



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., diecinueve (19) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: Reparación Directa
Radicación: 110013336038201400015-00
Demandantes: James Gil Cortés y otros
Demandadas: Nación – Fiscalía General de la Nación y otra
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 **JAMES GIL CORTÉS**.

1.2. Condenar a la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar a favor del señor **JAMES GIL CORTÉS** y de los demás demandantes por concepto de daño moral la suma de \$206.325.000.00.

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

1.4. Condenar en cosas y agencias en derecho a la entidad demandada.

*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 8 de julio de 2006 el patrullero de la Policía Nacional James Gil Cortés junto con el mayor Francisco Gélvez Alemán, participaron en el operativo Platino IV, donde se incautaron elementos puestos a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

2.2.- El 6 de octubre de 2006, ante el Juzgado Veintiocho Penal Municipal en Función de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía General de la Nación solicitó la orden de captura en contra de James Gil Cortés por la presunta comisión de los delitos tipificados como concierto para delinquir en concurso heterogéneo con cohecho propio, prevaricato por omisión agravado por ser en actuación judicial, ocultamiento alteración o destrucción de elementos materiales probatorio y falsedad ideológica en documento público.

2.3.- El Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, en audiencia pública celebrada los días 7 y 8 de octubre de 2006, legalizó la captura de James Gil Cortés e imputó los cargos de peculado por apropiación agravado, prevaricato por omisión (por haber omitido judicializar a 14 personas capturadas), en concurso con el delito de falsedad ideológica en documento público, y con el delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio.

2.4.- El 20 de agosto de 2010, el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Bogotá con Funciones de Conocimiento realizó audiencia preparatoria en la que el defensor del demandante solicitó la preclusión de la investigación.

2.5.- El 15 de diciembre de 2010, el Juzgado 20 Penal de conocimiento dictó sentencia parcialmente a favor de Jaime Gil Cortés, precluyó la investigación por el delito de peculado culposo y continuó la investigación frente al delito de falsedad ideológica en documento público.

2.6.- El 30 de noviembre de 2011, el Juzgado 24 Pernal del Circuito de Conocimiento de Bogotá fijó fecha para audiencia preparatoria respecto del delito que siguió su curso.

2.7.- El 18 de enero de 2012 el Juzgado 24 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá realizó audiencia de lectura de fallo de preclusión de la investigación, en el que se absolvió a James Gil Cortés.

2.8.- El demandante estuvo privado de la libertad por más de 5 años y 4 meses.

3.- Fundamentos de derecho

El apoderado de la parte demandante señaló como fundamentos jurídicos los artículos 2, 6, 13, 28, 29 y 90 de la Constitución Política; artículos 65 a 68 Ley 270 de 1996, artículos 297, 308 y 336 Ley 906 de 2004, artículo 140 de la Ley 1437 de 2011.

II.- CONTESTACIÓN

2.1.- El apoderado judicial designado por la **Nación – Fiscalía General de la Nación** contestó la demanda con escrito radicado el 8 de agosto de 2014¹, 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.

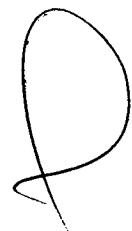
Cuestionó igualmente la forma como se tasaron los perjuicios en la demanda, para lo cual se apoyó en la posición jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

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 control de garantías, actuación que escapa de la competencia del ente acusador.

Dentro del mismo escrito propuso las excepciones:

2.1.1.- Culpa de la víctima: Su único fundamento es que la actitud de los investigados al momento del procedimiento adelantado ante el juez de control de garantías fue negligente ya que no hicieron uso de recurso alguno frente las decisiones adoptadas.

¹ Folios 295 a 316 C. principal 2



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

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

2.2.- El apoderado judicial designado por la **Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial** contestó la demanda con escrito radicado el 21 de abril de 2016², 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.

Dentro del mismo escrito propuso la excepción de “falta de agotamiento del requisito de procedibilidad”, que en pocas palabras, se sustentó en que frente a esta entidad accionada, la parte actora no acreditó que la hubiera convocado para tramitar conciliación prejudicial.

