligado a soportar, bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o porque sea irrazonable en clave de los derechos e intereses constitucional y convencionalmente reconocidos<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. Sentencia del 7 de septiembre de 2015, C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 54001-23-31-000-1999-01081-02 (34158)

**El daño** es el primer elemento que configura la responsabilidad estatal, pues sin la vulneración de los derechos o bienes personales y patrimoniales jurídicamente protegidos de una persona, no puede existir juicio de responsabilidad o reproche<sup>3</sup>.

Para que el daño antijurídico pueda ser indemnizado debe ser **cierto** y estar plenamente acreditado, carga procesal que debe asumir la parte demandante según lo preceptuado en el artículo 167 del CGP<sup>4</sup>.

**La imputación del daño** a la administración no es necesariamente material sino jurídica, y puede identificarse bajo los esquemas de la responsabilidad subjetiva (falla del servicio) o responsabilidad objetiva (responsabilidad sin falla).

La imputación es la “*atribución de la respectiva lesión*”; en consecuencia, “la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, con la advertencia que, en aplicación aforismo *iura novit curia*, “*corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión*”<sup>5</sup>.

Ahora bien, específicamente en cuanto a la responsabilidad por privación injusta de la libertad, valga resaltar:

La libertad se cuenta entre los bienes más preciados sobre los que se funda toda organización política contemporánea, cuya vigencia y ejercicio pleno posibilita el despliegue de los demás derechos reconocidos por el orden jurídico; puede ser definida como la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidos a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios; en igual forma, la libertad implica la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> En sentencia de 8 de mayo de 1995, exp. 8118 , el H. Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Juan de Dios Montes Hernández, definió el daño antijurídico en los siguientes términos: “la noción de daño antijurídico es invariable cualquiera que sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar”

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B. Sentencia del 24 de mayo de 2017, C.P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Expediente 20001-23-31-000-2010-00187-01 (42792). (...)De acuerdo con lo anterior, se tiene que **la sola inferencia o afirmación en la demanda acerca de la ocurrencia de un daño antijurídico no resulta suficiente para tenerlo como acreditado, en la medida en que es necesario e indispensable que el demandante respalde tales afirmaciones con el material probatorio suficiente para su comprobación en el proceso. Se recuerda que de conformidad con el régimen de responsabilidad vigente, el daño antijurídico no se presume, de manera que quien alega su ocurrencia debe probarlo**. (Resaltado del Despacho)

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2007. Expediente con radicación interna 22655. C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacios.

<sup>6</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-301 de 1993. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Los artículos 9 numeral 5<sup>7</sup> y 14 numeral 6<sup>8</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificados a través de la ley 74 de 1968 son mandatos convencionales sobre los cuales se erige la cláusula especial de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad consagrada en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, donde se impone que “*quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios*”.

Ya en el ámbito nacional, el tratamiento jurisprudencial de la privación injusta de la libertad como fundamento de responsabilidad del Estado ha sido sometido a diversas interpretaciones y posturas.

En una primera etapa, el Consejo de Estado consideró que en la declaratoria de responsabilidad del Estado privación injusta de la Libertad debía aplicarse el régimen de falla del servicio, imponiendo que la responsabilidad jurídica del Estado se supeditaba a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir, constitutiva de un error judicial<sup>9</sup>.

Posteriormente, el Consejo de Estado consideró que la carga probatoria del actor relativa a demostrar el carácter “*injusto*” de la detención o, en otros términos, el “*error de la autoridad judicial*” al ordenar la medida privativa de la libertad debía restringirse a casos diferentes a los contemplados en el artículo 414<sup>10</sup> del Decreto Ley 2700 de 1991, antiguo Código de Procedimiento Penal, puesto que los tres casos contemplados en esta norma tenían la calificación de injustos otorgados directamente por el legislador y que, por tanto, en presencia de estos supuestos fácticos surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios causados<sup>11</sup>.

Una tercera postura sostuvo que se puede configurar la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria, preclusión de la investigación o providencia equivalente en aplicación del principio in dubio pro reo, pese a que en la restricción de la libertad se hayan cumplido con todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas que una persona

---

<sup>7</sup> “Artículo 9. 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. (...) 5.- **Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.**” (Resaltado del Despacho)

<sup>8</sup> “Artículo 14. (...) 6.- **Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada,** conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.” (Subraya del Despacho)

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 1 de octubre de 1992. Expediente 10923.

