

Señor

JUEZ SESENTA Y TRES (63) ADMINISTRATIVO DE BOGOTA
E. S. D.

ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: IVAN DARIO MURILLO GOMEZ Y OTROS
DEMANDADO: NACION FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y OTRO
RAD. 11001-33-43-063-2020-00154-00

MARIA DEL ROSARIO OTALORA BELTRAN, mayor de edad, domiciliada en Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía número 31.936.714 de Cali- Valle con Tarjeta Profesional número 87484 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderada especial de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, de conformidad con el poder y sus respectivos anexos, respetuosamente y estado dentro del término legal me permito **CONTESTAR LA DEMANDA** en los siguientes términos:

I.- A LOS HECHOS

Primero: No me constan, le corresponde a la parte demandante, conforme lo indica el art 167¹ probar lo citado y lo que pretende con la demanda , conforme al principio del “**onus probandi**”.

Tercero: No me constan, le corresponde a la parte demandante, conforme lo indica el art 167 probar lo citado y lo que pretende con la demanda , conforme al principio del “**onus probandi**”.

Al hecho 3. No me constan, le corresponde a la parte demandante, conforme lo indica el art 167 probar lo citado y lo que pretende con la demanda , conforme al principio del “**onus probandi**”.

Al hecho 4. Es cierto parcialmente, no me constan los motivos las razones por las cuales estaba en terminal de carga del Aeropuerto el Dorado con el fin de enviar encomienda a la ciudad de leticia, pero es cierto que fue detenido en flagrancia en el día 16 de noviembre 2017 llevando consigo 18 bolsas plásticas transparentes y dentro de ellas una sustancia polvorienta de color blanco al parecer estupefaciente que arrojó positivo para cocaína.

Al hecho 5 y 6. No me constan, le corresponde a la parte demandante, conforme lo indica el art 167 probar lo citado y lo que pretende con la demanda , conforme al principio del “**onus probandi**”.

Al hecho 7. Es cierto el demandante contrato con varios profesionales del derecho según copia de los contratos profesionales que aporto con la demanda.

¹ Artículo 167 del CGP carga de la prueba incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagra el efecto jurídico que estas persiguen, acreditar los hechos que invoca o hechos que se alegan conocido como el principio del “onus probandi”

Del hecho 8. Es cierto parcialmente no corresponde a la fiscalía en este proceso demostrar o no la inocencia del demandante que se debatió en el proceso penal, pero es cierto que el demandante contrato los servicios profesionales del grupo PRAIS Y ASOCIADOS S.A.S según fotocopia aportada con la demanda y no me consta si este grupo de galenos fue el que consiguió la absolución a favor del demandante dentro de la causa penal.

Al hecho 9. Es cierto el Juez Sexto Penal del Circuito Especializado de Bogotá precluyó favor de IVAN DARIO MURILLO GOMEZ de acuerdo con la providencia penal aportada con la demanda .

Al hecho 10. No me constan, le corresponde a la parte demandante, conforme lo indica el art 167 probar lo citado y lo que pretende con la demanda , conforme al principio del “**onus probandi**”.

Al hecho 9. No es un hecho es una apreciación subjetiva del actor le corresponde probar este supuesto de hecho.

Al hecho 10 No me constan, le corresponde a la parte demandante, conforme lo indica el art 167 probar lo citado y lo que pretende con la demanda , conforme al principio del “**onus probandi**”.

Al hecho 11. No es un hecho es una apreciación subjetiva del actor le corresponde probar este supuesto de hecho.

Al hecho 12. . No es un hecho es una apreciación subjetiva del actor le corresponde probar este supuesto de hecho

Al hecho 14 y 15 . No me constan, le corresponde a la parte demandante, conforme lo indica el art 167 probar lo citado y lo que pretende con la demanda , conforme al principio del “**onus probandi**”.

Al hecho 16 . No es un hecho es una disposición constitucional

Al hecho 17. No es un hecho es un requisito de procedibilidad para acceder a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa en Acción de Reparación Directa .