Ante la excepción planteada por la Nación – Rama Judicial, el mandatario judicial de la parte actora, presentó su inconformidad a la misma, ratificando la responsabilidad de las entidades que integran la parte pasiva del presente medio de control.

En la audiencia inicial celebrada el 31 de octubre de 2017³, se declaró improbadó este medio de defensa en consideración a que la vinculación de la Nación – Rama judicial se dio con posterioridad a la admisión de la demanda, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 61 del CGP. En tal sentido, le era permitido a la parte actora no haber citado a dicha entidad al trámite conciliatorio prejudicial.

III.- TRÁMITE DE INSTANCIA

La demanda fue presentada el 17 de enero de 2014⁴ correspondiéndole por reparto a este Despacho, por lo que, mediante auto de 25 de febrero de 2014, inadmitió el medio de control a fin de que la parte demandante subsanara los

² Folios 348 a 359 C. principal 2

³ Folios 407 a 409 C. principal 2

⁴ Folios 258 y 259 C. principal 2

defectos señalados⁵. Con escrito allegado oportunamente⁶, una vez vencido el término legal previsto, el 29 de abril de 2014, se admitió la demanda de reparación directa presentada por James Gil Cortés, Bertha Cortés de Gil, Eduard Gil Cortés, Walner Gil Cortés, Milena Gil Cortés y Elmer Gil Cortés contra la Nación – Fiscalía General de la Nación y se dispuso que se hicieran las notificaciones del caso⁷.

Presentada la contestación por la Nación – Fiscalía General de la Nación en la forma arriba indicada, se profirió el auto de 24 de marzo de 2015⁸, mediante el cual se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial, la que se surtió el 13 de julio de 2015⁹, en la cual se agotaron todas y cada una de las etapas previstas al efecto.

La audiencia de pruebas se desarrolló el 18 de enero de 2016, en la que se ordenó la vinculación de la Nación – Rama Judicial o Dirección Ejecutiva de Administración Judicial como litisconsorte necesario de la demandada y ordenó su notificación del presente medio de control¹⁰.

Notificada en debida forma, la Nación – Rama Judicial contestó demanda como se indicó previamente, se profirió auto de 12 de julio de 2016¹¹, mediante el cual se fijó fecha y hora para llevar a cabo audiencia inicial en lo que atañe a este sujeto procesal, posteriormente reprogramada para el 31 de octubre de 2017¹², en la cual se agotaron todas y cada una de las etapas procesales previstas en el artículo 180 del CPACA.

La audiencia de pruebas se desarrolló el 26 de abril de 2018, en la que se recibieron las declaraciones de Claudia Patricia Bohórquez Rivera, Nelson Andrés Castro Cortés y se desistió de los testimonios de Blanca María Hernández Bocanume y Leidy Diana Bohórquez Rivera, se declaró finalizada la etapa probatoria y se dio traslado para alegar por escrito¹³.

⁵ Folio 261 C. principal 2

⁶ Folios 262 a 267 C. principal 2

⁷ Folios 288 y 269 C. principal 2

⁸ Folio 317 C. principal 2

⁹ Folios 321 a 323 C. principal 2

¹⁰ Folios 342 y 343 C. principal 2

¹¹ Folio 363 C. principal 2

¹² Folios 407 a 409 C. principal 2

¹³ Folios 427 a 429 C. principal 2



IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- Demandada – Nación – Fiscalía General de la Nación

El mandatario judicial de esta entidad, con escrito presentado el 9 de mayo de 2018¹⁴, formuló sus alegatos de conclusión iterando la ausencia de responsabilidad en el caso de la referencia.

Además, refirió que la captura del demandante solo tuvo como finalidad la formulación de imputación ante el Juez de Control de garantías, por lo que, aunque hubo imputación, realmente no hubo por parte de la Fiscalía General de la Nación, solicitud de imposición de medida de aseguramiento al señor James Gil Cortés.

Arguyó que la entidad sí cumplió desde el inicio su carga procesal de demostrar los enunciados fácticos en los que basó su pretensión para la imposición de la medida de aseguramiento, acorde con lo previsto en la Ley 906 de 2004.