<sup>10</sup> “**ARTICULO 414. INDEMNIZACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.** Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios.

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

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 2 de mayo de 2007. Expediente 5989. “3. En este orden de ideas, fuera de los casos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en los cuales la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad, cuando se pretenda obtener indemnización de perjuicios por esta causa, el demandante debe demostrar que la detención preventiva que se dispuso en su contra fue injusta; y, en tales eventos, habiéndose producido la detención preventiva por una providencia judicial, la fuente de la responsabilidad no será otra que el error jurisdiccional.”

debe soportar máxime cuando compromete el ejercicio del derecho fundamental a la libertad<sup>12</sup>.

En sentencia de unificación de 15 de agosto de 2018<sup>13</sup> el órgano máximo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa expuso:

(...) De conformidad con lo anterior, como la indemnización se abre paso cuando se demuestra que la privación de la libertad del procesado fue injusta, podría no ser admisible ni justo con el Estado -el cual también reclama justicia para sí- que se le obligara a indemnizar a quien ha sido objeto de la medida de detención preventiva cuando para la imposición de esta, se han satisfecho los requisitos de ley ni **cuando a pesar de haber intentado desvirtuar la duda mediante la práctica de pruebas, no se ha podido obtener o lograr ese objetivo, es decir, cuando sobre el investigado persisten dudas acerca de su participación en el ilícito** y, por lo tanto, también persisten respecto de lo justo o lo injusto de la privación de la libertad, caso en el cual, **si el juez verifica que se cumplieron los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una persona, como aquellos de que tratan los ya citados artículos 28 y 250 constitucionales** (inclusive este último después de la modificación que le introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002), **las normas de procedimiento penal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mal puede imponer una condena en contra de este último.**

Así las cosas, se insiste, resultaría incoherente que el Estado tuviera que indemnizar automática o indefectiblemente por una privación de la libertad impuesta, incluso, por la aplicación del mencionado sustento constitucional, pues para nada es lógico y sí más bien es absurdo pensar y aceptar que la propia Constitución Política exige a la Fiscalía adoptar -o solicitar al Juez<sup>14</sup>- medidas de aseguramiento, como la detención domiciliaria o la detención preventiva u otras que -en las voces de la jurisprudencia de esta Corporación- implican la pérdida jurídica de la libertad, como, por ejemplo, la prohibición de salir del país<sup>15</sup> (art. 388 del antiguo C.P.P.), para garantizar la comparecencia del investigado al proceso -como lo exigen las normas transcritas- y que dicho organismo, sin embargo, por satisfacer ese deber y por obedecer el mandato que le imponía el artículo 6 del derogado Decreto 2700 de 1991 -el cual establecía que los funcionarios judiciales debían someterse al imperio de la Constitución y de la Ley-, se vea obligado a pagar indemnizaciones cuando deba levantar la medida, la cual, como se vio unos párrafos atrás, para nada implica la imposición de una sanción o condena.

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

En otras palabras, bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270

---

<sup>12</sup> Responsabilidad del Estado por la actividad judicial. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Cuadernos de la cátedra fundacional Allan R. Brewer - Carías, Universidad Católica Andrés Bello. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2016.

<sup>13</sup> CE. Expediente: 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947)- Actor: Martha Lucía Ríos Cortés y otros. Demandado: La Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación. .

<sup>14</sup> En virtud del Acto Legislativo 3 de 2002 que modificó el artículo 250 de la Constitución Política.

<sup>15</sup> Por ejemplo, ver sentencia de 29 de julio de 2015 (expediente 36.888).

de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es per se antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

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

(...) Esta Corporación ha dicho también lo siguiente al respecto (se transcribe literal):

**“En consecuencia, si el privado de la libertad actuó de manera irregular y negligente y con ello dio lugar al inicio de una investigación penal y a la privación de su libertad, aunque se demuestre que en el curso del proceso penal que su conducta no fue suficiente para proferir en su contra sentencia condenatoria, esa misma actuación, en sede de responsabilidad civil y administrativa, podría llegar a configurar la culpa grave y exclusiva de la víctima, y exonerar de responsabilidad a la entidad demandada**, con sujeción a lo prescrito por el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 63 del Código Civil”<sup>16</sup>.

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**<sup>17</sup>, **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.** (Negrillas del Despacho) (...)