II.- PRETENSIONES

Señor Juez, me opongo a todas y cada una de las pretensiones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda, toda vez que en el sub judice, no se configuran los supuestos de hecho y de derecho que permitan estructurar responsabilidad alguna contra la Fiscalía puesto que la fiscalía conforme a los presupuestos de la ley 906 de 2004, solicita ante el Juez Penal con Función de Control de Garantías de Bogotá, legalización de captura, imputación de cargos y medida de aseguramiento para IVAN DARIO MURILLO GOMEZ, quien fue capturado en flagrancia por la Policía Nacional el día 16 de Noviembre de 2017 con porte de 18 bolsas plásticas transparentes con sustancia pulverulenta de color blanco que por su cara se asemejaba a cocaína y en la prueba de Narcotex arrojo positiva para cocaína con un peso bruto de 19.160 gramos y un peso neto de 17.860 gramos, es decir que por la naturaleza del presunto delito de tráfico fabricación o porte de estupefaciente agravado, daba lugar a la solicitud ante el

juez de conocimiento y garantías la legalización de la captura, imputación de cargos y medida de aseguramiento, por consiguiente estamos frente a una inexistencia del daño antijurídico toda vez que la medida de aseguramiento fue solicitada conforme a derecho y de acuerdo con el recaudo probatorio existe para la etapa de instrucción según el rol asignado a la Fiscalía dentro de la Constitución y la Ley 906 de 2004.

Me opongo a la prosperidad de las pretensiones ya que el demandante no acredita la falla del servicio en cabeza de mi representada como lo cita el ordenamiento penal para tildar la responsabilidad del Estado que pretende fundado en una injusta privación de la libertad con ocasión de la conducta punitiva que le fuera endilgado de TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTE... al actor .

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Regimen De Responsabilidad

El artículo 90 de la Constitución Política consagra el fundamento jurídico de la responsabilidad administrativa. Esta norma señala: *"El Estado responderá patrimonialmente por la daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas"*.

En estos términos, la disposición Constitucional fija los presupuestos para que sea viable la declaración de responsabilidad estatal por una actuación que haya dado lugar a la producción de un daño. Estos requisitos son: a) el daño antijurídico; y b) la imputación del mismo al Estado.

Es conveniente señalar que de acuerdo con los principios tutelares del Estado Social y Democrático de Derecho entre los cuales la libertad y la justicia ocupan un lugar privilegiado, frente a las materializaciones de las normas antes citadas, por ende le corresponde a la Fiscalía dentro del rol asignado por la Constitución acatar las solicitudes que en pleno derecho imponga el mismo Estado como se puede evidenciar en el presente frente a la captura en flagrancia del señor IVAN DARIO MURILLO GOMEZ el día 16 de noviembre del 2017.

Cuentan las circunstancias de tiempo modo y lugar como sucedieron los hechos el día 16 de noviembre de 2017 que la Policía Nacional pasaba revista en la empresa de Air Carga en el terminal de carga de Aeropuerto Internacional El Dorado y cuando requisaron a IVAN DARIO MURILLO GOMEZ le fue encontrado en una caja de icopor 18 bolsas plásticas con una sustancia pulverulenta de color blanco que por sus características y olor se asemejaba a cocaína como lo indica el proceso penal que la prueba paso por el pesaje y toma de muestras estableció que la sustancia tenía un peso bruto de 19.160 gramos y un peso neto de 17.860 gramos que una vez fueron sometidos a la acción de los reactivos , arrojaron positivo para cocaína.

Entonces no podemos decir que el hecho no existió porque dentro de la causa penal está demostrado, en primer lugar, la captura en flagrancia de IVAN DARIO y los elementos incautados y en segundo que la prueba dio positivo para cocaína .

Entonces no podemos hablar que la fiscalía haya actuado fuera de las orbitas del derecho , ni esta probado dentro de este proceso que la Fiscalía haya incurrido en

una acción o omisión dentro de la investigación de los hechos presentados el día 16 de noviembre de 2017 donde el señor IVAN DARIO fue dejado a disposición de la fiscalía junto con los elementos incautados que por su naturaleza daban lugar a serios indicios de responsabilidad como presunto delito TRAFICO , FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES ...