2.- Demandada – Nación – Rama Judicial

El mandatario judicial de esta entidad, con escrito presentado en la misma fecha¹⁵, formuló sus alegatos de conclusión argumentando la ausencia de responsabilidad en el caso de la referencia.

Además de reiterar su falta de legitimidad en la causa desde el punto formal por no haber sido demandada y no encontrarse frente a un litisconsorcio necesario así como no haberse agotado el requisito de procedibilidad, sostuvo que los jueces que conocieron del proceso penal del señor James Gil Cortés no incurrieron en un actuar del que pueda considerar el nexo causal de una privación injusta de la libertad, pues no hubo siquiera medida de aseguramiento dictada en su contra.

Afirmó que en el presente caso sí se encuentra demostrada la eximente del hecho de un tercero, como lo fue la presentación de la Fiscalía General de la Nación respecto del demandante como presunto coautor del delito investigado y posteriormente, demostrada su ausencia de responsabilidad, acudir a la

¹⁴ Folios 430 a 435 C. principal 3

¹⁵ Folios 436 a 440 C. principal 3



preclusión de la investigación, acto procesal exclusivo de su competencia y determinante para que James Gil Cortés fuera privado de la libertad.

3.- Parte demandante

El apoderado de esta parte, con documento radicado el 11 de mayo de 2018¹⁶, reiteró su petición de fallo favorable a sus prohijados, hizo hincapié en la falla del servicio de las demandadas, derivadas de la falencia probatoria y ligereza para privar de la libertad a James Gil Cortés, carga que no estaban en la obligación de sobrellevar los demandantes.

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.

¹⁶ Folios 173 a 187 C. principal 3

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.”¹⁷

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 las entidades demandadas, 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.”¹⁸

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

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 regla¹⁹:

“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 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

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2018. Reparación Directa No. 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. C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

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)²⁰– el propio Estado lo debe tener como inocente para todos los efectos, 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)²¹ 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*

²⁰ “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 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 sí (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)”.

²¹ 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.

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”²², a pesar de lo cual es válidamente posible limitarle su libertad en forma temporal, tal como lo prevén la Constitución (art. 28²³) y la ley (v.gr. artículo 308 del actual 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 1995²⁴, 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”²⁵ (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

²² Declaración Universal de derechos Humanos, artículo 11.

²³ “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).

²⁴ “Por la cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones”.

²⁵ Al respecto, también se puede consultar, entre otras, la sentencia C-774 de 2001.

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, 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”²⁶.

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 388²⁷ del Decreto 2700 de 1991, 356²⁸ de la Ley 600 de 2000 e, incluso, el 308²⁹ 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

²⁶ 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).

²⁷ “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...”.

²⁸ “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...”.

²⁹ “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...”.

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 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 o medida de aseguramiento 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 basada en pruebas fehacientes que la hagan necesaria y procedente.

3.- Caso en concreto

El señor James Gil Cortés 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, parte pasiva que luego fue integrada por la Rama Judicial, para que sean declaradas administrativamente responsables de los daños causados con ocasión de la privación de la libertad de que fue objeto el demandante como presunto coautor de los delitos de peculado por apropiación agravado, prevaricato por omisión (por haber omitido judicializar a 14 personas capturadas), en concurso con el delito de falsedad ideológica en documento público, ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio, durante el tiempo en que estuvo retenido.

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 James Gil Cortés fueron rescindidas con la preclusión 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 o medida de aseguramiento, en tanto se ajusten a los dictados de la ley, no desconocen 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 dictar esas medidas que para condenar a una persona, según sea el caso, 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 y la Rama Judicial, por el solo

hecho de que el sindicato resulte absuelto o se le precluya la investigación. Es claro que estos institutos jurídicos, *per se*, no hacen injusta la captura o la medida de aseguramiento 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 orden impuesta no se avino a los parámetros normativos establecidos con tal fin.

