



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN TERCERA**

Juez: *ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE*

Bogotá D.C., quince (15) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: Reparación Directa
Radicación: 110013336038201500579-00
Demandantes: Johan Smith Pérez Beltrán y Otros
Demandada: Nación – Fiscalía General de la Nación
Asunto: Fallo primera instancia

El Despacho pronuncia sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, dado que el trámite se agotó en su integridad y no se aprecia ningún vicio que invalide lo actuado.

I.- DEMANDA

1.- Pretensiones

A través del presente medio de control, la parte demandante persigue puntualmente:

1.1. Declarar a la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** administrativamente responsable por la privación injusta de la libertad del señor **JOHAN SMITH PÉREZ BELTRÁN**.

1.2. Condenar a la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar a favor del señor **JOHAN SMITH PÉREZ BELTRÁN** y de los demás demandantes por concepto de orden material y moral como mínimo la suma de \$172.200.000.00, o conforme lo probado dentro del proceso, en su defecto, en forma genérica.

1.3. Ordenar que la condena respectiva sea actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 C.C.A.

*Sede Judicial del CAN – Carrera 57 No. 43-91 Piso 5°
Correo: jadmin38bta@notificacionesrj.gov.co
Bogotá D.C.*

2.- Fundamentos de hecho

El Despacho los resume de la siguiente manera:

2.1.- El 21 de septiembre de 2010, el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, ordenó la captura del Sargento Viceprimero Johan Smith Pérez Beltrán.

2.2.- El demandante fue capturado el 23 de septiembre de 2010 y en las audiencias preliminares la Fiscalía Décima de la Unidad Nacional de Terrorismo, solicitó se impartiera legalidad a la captura del demandante detenido, la cual fue acogida por el Juzgado 11 Penal con Función de Control de Garantías.

2.3.- En audiencia pública de imputación de cargos, la Fiscalía formuló contra varias personas, entre ellas, el señor Johan Smith Pérez Beltrán los delitos de concierto para delinquir en concurso con fabricación, tráfico, porte de armas, municiones o explosivos de uso privativo de las fuerzas militares, con fundamento en los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida por los miembros de la Policía Judicial que adelantó la investigación.

2.4.- El demandante imputado no aceptó los cargos formulados y en esa misma diligencia el Juzgado 11 Penal con Función de control de Garantías impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario como presunto autor de los delitos referidos.

2.5.- En audiencia de juicio oral celebrada el 4 de febrero de 2013, el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá con función de conocimiento, dictó el sentido del fallo absolutorio.

2.6.- El 22 de noviembre de 2013, el juez de conocimiento profirió la sentencia por escrito que puso fin al proceso penal en donde plasmó los fundamentos de la decisión absolutoria.

2.7.- La privación de la libertad de Johan Smith Pérez Beltrán causó reducción en los ingresos económicos de su familia conformada por sus menores hijos Johan Smith, Laura Vanessa y María Fernanda Pérez Mendoza, de la señora Andrea Patricia Quiroga Rodríguez y de los menores Karen Melissa, Nicole

Andrea y William David Parra Quiroga, lo que condujo al incumplimiento de sus obligaciones.

3.- Fundamentos de derecho

El apoderado de la parte demandante señaló como fundamentos jurídicos los artículos 4 y 90 de la Constitución Política; capítulo V de la Ley 23 de 1993, Ley 446 de 1998, Ley 640 de 2001, Ley 1285 de 2009, artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 – Código de Procedimiento Penal.

II.- CONTESTACIÓN

El apoderado judicial designado por la **Nación – Fiscalía General de la Nación** contestó la demanda con escrito radicado el 16 de diciembre de 2016¹, por medio del cual manifestó su oposición a las pretensiones y respecto de la situación fáctica narrada, se atuvo a lo probado dentro del proceso, por no constarle.

Cuestionó igualmente la forma como se tasaron los perjuicios en la demanda, para lo cual se apoyó en la posición jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Dentro del mismo escrito propuso las excepciones:

2.1.- Ausencia de nexo causal: Sostuvo que en el presente caso no existe una relación efecto- causa entre la actuación de la Fiscalía General de la Nación y el daño a indemnizar, el cual de encontrarse probado recaería en la imposición de la medida de aseguramiento proferida por un juez con funciones de garantías, actuación que escapa de la competencia del ente acusador.

2.2.- Hecho exclusivo de la víctima: Su único fundamento es que “la interceptación telefónica realizada el 23 de abril de 2000 (sic) donde el demandante principal acordó verse con Luis Horacio López Calle, alias “gafas” fue la causa de la investigación penal que se adelantó” contra el capturado.

2.3.- Falta de legitimación por pasiva: Esta excepción, en pocas palabras, se sustentó en que es la Fiscalía General de la Nación quien solicitó la imposición de la medida de aseguramiento, pero que en últimas quien tomó la decisión fue

¹ Folios 106 a 113 C. único

el Juez de Control de Garantías, lo que hace que la entidad carezca de legitimación material en la causa.