Por estos hechos pretenden los demandantes que mediante sentencia, se declare en primer lugar a las entidades demandadas como responsables de la privación injusta de la libertad y en segundo lugar, se condené a las entidades demandadas a pagar la indemnización de los perjuicios morales y materiales irrogados

Ahora bien, continuando con el estudio del caso no observa la fiscalía que al señor IVAN DARIO le hubiere sido llevado un proceso penal fuera del ordenamiento legal y menos aun cuando es un hecho cierto y probado dentro de la causa penal la captura en flagrancia, allí le fueron respetadas las garantías al debido proceso artículo 29 de la C.P. el cual consagra el derecho a presentar pruebas y a controvertirlas y una de las maneras de materializar esa controversia es mediante el ejercicio de las oposiciones, por cuanto estos son los mecanismos o los medios que la ley han dispuesto para que las partes controlen el proceso de producción de la verdad que se realiza y que están ligado intrínsecamente a la teoría del caso de cada parte y es un hecho cierto y probado que la sustancia psicoactiva incautada diera positivo para cocaína, al momento de impartir la legalidad de la captura el Juez de Garantías el cual fue incorporado al expediente penal .

Es decir que en la etapa instructiva se tenían elementos probatorios haya y entonces para señalar al demandante como el responsable del delito de TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTE AGRAVADO , VERBO RECTOR LLEVAR, CONSIGO Y TRANSPORTAR.. para formular las peticiones de la legalización de la captura, imputación de cargos y medida de aseguramiento ante el ante el juez de conocimiento .

Frente a la detención preventiva de la libertad el actual sistema penal acusatorio cuyo procedimiento regula, la Fiscalía General de la Nación es quien asume el papel acusador frente a conductas punibles, más no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo este el fundamento principal que conlleva a que el presente caso la Fiscalía quede **EXIMIDA** de responsabilidad frente a una detención calificada por los solicitantes como falla del servicio, pues el respectivo juez competente la judicializo .

El sistema penal acusatorio vigente en casos como el que nos ocupa impide que sea la Fiscalía quien decida sobre la detención, al punto que, como se vislumbra de la norma jurídica y lo enseñado por la jurisprudencia, la solicitud del fiscal de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad debe ser avalada y controlada por el Juez de Garantías, y posteriormente también advierte la eventual responsabilidad de éste y del juez de conocimiento en una posible irregularidad.

Así lo advierte la H. Corte Constitucional, quien con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad en la que se examinaron las características esenciales de la figura del juez de control de garantías, señaló:

(...) “En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si

las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ejercicio de esta competencia, los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica. Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso. Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento. (...)

Ante el juez de conocimiento, por su parte, se presenta el escrito de acusación con el fin de dar inicio al juicio público, oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías; se solicita la preclusión de la investigación cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar; y se demanda la adopción de las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas". Sentencia C-1092 de 2003, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

De esta forma, sí con los elementos materiales probatorios, en su momento la Fiscalía no hubiese solicitado la medida, y a su vez, el juez de Control de Garantías no decretase la medida de detención preventiva impuesta al aquí demandante; estas instituciones seguramente hoy serían objeto de reproche al parecer negligentes, al no adoptar las medidas necesarias de acuerdo al delito que se le estaba imputando al demandante

No podía pedírsele al Ente Instructor, que definiera de una vez por todas, todo el sentido de la investigación, de tal suerte que **la medida de aseguramiento como instrumento provisional**, previo a una decisión de fondo no sería procedente, aun cuando, así está estatuido, precisamente cuando hay criterios fijados por la ley por la gravedad de la conducta que se le endilgaba.

EXCEPCIONES.

Continuando con las especificaciones del Artículo 90 de la carta de cartas para determinar la declaratoria, pues este dice cuando se constituye la responsabilidad patrimonial í:

- i) Un daño antijurídico, ii) acción u omisión de la administración y iii) un nexo de causalidad, es decir que el daño le sea imputable al estado

Inexistencia del Daño Antijurídico:

Dentro del caso no está probado que el demandante sufrió un daño antijurídico, presupuesto esencial para accionar al Estado debe probarse de acuerdo a los siguientes postulados:

1-La Antijuridicidad del Daño. 2-Examinar si se incurrió en el daño a título de dolo o culpa grave. 3-Determinar la autoridad que infringió el daño si este ya está probado.