Se refiere el Despacho a los artículos 297 y 298 de la Ley 906 de 2004 “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”, vigentes para la época de la aprehensión del demandante, que dicen:

“ARTÍCULO 297. Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

El fiscal que dirija la investigación solicitará la orden al juez correspondiente, acompañado de la policía judicial que presentará los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, en la cual se fundamentará la medida. El juez de control de garantías podrá interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la policía judicial y, luego de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano.

Capturada la persona será puesta a disposición de un juez de control de garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido.

PARÁGRAFO. Salvo los casos de captura en flagrancia, o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a lo establecido en este código, el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías.”

“ARTÍCULO 298. El mandamiento escrito expedido por el juez correspondiente indicará de forma clara y sucinta los motivos de la captura, el nombre y los datos que permitan individualizar al indiciado o imputado, cuya captura se ordena, el número de radicación de la investigación adelantada por la policía judicial y el fiscal que dirige la investigación. Copia de la orden de captura reposará en el despacho del juez que la ordenó.

La orden de captura tendrá una vigencia máxima de seis (6) meses, pero podrá prorrogarse tantas veces como resulte necesario, a petición del fiscal correspondiente, quien estará obligado a comunicar la prórroga al organismo de policía judicial encargado de hacerla efectiva.

PARÁGRAFO. La persona capturada durante la etapa de juzgamiento será puesta a disposición de un juez de control de garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido.”

Por tanto, en el caso en particular, 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 o su investigación culminó con preclusión, pues está visto que esa circunstancia no hace injusta la privación de la libertad soportada en la captura del indiciado o en la imposición de medida de aseguramiento al sindicado.

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

Del material probatorio allegado oportunamente, se evidencia:

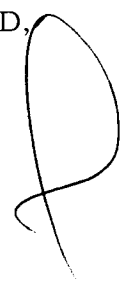
Que en la investigación penal No. 110016000013200680922-00³⁰, adelantada por la presunta comisión de los delitos de peculado culposo y falsedad ideológica en documento público, el demandante fue vinculado como posible participante de los punibles a raíz de los siguientes eventos:

En el año 2006, el Grupo de Investigaciones Especiales de la SIJIN de la Policía Nacional, dispuso la realización de un operativo policial denominado Platino IV, en inmediaciones del Centro Comercial La Isla, ubicado en la Calle 13 No. 19 – 23 de Bogotá. Al mando del operativo estaba el Mayor Francisco Gélvez Alemán, con el apoyo del Subteniente Mariano Alessandro Sánchez Abril.

La operación inició el 8 de julio de 2006 sobre las 11:00 a.m., y se dispuso de un grupo de 170 hombres de la Policía Nacional – PONAL, de los cuales entraron a registrar los dos oficiales al mando y un grupo de treinta y tres patrulleros. Los agentes de policía informaron el registro total de 16 locales comerciales, remitieron el material incautado a la Estación 24 de la Policía Metropolitana, con el fin de hacer una exhibición a los medios de comunicación en la plaza de armas del exitoso operativo.

Como consecuencia de lo anterior, el CIC (Centro de Información Criminal de la PONAL) a cargo de la Mayor Sandra Patricia Hernández Garzón, reprodujo una información allegada a manera de dossier al CAD (Centro Automático de Despacho de la PONAL), en el cual se reportó que en el operativo se habían capturado 14 personas e incautado 402.245 películas en formato DVD/CD,

³⁰ Folios 63 a 68, 77 a 87, 113 a 115, 132 a 150 C. principal 1



135.536 discos musicales en formato CD/MP3, 42.280 carátulas para CD, 38.450 estuches varios. No obstante, ante las autoridades competentes, se judicializaron 16 informes ejecutivos en donde se indicó que no hubo personas capturadas y que el total del material incautado fue de 7.361 formatos, distribuidos así: 3.251 formatos de CD, 326 formatos MP3 y 3.784 formatos DVD.