En este contexto, en la providencia de unificación bajo análisis se determinó que el principio de presunción de inocencia no es incompatible con la detención preventiva, pues esta última es una medida cautelar que impone la administración para asegurar la comparecencia del sindicado al proceso.

De esta forma, para que resulte procedente la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado debe analizarse en cada caso concreto la conducta del destinatario y su incidencia en la imposición de la medida cautelar de privación de la libertad.

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección C, sentencia del 23 de abril de 2018 (expediente 43.085).

<sup>17</sup> “La ley distingue tres especies de culpa o descuido. “Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. “Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. “El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. “Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. “El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

Posteriormente, en sentencia de 2 julio de 2019<sup>18</sup> el Consejo de Estado advirtió que en el marco de un análisis de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, teniendo en cuenta los criterios establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia SU – 072 de 2018, no se debe privilegiar la aplicación de un régimen de responsabilidad específico y que en los eventos en que la libertad del sindicado se produzca por la aplicación del principio de *in dubio pro reo* o porque el procesado no cometió el delito, se debe preponderar si las decisiones adoptadas por el funcionario judicial se enmarcan en los presupuestos de “razonabilidad, proporcionalidad y legalidad”:

(...) 5.5. De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional señala que en dos eventos establecidos por el Consejo de Estado, resulta factible aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, estos son cuando el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica, en ambas situaciones la privación de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada, por lo que “el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos”

En criterio de la Corte desde el inicio de la investigación el fiscal o el juez deben tener claro que el hecho sí se presentó y que es objetivamente típico, ya que disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos. En el primer caso, el funcionario judicial debe tener en claro esa información desde un principio y, en el segundo, se trata de una tarea más sencilla, que consiste en el cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipifican como tal.

Las dos causales anteriores se contrastan con la absoluciones consistente en que el procesado no cometió el delito y la aplicación del principio *in dubio pro reo*, la Corte considera que estas requieren de mayores disquisiciones por parte de los fiscales o jueces para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma. En un sistema como el acusatorio no resulta exigible al fiscal y al juez con función de garantías que en etapas tempranas de la investigación penal definir si el imputado ejecutó la conducta, pues será en etapas posteriores que el funcionario judicial definirá tales asuntos, que solo se pueden definir en la contradicción probatoria durante un juicio oral (...)

(...) 5.6. En conclusión, las sentencias de unificación del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, establecen que en eventos de privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. **Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.**

**En la misma vía, en todos los eventos posibles, será necesario descartar si el imputado o sindicado con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a la medida de privación de la libertad.**(...) Subrayado por el Despacho

Ahora bien, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de **15 de noviembre de 2019**<sup>19</sup> proferida en el marco de una acción de tutela decidió dejar sin efectos la sentencia de unificación de 15 de agosto de 2018, bajo las siguientes consideraciones:

(...) 19. 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

---

<sup>18</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá D.C., dos (2) de julio de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 05001233000201200718 01 (54893).

<sup>19</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) Radicación:11001 -03-15-000-2019-00169-01.

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. (...)

(...) 24.- 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. (...)

(...) 25. - La valoración de la conducta preprocesal es competencia exclusiva 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. (...)

(...) 28. - La decisión del Juez de la responsabilidad en la que se exonera al demandado por considerar que el daño fue causado por la culpa exclusiva de la víctima, en el simple campo de la causalidad, está indicando que, de las dos circunstancias que precedieron la orden de detención -(i) el comportamiento del sindicado y (ii) la decisión de detenerlo en una providencia judicial-, es la primera la que debe considerarse como causa del daño. Y esa determinación, que fue la adoptada en el fallo objeto de tutela, que exoneró al Estado porque el daño fue causado por la culpa exclusiva de la víctima, desconoció la decisión penal con efectos de cosa juzgada en la que se declaró inocente a la demandante por la atipicidad de la conducta. (...)

(...) 32.- 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. La Sala no podía, tampoco, desconocer el derecho a la presunción de inocencia de la señora Ríos, que en este caso se traducía en el derecho a no ser tratada como si ella fuera culpable, por sus conductas preprocesales, de la detención que se le impuso. (...)

(...) E. Conclusión

(...) 44.- La Sala amparará el derecho al debido proceso, particularmente en lo referente a la presunción de inocencia, dejará sin efectos la sentencia de 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado (exp. 46947) y dispondrá que en la sentencia de reemplazo se valore la culpa de la víctima sin violar su presunción de inocencia; y por las razones explicadas al determinar el problema jurídico, **se resalta que este fallo no tiene ninguna incidencia respecto de la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado.**(...) –Resaltado fuera de texto-

De acuerdo a los criterios expuestos, el Despacho encuentra que el precedente vigente en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad impone al Juez administrativo el deber de analizar si la medida de aseguramiento

proferida dentro de la actuación judicial se enmarca dentro de parámetros de *“razonabilidad, proporcionalidad y legalidad”*.