Antijuricidad del daño:

"consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar". En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas. (...) De acuerdo con lo que ha establecido esta Sección, al estudiar los procesos de reparación directa es indispensable abordar primeramente, lo relativo a la existencia o no del daño y si el mismo puede o no considerarse antijurídico; solo bajo la premisa de la existencia del daño antijurídico se ha de "realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado".²

Acción u omisión de la administración

El demandante no prueba cual fue la acción o omisión en que incurrió la fiscalía, si la medida de aseguramiento esta por fuera del ordenamiento legal o si la fiscalía incurrió en una extralimitación de poderes.

Nexo Causal

El demandante no establece el nexo causal entre el daño y la acción y omisión de la entidad demanda, en este caso Es importante precisar, que para que pueda condenarse al Estado, deben demostrarse en el proceso los siguientes supuestos: (i) Existencia del hecho (falla en el servicio), (ii) Daño o perjuicio sufrido por el actor, y (iii) **Relación de causalidad entre el primero y el segundo.**

Bajo esta óptica miremos el daño como el primer elemento a establecer la responsabilidad del Estado, (I) la privación de la libertad a que fue sometido IVAN DARIO MURILLO GOMEZ a la medida de aseguramiento fue impuesta en virtud de la captura en flagrancia , tenemos que efectivamente estudiar que el demándate estuvo privado de la libertad tal y como lo certifica el INPEC, lo que acreditaría el daño, ahora habrá de estudiarse el segundo elemento (ii) antijuricidad del daño, este punto en materia de responsabilidad directa se concreta según la sentencia de unificación de la Corte Constitucional el cual se concreta a partir de **la injusticia de la limitación al derecho de la libertad**, y esta injusticia debe ser demostrada y apoyada en norma procesal penal, las finalidades constitucionales de la medida y el material probatorio.

² Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia de 18 de febrero de 2010; Exp. 17885

Así, el artículo 308 del estatuto penal, impone al juez de control de garantías decretar la medida cuando “de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonadamente que el imputado puede ser el autor o participe de la conducta delictiva que se investiga” por qué (i) que la medida se muestra necesaria para evitar la obstrucción al debido ejercicio de la justicia (ii) que el sujeto de la medida constituye peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y (iii) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. Bajo los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, que deben orientar la decisión del juez al momento de decidir si se impone o no.

A partir del recaudo probatorio en este caso se tiene captura en flagrancia de MURILLO GOMEZ el día 16 noviembre de 2017 por parte de los policías y los elementos incautados que proyectaron en la prueba positivo para cocaína daba para la conducta descrita en el tipo penal TRAFICO FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTE...., luego no podemos hablar de un daño antijurídico.

Ahora bien, dentro de la etapa de juzgamiento y de acuerdo a la petición de la fiscalía sobre el análisis final de las sustancias incautadas a MURILLO GOMEZ, el Grupo Técnico de Investigaciones CTI en el informe No 99410 concluyó que una vez realizados los análisis físicos, químicos e instrumentales las 18 muestras de las sustancias incautadas contenían LEVAMISOL, sustancia ajena a las características propias de una sustancia ilícita ya que era una sustancia de uso veterinario, presupuestos que variaron radicalmente la acción penal ya que daban lugar a estructurarse como así lo hizo en la preclusión de la investigación por imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, por lo que Juzgador de acuerdo a los elementos probatorios y a su sana crítica y a la prueba que llegaron para la etapa de juzgamiento resolvió precluir la investigación.

Se tienen entonces que el demandante no ignora la captura en flagrancia, la incautación (18) elementos que inicialmente dieron positivos de cocaína fueron erran circunstancias donde el demandante estaba en capacidad de soportar esta carga y mi representada cumplió con el ritual del procedimiento penal conforme a la ley vigente para la época de los hechos con observancia de la constitución y las leyes de cada juicio, esto es, con los recursos y oportunidades que guardan estrecha relación con el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa y a la contradicción protegidos por nuestro legislador.