Sin embargo, en la audiencia inicial de 18 de enero de 2018², se declaró improbadamente este medio de defensa en consideración a que el fallo absolutorio a favor del demandante está soportado en que el ente acusador no aportó pruebas del hecho endilgado a esta persona.

Por tanto, la absolución con que se benefició el actor en gran medida se debió a la inactividad probatoria de la Fiscalía, de modo que de llegarse a configurar un daño antijurídico frente a los demandantes no es aceptable afirmar que esa entidad nada tuvo que ver con ello.

2.4.- Indebida representación judicial de la Fiscalía General de la Nación a la Rama Judicial: Se soporta en que la entidad accionada no tiene la capacidad jurídica para representar a la Rama Judicial, autoridad facultada por la Ley 906 de 2004 para imponer la medida de aseguramiento, razón por la cual solicitó la vinculación de dicha entidad al presente litigio.

Sin embargo, en la audiencia inicial, también se desestimó esta argumentación y se negó la solicitud impetrada en consideración a que la obligación surgida de las actuaciones adelantadas en el proceso penal contra Johan Smith Pérez Beltrán son solidarias y por tanto se respeta la elección que hizo la parte demandante de reclamar la responsabilidad por parte del ente de control sin que sea imprescindible la comparecencia de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial como representante de la Rama Judicial para emitir decisión de fondo.

Frente a las excepciones planteadas por la demanda, el mandatario judicial de la parte actora, guardó silencio.

III.- TRÁMITE DE INSTANCIA

La demanda fue presentada el 19 de agosto de 2015³ correspondiéndole por reparto a este Despacho, por lo que, mediante auto de 15 de diciembre de 2015, inadmitió el medio de control a fin de que la parte demandante subsanara los

² Folios 126 a 130 C. único

³ Folio 73 C. único



defectos señalados⁴. Vencido el término legal previsto⁵, en providencia de 23 de febrero de 2016, se admitió la demanda de reparación directa respecto de Johan Smith Beltrán, Johan Smith Pérez Mendoza, Laura Vanessa Pérez Mendoza, Andrea Patricia Quiroga Rodríguez, Nicole Andrea Parra Quiroga y William David Parra Quiroga mientras que se rechazó la demanda frente a Karen Melissa Parra Quiroga y María Fernanda Pérez Mendoza y se dispuso que se hicieran las notificaciones del caso⁶.

Presentada la contestación en la forma arriba indicada, se profirió el auto de 28 de julio de 2017⁷, mediante el cual se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial, la que se surtió el 24 de octubre de 2017⁸, en la cual se agotaron todas y cada una de las etapas previstas al efecto.

La audiencia de pruebas se desarrolló el 24 de mayo de 2018, en la que se declaró finalizada la etapa probatoria y se dio traslado para alegar por escrito⁹.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- Parte demandante

El apoderado de esta parte, con documento radicado el 8 de junio de 2018¹⁰, reiteró su petición de fallo favorable a sus prohijados, hizo hincapié en la falla del servicio de la demandada, derivada de la falencia probatoria y ligereza para privar de la libertad a Johan Smith Pérez Beltrán, carga que no estaban en la obligación de sobrellevar los demandantes.

2.- Nación – Fiscalía General de la Nación

El mandatario judicial de esta entidad, con escrito presentado en la misma fecha¹¹, formuló sus alegatos de conclusión iterando la ausencia de responsabilidad en el caso de la referencia.

⁴ Folio 74 C. único

⁵ Folio 325 C. único

⁶ Folios 78 y 79 C. único

⁷ Folio 119 C. único

⁸ Folios 126 a 130 C. único

⁹ Folios 167 a 172 C. único

¹⁰ Folios 173 a 187 C. único

¹¹ Folios 188 a 192 C. único

Además, dedujo que los comportamientos y diálogos del sindicato con otros sujetos involucrados en los hechos delictivos de tráfico de armas y municiones en la modalidad de suministro de material bélico y de intendencia a la empresa criminal de Luis Horacio López Calle, alias “gafas”, “Horario”, “el gordo” o “Nacho”, coordinación y entrega de elementos de los almacenes de las unidades militares a su cargo y facilitar transporte para movilizar material bélico; fueron causa suficiente para su vinculación al proceso penal y en particular a la imposición de la medida lo que configura la eximente de responsabilidad de hecho exclusivo de la víctima.

V.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No rindió concepto.

VI.- CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Este Juzgado es competente para conocer el presente asunto, conforme lo señalado en los artículos 140, 155 numeral 6 y 156 numeral 6 del CPACA.

2.- Responsabilidad Administrativa del Estado – Privación Injusta de la Libertad

La Constitución Política en el artículo 90 consagra la Cláusula General de responsabilidad del Estado, en los siguientes términos: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”. La referida norma constitucional, tiene su desarrollo en el artículo 140 del CPACA, pero en lo atinente a la responsabilidad derivada del servicio que presta la administración de justicia el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia”, ha definido tres títulos jurídicos de imputación, a saber: i) El error judicial, ii) La privación injusta de la libertad y iii) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Ahora, el artículo 68 de la mencionada ley señala, en cuanto al título de imputación de privación injusta de la libertad, que “Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”.