De igual forma, en virtud de los efectos de la sentencia de tutela de 15 de noviembre de 2019 al momento de analizar la incidencia de la conducta de la víctima en la producción del daño, se deben valorar únicamente las actuaciones surtidas por el afectado directo en el marco del respectivo proceso penal, sin que resulte procedente un análisis sobre las denominadas conductas *“pre – procesales”*.

En consecuencia, para el Despacho los parámetros consagrados a partir de la sentencia de 2 julio de 2019, en la que el Consejo de Estado determinó el alcance de los criterios establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia SU – 072 de 2018, se encuentran vigentes y constituyen regla de derecho para la resolución del caso concreto.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en la sentencia de tutela de 15 de noviembre de 2019 que dejó sin efectos de la sentencia de unificación de agosto de 2018, se determinó que la providencia no surtía efectos frente a la forma *“en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado”*.

#### **4. CASO CONCRETO.**

##### **4.1. Lo probado en el proceso.**

Con el material probatorio recaudado, conformado principalmente por la copia digital proceso penal N° 2013-05454, el cual cuenta con suficiente mérito a la luz del Código General del Proceso, por tratarse de documentos públicos que no fueron tachados por las partes en los términos del artículo 269 *ibídem*- es posible tener como probados los siguientes hechos:

El 10 de octubre de 2013, el Juzgado 28 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cali, emitió orden de captura en contra de la señora ARLEN JACKELINE BENÍTEZ GONZÁLES por la comisión del delito concierto para delinquir agravado (fl. 2 cdno. pbas. N° 2).

En audiencia preliminar realizada el 16 de octubre de 2013 por el Juzgado 28 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cali, se legalizó la captura de la señora ARLEN JACKELINE BENÍTEZ GONZÁLES quien fue detenida por miembros de la Policía Nacional en cumplimiento de una orden de allanamiento y captura (fl. 2 cdno. pbas. N° 2).

En dicha diligencia, la Fiscal Delegada para la investigación fundamentó sus solicitudes de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento con base en los siguientes argumentos:

La captura de la señora ARLEN JACKELINE BENÍTEZ GONZÁLES se produjo en el marco de una investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación en el año 2013 en la que se conocieron denuncias de la ciudadanía sobre la operación de una organización criminal en la Comuna 21 de municipio de Santiago de Cali.

De esta forma, en la investigación se estableció que la ahora accionante hacía parte de una banda delincencial denominada los *“parabólicos”* la cual había entrado en

operación en año 2013, luego de la desarticulación de otra organización criminal y que tenía como propósito hacerse con el control de múltiples actividades ilegales en el Barrio Potrero Grande y en zonas aledañas.

Al identificarse los integrantes de la organización e individualizar las conductas punibles cometidas por ésta, la Fiscalía General de la Nación en colaboración con la Policía Nacional llevaron a cabo el 16 de octubre de 2013 un operativo que derivó a la captura de 10 personas entre las cuales se encontraba la ahora demandante y que comparecieron de forma conjunta a la audiencia preliminar con el objetivo de obtener una resolución de su situación jurídica.

El inmueble donde residía la ahora accionante fue determinado en la orden de allanamiento como objetivo N° 12, ubicado en la Calle 125 N° 28C -32 del Barrio Potrero Grande sector 3, y correspondió al lugar de su captura el 16 de octubre de 2013 a las 5:00 a.m., sin que se llevará a cabo la incautación de elementos materiales probatorios.

Se anexó copia de las órdenes de allanamiento, captura y buen trato en las cuales se manifestó que no hubo ningún tipo de oposición a la diligencia y que se puso en conocimiento de la detenida los derechos que la cobijaban. De igual forma, se corrió traslado de las actas elevadas para el efecto a la abogada defensora de la accionante.