Es importante además de lo anterior, reiterar que el actor además no acredita un daño antijurídico y sobre todo que este sea imputado a la fiscalía por cuanto la preclusión por si sola no genera una responsabilidad del estado ya que la medida de aseguramiento estuvo en equilibrio no es dable hoy por hoy el demandante busque una indemnización de perjuicios a cargo del Estado, cuando su conducta fue precisamente la que dio origen a abrir la investigación penal, pues en la captura en flagrancia no determino el uso de la sustancia que llevaba en 18 bolsas plásticas de sustancia pulverulenta de color blanco con características y olor que se asemejaba a la cocaína.

En consecuencia la Fiscalía General de Nación cumplió con el deber legal impuesto en el artículo 250 de la Constitución Política, artículo el cual indica taxativamente las funciones de mi representada y que son de obligatorio cumplimiento, que de no haber cumplido la fiscalía con dicha funciones otro sería el escenario y otras las

cargas a responder por que tratándose de responsabilidad del Estado indica el artículo ibídem, que los servidores públicos no solo son responsables por la infracción a la constitución y a la ley sino por su omisión o extralimitación de sus funciones.

Captura En Flagrancia

El señor IVAN DARIO MURILLO GOMEZ fue capturado en **flagrancia** por funcionario de la Policía el día 17 de Noviembre de 2017 y le fueron incautadas 18 bolsas plásticas de sustancia pulverulenta de color blanco con características y olor que se asemejaba a la cocaína y que dieron en la prueba Cocaina, apartir de este punto probatorio es necesario traer a colación su alcance jurídico y que no es otra que estudiar su tipicidad conlleva al estado a limitar los derechos fundamentales del aprendido tesis que guarda respaldo en el articulo 28 y 32 asi:

—ARTICULO 28. 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.

ARTICULO 32. El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al moradorll (Corte Constitucional de Colombia, 1993)

Estos contenidos que refieren a dos aspectos fundamentales a saber: mandamiento escrito de autoridad judicial competente – principio de reserva judicial - , con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley – principio de reserva legal, es un tema de vieja data, la definición y la comprensión de los elementos que la integran, siguen siendo motivo de discusión académica, a punto tal que los que los referentes 2 normativos y jurisprudenciales en nuestra legislación, han sido objeto de profundos análisis y re conceptualizaciones normativas.

Se ha discutido incluso, qué cualificación tiene el particular o el agente estatal que al momento de realizar una aprehensión, esto es, de limitar un derecho fundamental (la libertad personal), para determinar si en el momento de realizar dicha actuación se encuentran presentes los elementos básicos estructurales que demanda la norma para actualizar la situación de flagrancia. Ello, sin duda alguna, tiene profundos efectos desde la perspectiva procesal penal, en tanto, desde ese preciso momento, la persona sobre la cual recae la limitación de su derecho fundamental adquiere un status vinculante al proceso, con las consecuencias jurídicas y punitivas que ello refiere. Múltiples han sido los antecedentes jurisprudenciales en materia de la flagrancia, los requisitos y sus efectos procesales¹ . En materia de principio de reserva legal, la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-024 de 19942 , establece que lo que justifica la excepción al principio de reserva

2 La Constitución establece una estricta reserva legal en materia de libertad personal, por lo cual un mandamiento de captura sólo puede fundarse en motivos previamente definidos en la ley en sentido formal y no en una norma administrativa aun cuando ésta sea general. No pueden entonces las ordenanzas de las Asambleas ni los reglamentos de policía establecer causales de privación de la

libertad, por cuanto ésta es una órbita privativa del legislador. legal es la inmediatez del comportamiento delictivo y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible obtener la expedición de la orden judicial. Con posterioridad a ello, y tocando el tema de la posibilidad de retención por parte de autoridades de policía, la misma jurisprudencia ha fijado los baremos que posibilitan la actuación policiva para proceder a la restricción del derecho a la libertad; ha sido pacífica y reiterada la postura de la Corte en cuanto a los estrictos requisitos de legalidad que deben rodear el tema de la posibilidad de excepcionar entonces ese principio de reserva legal y reserva judicial cómo queda frente al código de policía y convivencia, en especial a la facultad otorgada para retenerse a una persona hasta por 12 horas. Para ello se tendrá en cuenta el concepto de reserva legal, el artículo 28 C.P.C y la sentencia C-024/94

El más reciente pronunciamiento legislativo referente a la flagrancia, lo encontramos en la novedosa ampliación de la estructura de la misma, contenida en el texto del artículo 301 el cual define: —Artículo 301. Flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando: 1. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito.