Respecto del mencionado artículo la jurisprudencia del Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, ha indicado que las entidades judiciales, tanto en la etapa de instrucción como en la de juicio, están facultadas para adoptar medidas de restricción de la libertad de los ciudadanos siempre que exista fundamento jurídico para su decreto, lo que en principio supone que el Estado no está obligado a responder en todos los casos en que existe limitación del derecho a la libertad, sino solo en aquellos eventos en que se afecta sin una razón jurídica válida.

Igualmente, la jurisprudencia ha reconocido el carácter de fundamental del derecho a la libertad, por lo cual, en aras de efectivizar dicha garantía constitucional, había señalado que el régimen de responsabilidad en casos de privación de la libertad es objetivo, siempre y cuando se presente uno de los siguientes eventos:

1. El hecho investigado no ocurrió
2. El hecho investigado no constituye una conducta punible.
3. El investigado no cometió la conducta que se le endilga.
4. El investigado sea absuelto en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Además, el Consejo de Estado venía manifestando sobre esté título de imputación lo siguiente:

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

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

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

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

país o para cambiar de domicilio.”¹²

A la luz del anterior pronunciamiento debía verificarse si la absolución del demandante obedeció a la configuración de alguno de los anteriores supuestos, caso en el cual el régimen de responsabilidad bajo el cual debía analizarse el asunto era el objetivo, en el cual bastaba con demostrar el daño antijurídico y el nexo de causalidad, esto es, que fuera imputable a la entidad demandada, para así declarar administrativamente responsable al Estado, sin que fuera necesario evaluar la conducta subjetiva del órgano jurisdiccional, es decir, el eventual funcionamiento irregular, defectuoso o tardío en el curso del proceso penal.

Para ese entonces la jurisprudencia de igual forma había señalado que el Estado se eximía de responsabilidad si se comprobaba que el sindicado había incurrido en culpa exclusiva, tal como lo revela el siguiente extracto:

“Aunque los hechos probados no ofrecieron certeza para establecer la responsabilidad penal del accionante por los delitos que se le imputaron, ello difiere de la responsabilidad que se pretende atribuir al Estado por la privación de la libertad, en la que sí se demostró, según los lineamientos establecidos en la Ley 270 citada y el Código Civil, que la conducta del demandante, constitutiva de culpa grave, fue determinante para que se adelantara investigación en su contra y sufriera el daño que padeció.

Lo dicho, por cuanto la culpa grave es una de las especies de culpa o descuido, según la distinción establecida en el artículo 63 del Código Civil, también llamada negligencia grave o culpa lata, que consiste en no manejar los negocios con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, es decir, aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona imprime a sus actuaciones y que en materia civil equivale al dolo, como lo consagró la norma en cita y que también se presentó en este asunto.”¹³

Sin embargo, en reciente pronunciamiento la plenaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó la jurisprudencia en torno a la privación injusta de la libertad bajo la siguiente regla¹⁴:

“PRIMERO: MODIFÍCASE LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección “C”. Sentencia de 26 de abril de 2017. Reparación Directa No. 250002326000200601109-01(41879). Actor: Myriam Velásquez Castañeda y otros. Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – DAS – Consejo Superior de la Judicatura y otros. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia de 19 de julio de 2017. Reparación Directa No. 250002326000200900138-01(44013). Actor: Agustín Bolívar Díaz y otros. Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional. C.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2018. Reparación Directa No. 6600123-31-000-2010-00235-01(46.947). Actor: Martha Lucía Ríos Cortés y otros. Demandado: La Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación. C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y **UNIFÍCANSE** criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:

- 1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;
- 2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,
- 3)Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

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

La nueva posición jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado se basó en razonamientos de los cuales el Despacho solamente se permite retomar los que considera pertinentes para el *sub lite*. Veamos:

“4.3. El principio de presunción de inocencia

La postura hoy vigente de la Sala también se edificó sobre el principio de la presunción de inocencia, en los siguientes términos:

“**d.** Todos los argumentos hasta ahora desarrollados cobran mayor fuerza si se tiene en cuenta que tanto el fundamento como los intereses o derechos que se encuentran en juego en asuntos como el *sub examine*, radicado (sic) en cabeza de la persona preventivamente privada de la libertad mientras se surten la investigación penal o el correspondiente juicio, cuya absolución posteriormente se decide en aplicación del beneficio de la duda, corresponde (sic), ni más ni menos, que a **la presunción constitucional de inocencia**, como garantía consustancial a la condición humana y de la cual, en este tipo de casos, el sindicado goza al momento de ser detenido, la mantiene durante todo el tiempo por el cual se prolonga su privación de la libertad y, en la medida en que nunca puede ser desvirtuada por el Estado, cuando se pone término, definitivamente, al procedimiento penal, la conserva incólume, de manera tal que, sin solución de continuidad, una persona a la que la Carta Política le atribuye y le ha mantenido, sin ambages, la condición de inocente, tuvo que soportar —injusta y antijurídicamente— quizás la más aflictiva de las restricciones a su derecho fundamental a la libertad.