Con base en los anteriores supuestos, el Juez de Control de Garantías concluyó que el allanamiento no se realizó de manera indiscriminada y obedeció a unas coordenadas preestablecidas, en su práctica no superó el plazo de 30 días de vigencia del artículo 224<sup>20</sup> del C.P.P. y como diligencia nocturna se cumplió con el requisito de comparecencia de la Procuraduría General de la Nación (artículo 225<sup>21</sup> C.P.P.) se observó el protocolo del artículo 228<sup>22</sup> y se levantaron actas de las diligencias en los términos previsto por el artículo 227<sup>23</sup>.

Finalmente, y dado que la captura se llevó a cabo el mismo día de la diligencia (16 de octubre de 2013) el Juez de Control de Garantías declaró la legalidad de la captura en los términos previstos por el inciso final del artículo 2<sup>24</sup> del C.P.P

---

<sup>20</sup> Artículo 224. Plazo de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento. La orden de registro y allanamiento deberá ser diligenciada en un término máximo de treinta (30) días, si se trata de la indagación y de quince (15) días, si se trata de una que tenga lugar después de la formulación de la imputación. En el evento de mediar razones que justifiquen una demora, el fiscal podrá, por una sola vez, prorrogarla hasta por el mismo tiempo.

<sup>21</sup> Artículo 225. Reglas particulares para el diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento. Modificado por el art. 50, Ley 1453 de 2011. Durante la diligencia de registro y allanamiento la policía judicial deberá:

1. Realizar el procedimiento entre las 6:00 a.m. y las 6:00 p.m., salvo que por circunstancias particulares del caso, resulte razonable suponer que la única manera de evitar la fuga del indiciado o imputado o la destrucción de los elementos materiales probatorios y evidencia física, sea actuar durante la noche.

<sup>22</sup> Artículo 228. Devolución de la orden y cadena de custodia. Terminada la diligencia de registro y allanamiento, dentro del término de la distancia, sin sobrepasar las doce (12) horas siguientes, la policía judicial informará al fiscal que expidió la orden los pormenores del operativo y, en caso de haber ocupado o incautado objetos, en el mismo término le remitirá el inventario correspondiente pero será de aquella la custodia de los bienes incautados u ocupados.

En caso de haber realizado capturas durante el registro y allanamiento, concluida la diligencia, la policía judicial pondrá inmediatamente al capturado a órdenes del fiscal, junto con el respectivo informe.

<sup>23</sup> Artículo 227. Acta de la diligencia. En el acta de la diligencia de allanamiento y registro deben identificarse y describirse todas las cosas que hayan sido examinadas o incautadas, el lugar donde fueron encontradas y se dejarán las constancias que soliciten las personas que en ella intervengan. Los propietarios, poseedores o tenedores tendrán derecho a que se les expida copia del acta, si la solicitan.

<sup>24</sup> el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes

En este contexto, en la continuación de la diligencia preliminar llevada a cabo el 17 de octubre de 2013, se le imputó a la accionante el delito de concierto para delinquir agravado (Cd N° 2 Audiencia Preliminar fl.2 cdno. de pbas. 1:08:015 min audio N° 2).

Como elementos materiales probatorios que acreditaban la participación de la ahora demandante en la banda delincuencia, se advirtió que se contaba con las declaraciones presentadas en entrevista por parte de los señores Antonio Torres y Manuel Mosquera Rivas y los reconocimientos fotográficos efectuados por éstos junto con la señora Katty Quiñonez, quienes tenían la calidad de habitantes de la zona de influencia.

De esta forma, los declarantes afirmaron que función de la señora ARLEN JACKELINE BENÍTEZ GONZÁLES en la organización criminal correspondía a la de guardar armas de fuego en su residencia, brindar información y alertar a los demás integrantes sobre la presencia de la Policía Nacional.

Adicionalmente, en la investigación se llevaron a cabo una serie de interceptaciones telefónicas en las cuales se logró establecer que la imputada que era conocida con el alias de *"la flaca"* y sostenía comunicaciones con miembros de la banda delincuencia motivo por el cual resultaba procedente la imputación del delito de concierto para delinquir agravado, de acuerdo a lo estipulado por el inciso 2 de artículo 340 del código penal el cual contemplaba una pena mínima de 8 de años (Cd N° 2 Audiencia Preliminar fl.2 cdno. de pbas. 0:28 min audio N° 4).

Posteriormente, el ente acusador procedió a sustentar la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, indicando que los testigos fueron claros en identificar a la imputada como integrante de la banda los *"parabólicos"* que operaba a través de una estructura criminal encargada de cometer homicidios, desplazamientos forzados, tráfico de estupefacientes, y porte de armas con la finalidad de ejercer el control de la actividad delincuencia una zona determinada de la ciudad (Cd N° 2 Audiencia Preliminar fl.2 cdno de pbas. 0:30 min. audio N° 5).