2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.

3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él. 4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después. La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo. 5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible. Parágrafo.

La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá $\frac{1}{4}$ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 (Congreso de la Republica, 2004) Dos son las novedades que expone la referida codificación, a saber: 1.- La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después. La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo. Y 2.- La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible. Adicional a lo anterior, el parágrafo del referido artículo, modifica el reconocimiento de rebaja punitiva en caso de aceptación de cargos. Frente a la situación que plantea la reforma normativa, y dada la importancia del concepto de flagrancia, nos planteamos los siguientes problemas de investigación: -

¿Las limitaciones al derecho de libertad (como derecho fundamental) por parte de quien confronta los requisitos de la flagrancia, son realizadas con la plena

verificación de la existencia los requerimientos Constitucionales y legales? - ¿Como consecuencia de la legitimación Constitucional y Legal, de la excepción al principio de reserva legal y reserva judicial, se garantizan los derechos fundamentales de aquél sobre quien recae la restricción del derecho? ¿Se altera la tradición jurídica, dogmática, conceptual, normativa y jurisprudencial del instituto de la flagrancia, construida a lo largo de la historia, con la incorporación de los numerales 4 y 5 del artículo 301 de la Ley 906 de 2004? - ¿Está correctamente aplicada y entendida la consecuencia punitiva referida en el párrafo del referido artículo 301 de la Ley 906 de 2004

Culpa Exclusiva De La Víctima

En el caso en concreto reitero una vez que se trata de la captura en FLAGRANCIA de IVAN DARIO MURILLO GOMEZ , donde le fue hallado en su poder una sustancia que arrojó positivo para cocaína, lo expuso a ser investigado pues no se pudo dejar de lado como bien lo indica el juzgador que el hecho que dio origen al proceso penal consistió que para el momento de su captura en flagrancia le fue hallado en la remesa que iba a enviar (caja de icopor) unas bolsas plásticas con sustancia pulverulenta que por sus características se asemejaba a cocaína, razón por la cual se le practicó prueba de narcotex, arrojando un color azul celeste positivo para cocaína, con un peso neto de 17.860 gramos, peso que era superior al permitido por la ley, esto es lo que inicialmente se presentó, es decir que el demandante llevaba la sustancia que inicialmente dio positivo no obstante el dictamen del resultado definitivo se expuso con el transporte de esa sustancia que no estaba determinaba al momento de la captura en flagrancia ni presentó prueba (fórmula veterinaria) es decir el demandante está inmerso en la culpa exclusiva de la víctima y da lugar a que se configure un eximente de responsabilidad que exonera al estado de toda responsabilidad pues el actor se puso en riesgo o despliegue de una conducta penal prohibida, es decir que la participación en la causa del daño y la raíz de mismo producción del daño por parte del demandante es culpa exclusiva de la víctima.

La ley 270 de 1996 “Estatutaria de Administración de Justicia”, consagra en el capítulo VI, respecto a la responsabilidad del Estado en el ejercicio de la administración de justicia, que: Artículo 70. Culpa exclusiva de la víctima. El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado

El Consejo de Estado, estudiando un medio de reparación directa, recordó que la culpa exclusiva de la víctima (elemento que excluye la responsabilidad del Estado) se presenta cuando esta viola las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado.

Así mismo, se concreta en la demostración de la simple causalidad material, según la cual la víctima directa participó de manera dolosa o culposa y fue causa eficiente en la producción del daño. (Lea: [Frente a una conducta culposa debe valorarse si se creó un riesgo jurídicamente desaprobado](#)).