“Además, desde la perspectiva de la presunción constitucional de inocencia resultaría abiertamente contradictorio sostener, de una parte, que en materia penal al procesado que estuvo cautelarmente privado de su libertad y que resultó absuelto y, por tanto, no condenado —cualquiera que hubiere sido la razón para ello, incluida, por supuesto, la aplicación del principio *in dubio pro reo*, pues como lo ha indicado la Sección Tercera, no existen categorías o gradaciones entre los individuos inocentes (total o parcialmente inocentes)¹⁵— el propio Estado lo debe tener como inocente para todos los efectos,

¹⁵ “Al respecto, se ha sostenido lo siguiente: ‘La Sala no pasa por alto la afirmación contenida en la providencia del Tribunal Nacional que hizo suya el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el sentido de que la conducta de los implicados no aparecería limpia de toda ‘sospecha’, pues entiende, que frente a la legislación procesal penal colombiana, la sospecha no existe y mucho menos justifica la privación de la libertad de una persona.

‘(...)

‘La duda, en materia penal, se traduce en absolución y es ésta precisamente a la luz del art. 414 del C.P.P. la base para el derecho a la reparación. Ya tiene mucho el sindicado con que los jueces que lo investigaron lo califiquen de ‘sospechoso’ y además se diga que fue la duda lo que permitió su absolución, como para

acompañado siempre por esa presunción constitucional que jamás le fue desvirtuada por autoridad alguna y por lo cual no podrá registrársele anotación en sus antecedentes judiciales con ocasión de ese determinado proceso penal; sin embargo, de otra parte, en el terreno de la responsabilidad patrimonial, ese mismo Estado, en lo que constituiría una contradicción insalvable, estaría señalando que el procesado sí estaba en el deber jurídico de soportar la detención a la cual fue sometido, cuestión que pone en evidencia entonces que la presunción de inocencia que le consagra la Constitución Política en realidad no jugaría papel alguno –o no merecería credibilidad alguna– frente al juez de la responsabilidad extracontractual del Estado e incluso, en armonía con estas conclusiones, se tendría que aceptar que para dicho juez tal presunción sí habría sido desvirtuada, aunque nunca hubiere mediado fallo penal condenatorio que así lo hubiere declarado”.

El anterior argumento pierde fuerza en tanto que el principio de la presunción de inocencia no es incompatible con la detención preventiva. Veamos: por un lado, la imposición de esta clase de medida busca asegurar la comparecencia del sindicado al proceso (como lo admite el ordenamiento jurídico)¹⁶ y, por otro lado, aquel principio sólo resulta desvirtuado una vez se agotan los trámites propios del proceso penal, mediante la decisión de declaratoria de responsabilidad en firme, pues, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución, “*toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable*”, garantía refrendada en tratados internacionales ratificados por Colombia como la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en el artículo 8, dispone que “*toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*”, y como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual prescribe que “*toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*” (artículo 14.2).

Entonces, como las medidas preventivas y las privativas de la libertad son de carácter cautelar, mas no punitivo -pues, según el numeral 3 del artículo 37 del Código Penal, “*la detención preventiva no se reputa como pena*”- puede asegurarse que no riñen, de manera alguna, con la presunción de inocencia, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, dado que esa presunción se mantiene intacta mientras a la persona investigada “*no se le haya declarado judicialmente culpable*” (art. 29 C.P.), esto es, “*mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*” (Convención Americana sobre Derechos Humanos) o, lo que es lo mismo, “*mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*”¹⁷, a pesar de lo cual es válidamente posible limitarle su libertad en forma temporal, tal como lo prevén la Constitución (art. 28¹⁸) y la ley (v.gr. artículo 308 del actual

que esta sea la razón, (sic) que justifique la exoneración del derecho que asiste a quien es privado de la libertad de manera injusta.

'(...)

'Ante todo la garantía constitucional del derecho a la libertad y por (sic) supuesto, la aplicación cabal del principio de inocencia. La duda es un aspecto eminentemente técnico que atañe a la aplicación, por defecto de prueba, del principio In dubio pro reo. Pero lo que si (sic) debe quedar claro en el presente asunto es que ni la sospecha ni la duda justifican en un Estado social de Derecho la privación (sic) de las personas, pues (sic) se reitera, por encima de estos aspectos aparece la filosofía garantística del proceso penal que ha de prevalecer. Aquí, como se ha observado, sobre la base de una duda o de una mal llamada sospecha que encontrarían soporte en un testimonio desacreditado, se mantuvo privado de la libertad por espacio de más de tres años al demandante, para final pero justificadamente otorgársele la libertad previa absolución' (se destaca) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997, expediente 11.754, actor Jairo Hernán Martínez Nieves)”.