En este contexto, la delegada de la Fiscalía reiteró que desde la solicitud de legalización de captura había puesto en conocimiento de la imputada y de su abogada defensora una serie de elementos materiales probatorios, contenidos en una carpeta que individualizaba su conducta frente al resto de 9 imputados y que incluía las declaraciones de los habitantes del sector donde manifestaban su temor por las actuaciones de la banda delincuencia que alteraban gravemente el orden público incluyendo intentos de homicidio, enfrentamiento entre pandillas, reclutamiento de menores de edad, desplazamiento forzado todo con el propósito de obtener un dominio territorial y controlar el tráfico de estupefacientes.

La apoderada de la accionante aceptó tener conocimiento de los documentos trasladados en la carpeta referenciada identificando las pruebas tenidas en cuenta para la formulación de la imputación y la solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

Para fundamentar la solicitud de imposición de medida aseguramiento, la Fiscal Delegada advirtió que en el caso concreto, conforme al artículo 308 del C.P.P<sup>25</sup>., se

---

<sup>25</sup> Artículo 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.

advierte que la seguridad de los testigos que denunciaron las actuaciones de la banda delincriminal corría peligro de acuerdo a la información obtenida en las interceptaciones telefónicas en la cuales se estableció que los imputados tuvieron conocimiento del operativo adelantado en su contra por la denuncia de la comunidad.

Adicionalmente, se alegó que se cumplía con lo dispuesto por los artículos 310<sup>26</sup> y 311<sup>27</sup> del C.P.P. toda vez que la conducta se calificaba grave toda vez que la operación de la banda delincriminal acorraló a una comunidad entera y evidentemente implicaban un peligro para los habitantes de Potrero Grande.

De igual forma, se afirmó que la medida resultaba necesaria para asegurar la comparecencia de la imputada al proceso, ya que la gravedad de la pena a la que se enfrentaba implicaba un incentivo para una eventual fuga.

Conforme al artículo 312<sup>28</sup> del C.P.P., se estableció que la falta de garantía para la comparecencia al proceso, se derivaba igualmente de la actitud asumida por la totalidad de integrantes de la banda delincriminal frente a la gravedad del daño causado a la comunidad, tal como se desprendía de las conversaciones telefónicas interceptadas.

Bajo los anteriores parámetros, la Fiscal Delegada concluyó que la medida de aseguramiento resultaba adecuada para proteger a las víctimas, a la comunidad y a los testigos, proporcional por la gravedad de la conducta y razonable porque obedece a la consecuencia lógica para obtener los fines de protección de la comunidad y al orden público.

El Juez procedió a resolver la solicitud de medida de aseguramiento y sostuvo que de los elementos de prueba aportados por la Fiscalía General de la Nación, se podía inferir que la medida de aseguramiento solicitada cumplía con los requisitos

---

2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.

3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

<sup>26</sup> Artículo 310. Peligro para la comunidad. Modificado por el art. 24, Ley 1142 de 2007. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad del hecho y la pena imponible, deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.

2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.

3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.

4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.

<sup>27</sup> Artículo 311. Peligro para la víctima. Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes.

<sup>28</sup> Artículo 312. No comparecencia. Modificado por el art. 25, Ley 1142 de 2007. Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, además de la modalidad y gravedad del hecho y de la pena imponible se tendrá en cuenta:

1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este.

3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.

contemplados en los artículos 308, 310, 311 y 312 del C.P.P. motivo por el cual avaló su imposición.

Finalmente, a folios 5 al 123 del cuaderno de pruebas N° 1 obra copia de la sentencia proferida el 21 de julio de 2017 por el Juzgado 4 Penal del Circuito de Cali con funciones de conocimiento, en la cual se decidió absolver a la señora ARLEN JACKELINE BENÍTEZ GONZÁLES en aplicación del principio del “*indubio – pro reo*”.

#### **4.2. Imputación del daño a la entidad accionada – Fiscalía General de la Nación.**

De acuerdo a las subreglas jurisprudenciales aplicables al caso concreto, la responsabilidad extracontractual del Estado se estructura bajo la plena prueba de los elementos contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política, esto es, del daño antijurídico y de su imputación a los entes demandados. Es imperioso que ambos elementos concurren para dar curso a las pretensiones indemnizatorias que se elevan en la demanda contencioso administrativa.