De ahí que la jurisprudencia de la Sección Tercera, a través de una línea jurisprudencial, ha establecido 11 fundamentos o supuestos en los que cabe, o no,

encuadrar el hecho o culpa de la víctima como eximente de responsabilidad de la Administración pública:

- i. Se concreta por la experiencia de la víctima en el manejo de objetos o en el despliegue de actividades.
- ii. **La “ausencia de valoración del riesgo por parte de las víctimas” puede constituir una “conducta negligente relevante”.**
- iii. Puede constituirse en culpa de la víctima el ejercicio por los ciudadanos de “labores que no les corresponden”.
- iv. Debe contribuir “decisivamente al resultado final”.
- v. Para “que la conducta de la víctima pueda exonerar de responsabilidad a la entidad demandada, la misma debe ser causa determinante en la producción del daño y ajena a la Administración”, a lo que se agrega que en “los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser la causa única, exclusiva o determinante del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad”.
- vi. La “violación por parte de esta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”, la que “exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño cuando ésta es exclusiva”.
- vii. Por el contrario, no se configura como eximente cuando no hay ni conocimiento de un elemento o actividad que entraña peligro, ni hay imprudencia de la víctima. (Lea: [Desconocimiento de deberes por parte del ciudadano puede exonerar de responsabilidad al Estado](#)).
- viii. Se entiende la culpa exclusiva de la víctima “como la violación por parte de esta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”, lo que cabe encuadrar, matizando, en el primer supuesto, porque no solo opera por virtud del consentimiento de un acto ilícito, sino al despliegue de una conducta que es violatoria de las obligaciones a las que está llamado a cumplir (como en la conducción de vehículos a la velocidad ordenada, a la distancia de seguridad, a la realización de maniobras autorizadas, al respeto de la señalización, etc.).
- ix. Debe demostrarse “además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta”, lo que encuadra en el cuarto supuesto dogmático de la imprudencia de la víctima.
- x. Que se acrediten los elementos objetivos de la conducta gravemente culposa de la víctima.
- xi. Que la víctima “por sus propios hechos y actuaciones se puso en condiciones de soportar el daño” (C. P. Jaime Orlando Santofimio).

Bajo este escenario, no se evidencia falla en el servicio y en consecuencia no existe el daño aducido por el demandante, por parte de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, toda vez, que dentro del plenario no se aportaron las pruebas que conlleven a la responsabilidad patrimonial y administrativa de mi prohijada.

Falta De Legitimacion En La Causa Por Pasiva De La Fiscalia General De La Nacion

la Fiscalía General de la Nación, por mandato constitucional, está orientada a brindar a los ciudadanos una cumplida y eficaz administración de i) investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales

competentes., ii) asegura la comparecencia de los infractores de la ley penal, adoptando medidas de aseguramiento. iii) tomar las medidas necesarias para hacer Efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, cuando a ello hubiere lugar. iv) calificar y declarar prelucidas las investigaciones realizadas., v) dirigir y coordinar las funciones de Policía Judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y demás organismos que señale la ley ., vi) velar por la protección de la víctimas, testigos intervinientes en el proceso., vii) y las demás que le atribuya el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación, es decir que la Constitución Política le otorga las funciones de investigar todas las trasgresiones del derecho penal.

Frente a la detención de acuerdo a lo previsto por el actual sistema penal acusatorio cuyo procedimiento regula, la Fiscalía General de la Nación es quien asume el papel acusador frente a conductas punibles, más no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo este el fundamento principal que conlleva a que el presente caso la Fiscalía quede **EXIMIDA** de responsabilidad frente a una detención calificada por los solicitantes como falla del servicio, pues la legalidad fue avalada por el respectivo juez competente.

El sistema penal acusatorio vigente en casos como el que nos ocupa, impide que sea la Fiscalía quien decida sobre la detención, al punto que, como se vislumbra de la norma jurídica y lo enseñado por la jurisprudencia, la solicitud del fiscal de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad debe ser avalada y controlada por el Juez de Garantías, y posteriormente también advierte la eventual responsabilidad de éste y del juez de conocimiento en una posible irregularidad. Así lo advierte la H. Corte Constitucional, quien con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad en la que se examinaron las características esenciales de la figura del juez de control de garantías, señaló:

(...) "En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ejercicio de esta competencia, los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica. Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso. Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones

que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento. (...)”.