¹⁶ Artículo 250 de la Constitución, artículo 355 de la Ley 600 de 2000 y numeral 3 del artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

¹⁷ Declaración Universal de derechos Humanos, artículo 11.

¹⁸ “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

“La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. “En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles” (se subraya).

Código de Procedimiento Penal): en efecto, en sentencia C-689 de 1996, al decidir sobre la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 228 de 1995¹⁹, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

“La presunción de inocencia, en la cual descansa buena parte de las garantías mínimas que un Estado democrático puede ofrecer a sus gobernados, no riñe, sin embargo, con la previsión de normas constitucionales y legales que hagan posible la aplicación de medidas preventivas, destinadas a la protección de la sociedad frente al delito y a asegurar la comparecencia ante los jueces de aquellas personas en relación con las cuales, según las normas legales preexistentes, existan motivos válidos y fundados para dar curso a un proceso penal, según elementos probatorios iniciales que hacen imperativa la actuación de las autoridades competentes.

“La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1 (sic), de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución.

“La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal”²⁰ (se subraya).

De igual forma, en sentencia C-695 de 2013, en la que decidió acerca de la constitucionalidad de la expresión “o que no cumplirá la sentencia” contenida en el numeral 3 del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, dicha Corporación reiteró aquella posición, en los siguientes términos:

“En síntesis... las medidas de aseguramiento tienen un carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad del imputado o acusado. No constituyen por ende una sanción como tal, como quiera que su naturaleza siempre será la de una actuación cautelar, eminentemente excepcional, cuyo carácter es meramente instrumental o procesal, más no punitivo, esto es, no debe estar precedida de la culminación de un proceso, pues tal exigencia... desnaturalizaría su finalidad, se insiste, preventiva”.

No obstante, es necesario rectificar la tesis conforme a la cual la medida de aseguramiento de detención preventiva, aun cuando constitucional, pugna con la presunción de inocencia, en primer lugar, porque la libertad no es un derecho absoluto (como luego se expondrá -ver infra, numeral 4.4.) y, en segundo lugar, por cuanto aquella forma de restricción de la libertad no tiene relación alguna con esta última presunción, ni mucho menos comporta un desconocimiento de la misma, ya que, en la medida en que durante el proceso penal no se profiera una sentencia condenatoria, la inocencia del implicado se mantiene intacta; por consiguiente, si la terminación del proceso responde a su preclusión y si, por igual razón, la inocencia de la persona se sigue presumiendo, no hay cabida a hablar de un daño (mucho menos antijurídico) ni de una privación injusta de la libertad sobre la cual se pueda edificar un deber indemnizatorio fundamentado exclusivamente en la vulneración de dicha presunción.

Sobre el particular, ya la Subsección C de esta Sala, en algunos casos, se ha pronunciado en los siguientes términos (se transcribe literal):

“...la Sala entiende que así no se haya logrado desvirtuar la presunción de inocencia, no en todos los casos procede la indemnización, sin que ello menoscabe el derecho constitucional fundamental a la libertad, comoquiera que la antijuridicidad del daño, como elemento que da derecho a la reparación, no puede confundirse con la tipicidad,

¹⁹ “Por la cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones”.

²⁰ Al respecto, también se puede consultar, entre otras, la sentencia C-774 de 2001.

antijuridicidad y culpabilidad, en cuanto presupuestos que probados conjuntamente y con certeza judicial, a toda prueba, convergen para desvirtuar la presunción de inocencia.

“Es que la cláusula general de responsabilidad de la administración en todos los aspectos y en materia de privación injusta de la libertad igualmente, reclama de la víctima una conducta ajena a las consecuencias adversas sufridas por ella misma, pues sabido es que a la par de los derechos, los asociados tienen deberes entre los que se debe destacar no incurrir en acciones u omisiones que pongan en entre dicho su cumplimiento, entre los que se tiene el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, relacionados uno y otro con el de colaborar con la administración de justicia”²¹.

Ahora, como se sabe, a medida que transcurre el proceso penal la exigencia de la prueba sobre la responsabilidad en la comisión de un hecho punible es mayor, de modo que, para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva, basta que obren en contra de la persona sindicada del hecho punible indicios graves de responsabilidad penal, según los ya mencionados artículos 388²² del Decreto 2700 de 1991, 356²³ de la Ley 600 de 2000 e, incluso, el 308²⁴ del Código de Procedimiento Penal hoy vigente; pero, dicha carga cobra mayor exigencia a la hora de proferir sentencia condenatoria, toda vez que para ello se requiere plena prueba de la responsabilidad. Así, las decisiones que se profieren en cada una de las etapas de la investigación tienen requisitos consagrados en disposiciones adjetivas distintas y, por ello, unos son los requisitos sustanciales que se exigen para que proceda la imposición de la medida de detención preventiva (contemplados en los artículos recién citados), otros los que se dan para calificar el mérito del sumario a través de la resolución de acusación (artículos 441 y 442 del Decreto 2700 de 1991, artículos 397 y 398 de la Ley 600 de 2000 y artículos 336 y 337 de la Ley 906 de 2004) y otros -bien distintos- los existentes para condenar, pues para esto último es preciso, como ya se dijo, tener total convicción, esto es, certeza plena de la responsabilidad del enjuiciado en la comisión del ilícito.