De la información recopilada, el ente investigador determinó que el señor James Gil Cortés pertenecía al grupo de los treinta y tres patrulleros que participaron en el operativo Platino IV y que junto con el patrullero Jersson Barrios Calderón diligenciaron informe ejecutivo, acta de registro voluntario, de incautación de elementos³¹, en donde no reportaron la totalidad del material incautado ni las personas que fueron capturadas en flagrancia el 8 de julio de 2006, por lo que, el demandante presuntamente incurrió en falsedad ideológica en documento público en concurso con el delito de ocultamiento, alteración, destrucción de elementos materiales probatorios, en calidad de coautor con circunstancia de mayor punibilidad por la posición que ocupaba en la sociedad como miembro de la Policía Nacional.

También se constata en el acta de diligencia reservada de solicitud de ordenes de captura del 6 de octubre de 2006³², que la Fiscalía 322 Seccional de Bogotá señaló como indiciado a James Gil Cortés de la comisión de los delitos de concierto para delinquir en concurso heterogéneo con cohecho propio, prevaricato por omisión agravado por ser en actuación judicial, ocultamiento, alteración o destrucción de elementos materiales probatorios y falsedad ideológica en documento público y solicitó se impartiera orden de captura en su contra, con ocasión a la recopilación de elementos probatorios tales como: (i) informe ejecutivo de policía, (ii) video del operativo policía denominado Platino IV, (iii) noticia criminal por el delito de defraudación de los derechos patrimoniales de autor, (iv) informe policivo presentado por los patrulleros que participaron en el operativo, (v) inspección técnica de la noticia criminal, (vi) relación de procesos radicados en la Unidad de Delitos contra el Orden Económico de la Fiscalía, (vii) copia del informe de la operación Platino IV, (viii) álbum fotográfico de las personas capturadas en el operativo Platino IV, (ix) álbum fotográfico de los elementos incautados en el operativo, (x) acta de entrevista practicada a Ricardo León Parra Castro funcionario de Praxis, (xi)

³¹ Folio 141 C. principal I

³² Folios 113 a 115 C. principal I



actas de entrevistas practicadas a Germán Buitrago, Germán Flórez y Mauricio Rodríguez, testigos operativos, (xii) tarjetas de identificación de los indiciados en el sistema Afis y Prometeo y (xiii) tabla de análisis comparativo de casos reportados para judicializar dentro del operativo Platino IV³³.

El Juzgado 28 Penal Municipal en Función de Control de Garantías al proferir orden de captura del demandante en calidad de indiciado consideró que James Gil Cortés se encontraba plenamente individualizado e identificado como posible coautor de los delitos que se investigaban y conforme a los elementos probatorios allegados, luego de examinado el video correspondiente, encontró elementos fundados de la posible participación en los hechos delictivos, además que en tratándose de delitos graves que superan los cuatro años, evitar la obstrucción de la justicia y asegurar la comparecencia de los indiciados, estimó procedente la aprehensión.

En virtud de la orden judicial impartida, el señor James Gil Cortés identificado con cédula de ciudadanía No. 80.779.446 fue capturado por el Cuerpo Técnico de Investigación CTI el 6 de octubre de 2006.³⁴

En la Audiencia preliminar de Legalización de Captura, Formulación de Imputación y Medida de Aseguramiento, celebrada los días 7 y 8 de octubre de esa anualidad, el juez de control de garantías, dio legalidad y validez a la aprehensión del demandante. Asimismo, conforme a la imputación fáctica y jurídica realizada por la Fiscalía General de la Nación se le endilgó la coautoría en la comisión de los delitos de peculado por apropiación, prevaricato por omisión y falsedad ideológica en documento público. Sin embargo, el juez se abstuvo de imponer medida alguna y ordenó la libertad de los patrulleros³⁵, al considerar que ninguno de los medios de conocimiento descubiertos por la Fiscalía, establecía que los indiciados hubieran participado realmente en el operativo Platino IV, ya que no se aportó el listado de los agentes de policía intervinientes y la señora Fiscal no quiso descubrir los dieciséis informes de judicialización, suscritos por los policiales.³⁶

Posteriormente, el 15 de diciembre de 2010, el Juzgado 20 Penal de Conocimiento precluyó la investigación penal a favor de James Gil Cortés, en lo

³³ Folios 152 a 170 C. principal 1

³⁴ Folios 107 y 111 C. principal 1

³⁵ Folios 76 y 77 C. principal 1

³⁶ Folios 78 a 87 C. principal 1

que respecta al delito de peculado culposo³⁷.