En el presente caso, como se estableció al momento de definir la legitimación en la causa por pasiva, se tiene que las pretensiones de la demanda se encuentran dirigidas únicamente a obtener la declaratoria de responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación.

En este marco, se procederá a establecer si la participación de la Fiscalía General de la Nación en la privación de la libertad de la accionante se ajustó a los requisitos exigidos por la ley penal procesal.

De los medios de prueba practicados se tiene lo siguiente:

La medida de aseguramiento de detención preventiva de la señora ARLEN JACKELINE BENÍTEZ GONZÁLES se consideró viable en virtud de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida al momento de su captura, los cuales hacían presumir a la capturada como integrante de la banda delincuenciales denominada como “*los parabólicos*” y por ende autora del delito de concierto para delinquir agravado.

Para la Fiscal Delegada, dicha medida era necesaria para hacer comparecer a la imputada al proceso, proteger los derechos de los testigos y de las víctimas y restaurar el orden público en toda la comunidad del Barrio Potrero Grande.

Para el Despacho, la actuación de la entidad accionada resultó adecuada y acorde a los elementos de prueba por lo cual la solicitud de medida aseguramiento se fundamentó en el cumplimiento de los requisitos contemplados en la normativa procesal penal, en concreto, aquellos consagrados en el artículo 308 referidos a la existencia de una inferencia razonable de autoría o participación en la conducta delictiva, y de forma alternativa, para precaver su no comparecencia al proceso.

Según la noticia criminal, los elementos materiales de prueba y la información recolectada por la Fiscalía General de la Nación, la capturada fue señalada por habitantes del barrio integrante de la organización criminal, información que se corroboró con la participación en las conversaciones telefónicas interceptadas.

Lo anterior permite afirmar que la inferencia razonable de autoría o participación como requisito para la imposición de medida de aseguramiento fue elaborada por

la autoridad accionada con base en pruebas legalmente recaudadas que permitían establecer con alto grado de probabilidad la comisión del delito imputado.

Ahora bien, en relación con el segundo de los requisitos a cumplir, estos es, cualquiera de las causales establecidas en los numerales del artículo 308 del estatuto procesal penal, la autoridad consideró que la imputada revestía un peligro real y actual para la sociedad, no solo atendiendo la modalidad y gravedad de la conducta desplegada, sino también porque de no imponerse una medida privativa de la libertad se afectarían los derechos de una comunidad entera como la residente en el Barrio Potrero Grande.

Bajo este panorama, es preciso concluir que la actuación de la Fiscalía General de la Nación que influyó en la privación de la libertad de la accionante se ajustó a lo que los medios de prueba permitían inferir en la etapa inicial del proceso, motivo por el cual no se puede inferir una falla en la prestación del servicio a cargo de dicha entidad y por ende se negarán las pretensiones de la demanda.

## **5. Costas.**

En cuanto a la condena en costas, se advierte que si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez “dispondrá” sobre este asunto, no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia de 30 de mayo de 2019<sup>29</sup> la norma bajo análisis impone al operador judicial determinar si en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación.

En el caso de autos no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan, así como tampoco está probada alguna conducta temeraria o dilatoria de la parte vencida, por lo tanto, las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE:**

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

---

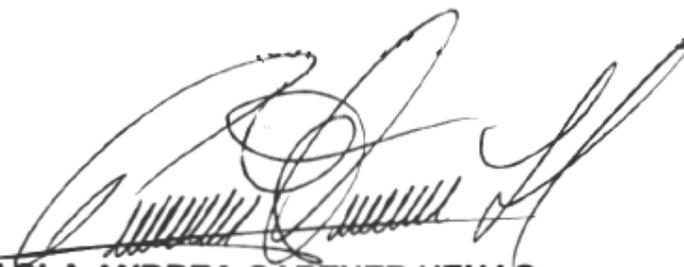
<sup>29</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “B” Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019):

(...) En el numeral quinto de la parte resolutive del fallo controvertido, se condenó en costas a la parte demandada. Al respecto, la Sala reitera lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso; descartándose así una apreciación que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas. (...)

**SEGUNDO: NEGAR** la condena en costas.

**TERCERO: ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI, una vez ejecutoriada esta providencia. Devolver los remanentes a que haya lugar.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**PAOLA ANDREA GARTNER HENAO**  
**JUEZ**

MAT