Por consiguiente, puede llegar a ocurrir que estén reunidas las condiciones objetivas para resolver la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento de detención preventiva e, incluso, para proferir resolución de acusación en su contra y que, finalmente, la prueba recaudada permita absolverlo o resulte insuficiente para establecer su responsabilidad penal, evento este último en el cual debe prevalecer la presunción de inocencia o, si es del caso, la decisión debe sujetarse al principio de *in dubio pro reo*, pero nada de ello implica, por sí mismo, que los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan sido necesariamente desvirtuados en el proceso penal y que la privación de la libertad haya sido, por tanto, injusta. Por esta razón, pretender que la imposición de una medida de aseguramiento, como la detención preventiva, se funde en la recaudación de una plena prueba de responsabilidad penal no es otra cosa que la contraposición a los postulados procesales dispuestos para tal fin por el legislador y a las atribuciones que la Constitución ha

²¹ Sentencia del 28 de mayo de 2015 (expediente 22811). También se pueden ver las sentencias de esa misma Subsección proferidas el 6 de abril de 2011 (expediente 19225), el 28 de mayo de 2015 (33907) y el 30 de abril de 2014 (expediente 27414).

²² “Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando (sic) contra del (sic) sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso...”.

²³ “Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva. “Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso...”.

²⁴ “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...”.

otorgado con ese mismo propósito a los jueces y a los órganos de investigación.

Ciertamente, unas son las circunstancias en las que a la decisión absolutoria se arriba como consecuencia de la ausencia total de pruebas en contra del sindicado, lo que afecta, sin duda, el sustento fáctico y jurídico de la detención preventiva, pues no puede aceptarse de ninguna manera que, pese a la falta de pruebas o indicios el Estado adopte la decisión de aplicar al investigado esa medida restrictiva de su libertad y le imponga efectivamente dicha carga y otras, en cambio, son las circunstancias que tendrían lugar cuando, a pesar de haberse recaudado diligentemente la prueba necesaria para proferir medida de aseguramiento y, luego, resolución de acusación en contra del sindicado, se concluye que no hay lugar a dictar una sentencia condenatoria.

En punto a lo anterior, aun cuando, para acudir a la jurisdicción administrativa y reclamar la reparación de los perjuicios que se derivan de la privación de la libertad, no se puede prescindir del pronunciamiento que pone fin al proceso penal, la atención del juez se debe centrar en determinar si el daño derivado de la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva, esto es, la privación de la libertad, se mostró como antijurídico, toda vez que en lo injusto de ella radica la reclamación del administrado, al margen de cómo haya seguido su curso la correspondiente investigación y del sustento fáctico y jurídico de la providencia de absolución o de preclusión, según sea el caso, pues, se reitera, puede suceder que el caudal probatorio no tuvo la suficiente fuerza de convencimiento para llevar al juez a proferir una sentencia condenatoria, pero ello no da cuenta, *per se*, de que la orden de restricción haya llevado a un daño antijurídico.”

Es claro, según la sentencia de unificación que se cita en precedencia, que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad salió del terreno objetivo en que se hallaba, para señalar en su lugar que no habrá injusticia en el confinamiento del implicado si no obstante haberse beneficiado con un fallo absolutorio o con una preclusión de la investigación, la orden de captura que se libró en su contra tuvo un fundamento objetivo y serio.

En estos casos, puntualizó la más reciente sentencia de unificación, que si bien el sindicado sufre un daño, este no alcanza la connotación de antijurídico, siempre y cuando la orden de detención esté basado en pruebas fehacientes que la hagan necesaria y procedente.

3.- Caso en concreto

El señor Johan Smith Pérez Beltrán y algunos de sus familiares más cercanos, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la Fiscalía General de la Nación, para que sea declarada administrativamente responsable de los daños causados con ocasión de la privación de la libertad de que fue objeto el demandante como presunto coautor responsable de los delitos de concierto para delinquir en concurso con fabricación, tráfico, porte de armas, municiones o explosivos de uso privativo de

las fuerzas militares agravado por la utilización de medios motorizados, durante el tiempo comprendido entre el 23 de septiembre de 2010 y hasta cuando se le concedió libertad en virtud del fallo absolutorio dictado por el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá.

En opinión del abogado de los accionantes en el *sub lite* se configura la privación injusta de la libertad porque la investigación y detención intramural de Johan Smith Pérez Beltrán fueron rescindidas con la absolución proferida a su favor.