En ninguna de las piezas procesales allegadas respecto del proceso penal adelantado contra el demandante, se observa imposición de medida de aseguramiento en su contra.

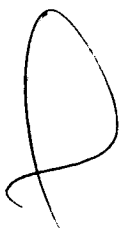
De lo anterior, se establece que el funcionario judicial ordenó la captura, entre otros, del señor James Gil Cortés porque contaba con una serie de “*elementos materiales probatorios*” aportados a la investigación penal el 6 de octubre de 2006 y que se enlistaron con antelación, de los cuales, no se puede cuestionar la actuación de las entidades demandadas porque se haya solicitado y autorizado la aprehensión física del entonces indiciado, toda vez que, esas pruebas señalaban su posible participación en la comisión de los delitos de concierto para delinquir en concurso heterogéneo con cohecho propio, prevaricato por omisión agravado por ser en actuación judicial, ocultamiento, alteración o destrucción de elementos materiales probatorios y falsedad ideológica en documento público³⁸ y en tal sentido, en ese momento existían razonamientos serios que indicaban su muy probable participación en los hechos delictivos.

Así, por estar acreditado que James Gil Cortés era para la época de la investigación penal, patrullero de la Policía Nacional, así mismo que la pena de prisión de los delitos aludidos superaban los cuatro años y ante las evidencias que tuvo en su poder el juez de control de garantías, insiste el Juzgado en que la orden de captura estuvo ajustada a derecho y con ella se garantizaba evitar la obstrucción de la justicia además de garantizar la comparecencia del entonces indiciado al proceso penal para realizar la formulación de imputación.

Además, cabe señalar que quedó demostrado que la aprehensión del demandante duró aproximadamente dos días, periodo que guarda armonía con lo reglado en los artículos 297 y 298 del Código de Procedimiento Penal, vigente para la época, como quiera que luego de haber sido capturado el 6 de octubre de 2006, en audiencia celebrada el 8 de ese mismo mes y año, el juez de control de garantías se abstuvo de imponer medida de aseguramiento alguna y ordenó su libertad inmediata, sin perjuicio de que la investigación siguiera en curso como en efecto ocurrió.

³⁷ Folios 128 a 131, 225 a 243 C. principal 1

³⁸ Folio 113 C. principal 1



Ahora, si bien es cierto que la investigación penal contra James Gil Cortés precluyó frente al delito de peculado culposo, por inexistencia del hecho investigado, 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 captura 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 captura se haya librado con desconocimiento del marco jurídico que la gobierna, lo que no acontece en esta oportunidad.

En este caso, la captura del señor James Gil Cortés no fue infundada. Sobre el operativo Platino IV surgieron serias dudas en cuanto al recto proceder de los policiales que participaron en el mismo, incluido el actor, dado que al parecer fueron capturadas un número importante de personas que a la postre no se supo qué pasó con ellas, y porque el total del material incautado fue tergiversado presuntamente con la intención de mostrar un resultado más exitoso del que realmente se obtuvo.

Además, al accionante se le capturó para presentarlo a la audiencia de imputación, tomándose allí mismo la determinación de dejarlo en libertad, actuación que al juzgado no le resulta cuestionable ni mucho menos constitutiva de daño antijurídico, ya que bajo el panorama que describe el material probatorio regular y oportunamente recaudado, esa era una carga que debían soportar los integrantes de la Policía Nacional que se vieron envueltos en un operativo que terminó dejando en la opinión pública dudas importantes.

Por tanto, se denegarán las pretensiones de la demanda, por lo que no resulta necesario examinar si en esta oportunidad se configura la excepción de culpa exclusiva de la víctima.

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: DENEGAR las pretensiones de la demanda de **REPARACIÓN DIRECTA** promovida por **JAMES GIL CORTÉS Y OTROS** contra la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y la **RAMA JUDICIAL**.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: 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