El Despacho recuerda, pues este es el momento oportuno para hacerlo, que la Sección Tercera del Consejo de Estado le dio un giro radical a su jurisprudencia sobre privación injusta de la libertad. Tomó la sentencia de unificación anterior para desnudar su contrariedad con tratados internacionales adoptados por el Estado Colombiano, con la Constitución de 1991 y así mismo con la legislación que puntualmente gobierna lo relativo a la facultad con que cuentan los jueces penales de control de garantías para capturar a las personas que presenten en su contra indicios serios de haber participado en la comisión de delitos.

De igual modo, recordó que la captura, en tanto se ajuste a los dictados de la ley, no desconoce el principio de presunción de inocencia, el cual se conserva a favor del implicado hasta tanto se demuestre lo contrario en fallo debidamente ejecutoriado. Esto, gracias a que el estado de conocimiento que se requiere en materia penal no es el mismo para imponer la medida de aseguramiento que para condenar a una persona, debido a que para privar a un sujeto de la libertad se requiere de graves indicios en su contra, mientras que para condenarla hay que recaudar plena prueba para arribar al grado de certeza más allá de toda duda razonable.

Por lo mismo, bajo la actual sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, no es posible hablar de una responsabilidad objetiva de organismos como la Fiscalía General de la Nación, por el solo hecho de que el sindicado resulte absuelto. Es claro que la absolución, *per se*, no hace injusta la captura de una persona, hoy por hoy, se requiere un esfuerzo probatorio y argumentativo mucho mayor, dado que a la parte actora le concierne demostrar que la medida de aseguramiento no se avino a los parámetros normativos establecidos con tal fin.

Se refiere el Despacho a los artículos 306 y 308 de la Ley 906 de 2004 “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”, que dicen:

Sede Judicial del CAN – Carrera 57 No. 43-91 Piso 5°
Correo: jadmin38bta@notificacionesrj.gov.co
Bogotá D.C.

“Artículo 306. Solicitud de imposición de medida de aseguramiento. El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.”

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

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado 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. [El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-695 de 2013]”

Por tanto, la labor del operador judicial en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, a la luz de la sentencia de unificación recientemente expedida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, no se puede limitar a verificar si la persona privada de la libertad fue absuelta en el proceso penal, pues está visto que esa circunstancia no hace injusta la privación de la libertad impuesta a la misma.

Lo que corresponde hacer, en cambio, es verificar si cuando se impuso la medida de aseguramiento estaban reunidos los requisitos señalados en las normas arriba copiadas. Si no se satisfacían esos presupuestos, claramente se puede afirmar que la confinación fue injusta.

Del material probatorio allegado oportunamente, se evidencia:

Que en la sentencia de 22 de noviembre de 2013²⁵, por medio de la cual el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá D.C., absolvió al demandante Johan Smith Pérez Beltrán del cargo que le había sido imputado, se relata que la investigación se originó a raíz de los siguientes eventos:

En enero de 2010, la Fiscalía General de la Nación tuvo conocimiento de una

²⁵ Folios 22 a 41 C. único



fueron fuente no formal de una organización delincuencial dedicada al tráfico de armas y municiones en Bogotá y diferentes departamentos del país, liderada por Horacio López Calle, alias “gafas”, “Horacio”, “el gordo” o “Nacho” e integrada por familiares, miembros y ex miembros del Ejército Nacional, la Policía Nacional y organismos de seguridad del Estado.

Las interceptaciones telefónicas realizadas corroboraron la información recibida y permitió individualizar a veintisiete personas involucradas en la provisión, almacenamiento, ensamblaje, comercialización, asesoría, financiación, legalización y transporte de material de guerra e intendencia.

Diferentes eventos orquestados en los que se capturaron en flagrancia a varios de los integrantes de dicha organización criminal.

De la información recopilada, el ente investigador determinó que el señor Johan Smith Pérez Beltrán pertenecía a la organización delincuencial con el alias de “Pérez” cuyas funciones eran las de suministrar material bélico y de intendencia a la empresa criminal de Horacio López Calle, coordinar la entrega de algunos elementos, presuntamente hurtados de los almacenes de las unidades militares encargadas bajo el rango de suboficial del Ejército Nacional y facilitar el carro taller que él conducía para transportar material bélico.

También se narra en la parte introductoria de ese fallo, que mediante la recopilación de llamadas telefónicas se advierte una intercomunicación entre el demandante y los delincuentes, propias de una organización delincuencial al margen de la ley, al punto que le ofrecieron un caballo como remuneración, sin que hubiese aceptado o rechazado tal oferta.

El juez de primera instancia al dictar el fallo consideró que el aspecto objetivo de las conductas punibles no ofrece problemas probatorios, por cuanto fehacientemente se estableció la existencia de la organización delincuencial dedicada al tráfico de material de guerra e intendencia con destino principalmente al frente 36 de las FARC, integrada por varias personas con distribución de roles específicos y liderada por Luis Horacio López Calle, alias “gafas” quien aceptó cargos por estos delitos.

Sin embargo, en cuanto a la situación particular del demandante en calidad de procesado, advirtió que la interceptación de 23 de abril de 2010 en donde éste acordó verse con Luis Horacio López Calle, en un restaurante, demostró un trato

directo con el delincuente, pues reveló que ellos se conocían, situación que pese a ser reprochable por su calidad de sargento del Ejército Nacional no era equivalente a una conducta punible. Asimismo, refirió que el transporte de armas para la organización criminal pudo ser una conducta ejecutada por el demandante al no levantar sospecha por su vinculación con una fuerza pública sin embargo, no tuvo vocación de prosperidad ante la falta de base probatoria.

La anterior argumentación llevó al Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá a dar aplicación al principio de *"in dubio pro reo"*, anclado a la resolución de las dudas en favor del demandante.

De lo anterior, se establece que el ente de control accionado ordenó la captura, entre otros, del señor Johan Smith Pérez Beltrán porque contaba con una serie de *"eventos"* como: (i) información no formal de una organización delincriminal dedicada al tráfico de armas y municiones a nivel nacional, liderada por Horacio López Calle e integrada por familiares, miembros y ex miembros de la Fuerza Pública, (ii) interceptaciones telefónicas que corroboraron la información recibida y permitieron la individualización de veintisiete personas involucradas, (iii) captura en flagrancia de varios integrantes de la organización criminal, (iv) interceptación de llamadas telefónicas, entre ellas una de 23 de abril de 2010 sostenida entre el aquí demandante y Luis Horacio López Calle para encontrarse personalmente y (v) aceptación de cargos por parte de Luis Horacio López Calle, alias *"gafas"* respecto de los delitos imputados como líder de la organización criminal.

Ante ese conjunto de elementos probatorios no se puede cuestionar la actuación de la entidad demandada porque se haya ordenado la privación de la libertad de Johan Smith Pérez Beltrán. En ese momento el contacto o trato directo del demandante con Luis Horacio López Calle, la condición de miembro de la fuerza pública con acceso a los almacenes de las unidades militares y la disponibilidad de un vehículo automotor para transportar material de guerra sin restricción, se configuraron en graves indicios que apuntaban probablemente a la comisión de actividades ilícitas y en particular de su muy posible vinculación a la organización criminal que se dedicaba a la fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de guerra e intendencia con destino principalmente al frente 36 de las FARC.

Por lo mismo, la medida de detención preventiva domiciliaria que se le impuso resultaba viable a la luz de lo previsto en los numerales 2° del artículo 308, 1°

del artículo 310 y 1° del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, dado que Johan Smith Pérez Beltrán, por existir fuertes indicios de que era integrante de una banda criminal organizada que tenía nexos con un grupo subversivo, en efecto representaba un peligro para la seguridad de la sociedad, a quien era menester proteger de manera eficaz, así como a la comunidad residente en el municipio de Cabrera.

Así, por estar acreditado que Johan Smith Pérez Beltrán representaba un peligro futuro para la seguridad de la comunidad y ante las evidencias que tuvo en su poder el juez de control de garantías, insiste el Juzgado en que la medida de aseguramiento que se le impuso estuvo ajustada a derecho y se avenía a una de las causales arriba mencionadas, relativa a proteger a la comunidad de la continuidad en la actividad delincuencia.

Por último, si bien es cierto que Johan Smith Pérez Beltrán fue absuelto de los cargos imputados, decisión motivada en el *in dubio pro reo*, también lo es que como lo señaló la más reciente sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el régimen de responsabilidad objetiva desapareció y en su lugar se instaló un régimen de responsabilidad subjetiva que obliga a examinar la validez de la medida de aseguramiento de cara a las normas procesales que la gobiernan y del acervo probatorio en contra del sindicado, toda vez que la privación de la libertad se torna injusta, no por la inocencia declarada del encartado, sino porque la medida de aseguramiento se haya librado con desconocimiento del marco jurídico que la gobierna, lo que no acontece en esta oportunidad.

Por tanto, el Juzgado declarará probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada como “Ausencia de nexos causal” y “Hecho exclusivo de la víctima”, en consecuencia, negará las pretensiones de la demanda.

5.- Costas

Si bien el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe que “la sentencia dispondrá sobre la condena en costas”, de ello no se sigue necesariamente que ante un pronunciamiento adverso la parte vencida deba ser condenada en costas. Por tanto, el Juzgado considera que en este caso no hay lugar a imponer condena en costas a la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo Oral – Sección Tercera del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

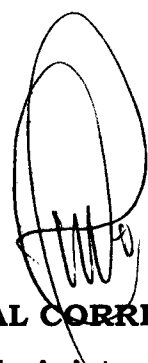
PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de mérito “Ausencia de nexo causal” y “Hecho exclusivo de la víctima”, formuladas por la entidad demandada.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda de **REPARACIÓN DIRECTA** promovida por **JOHAN SMITH PÉREZ BELTRÁN Y OTROS** contra la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: ORDENAR la liquidación de los gastos procesales, si hay lugar a ello. Una vez cumplido lo anterior **ARCHÍVESE** el expediente dejando las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE
Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.

mdbb