Ante el juez de conocimiento, por su parte, se presenta el escrito de acusación con el fin de dar inicio al juicio público, oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías; se solicita la preclusión de la investigación cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar; y se demanda la adopción de las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas”. Sentencia C-1092 de 2003, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

En este orden de ideas solicito se desestimen las pretensiones, dado que no se probó el error de la Rama Judicial o la falla en que incurrió la Fiscalía.

IV. ANEXOS

1. Poder debidamente conferido al suscrito
2. Copia de la Resolución de Nombramiento y Acta de Posesión de la Coordinadora de la Unidad de Defensa Jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos
3. Copia de la Resolución número la Resolución No. 0303 del 20 de marzo de 2018 “Por medio de la cual se delega la Coordinadora de la Unidad de Defensa Jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la FGN la Dirección Jurídica”.

V. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Diagonal 22 B No. 52 - 01, Primer Piso del Edificio Nuevo, Ciudad Salitre, Bogotá, Dirección Jurídica de la Fiscalía General de la Nación o en la Secretaría del despacho. Correos para notificaciones judiciales: jur.novedades@fiscalia.gov.co o al correo electrónico institucional del suscrito: maria.otalora@fiscalia.gov.co .

Atentamente



MARIA DEL ROSARIO OTALORA BELTRAN
C. C. 31.936.714 de Cali
T. P. No. 87484 del C. S. de la J.



DEAJALO20-9536

Bogotá D. C., miércoles 30 de septiembre 2020.

Doctora

LUCELY ROCÍO MUNAR CASTELLANOS

Juez Sesenta y Tres (63) Administrativa de Bogotá - Oralidad.

Sección Tercera.

E.S.D.

Referencia: 11001-33-43-063-2020-154-00.
Acción: Reparación Directa
Actor: Iván Darío Murillo Gómez y Otros.
Demandado: Nación - Rama Judicial y Otros.

JESÚS GERARDO DAZA TIMANÁ, identificado con la cédula de ciudadanía No.10'539.319 de Popayán, titular de la tarjeta Profesional No.43.870 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado de la Nación - Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en el proceso de la referencia, según poder que adjunto, estando dentro del término legal, procedo a contestar la demanda, en los siguientes términos:

1.- ANTECEDENTES

De la lectura de la demanda se observa que la mayoría de los hechos de la demanda son parcialmente ciertos, excepto los relacionados con la privación injusta y los perjuicios reclamados, por cuanto constituyen los antecedentes del proceso penal radicado con el No. 110001-60-00-017-2017-80550 (2476-6) que cursó en el Juzgado Sexto (6) Pena Especializado de Bogotá, por el delito de fabricación y porte de sustancia estupefaciente, cuyos hechos más relevantes resumo en los siguientes términos:

El día 16 de noviembre de 2017 fue capturado en el Aeropuerto El Dorado el señor IVÁN DARIO GÓMEZ MURILLO, Estudiante de la Escuela de Cadetes cuando se dirigía a enviar a la ciudad de Leticia- Amazonas una encomienda en un empaque de icopor de 47x47x64 cms, que al ser revisada por Agentes de la Policía verificaron que la misma contenía unas frutas y debajo de ellas una caja que contiene 18 bolsas plásticas que contenían una sustancia polvorienta blanca. A dicha sustancia le hicieron prueba de



identificación preliminar de “narcotex” PIPH la cual arrojó como resultado positivo para sustancia estupefaciente. El convocante siempre manifestó que era para uso veterinario, por lo que fue llevado a la Estación de Policía del Aeropuerto y es trasladado a la URI de Engativá en Bogotá. Realizado el pesaje técnico por las autoridades, se determinó que la sustancia tiene un peso neto de 17.860 gramos, lo que dio lugar a su captura en flagrancia el 16 de noviembre de 2017.

Estos hechos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía quien solicitó la legalidad de la captura, realizó la imputación por delito de porte tráfico de estupefacientes y solicita la medida de aseguramiento.

Por lo anterior el proceso por reparto el señor MURILLO GÓMEZ fue llevado ante el Juzgado 25 Penal Municipal de Bogotá con Función de Control de Garantías, en donde se legalizó la captura, se formuló imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado. Finalmente se solicitó por parte de la Fiscalía la imposición de medida de aseguramiento de carácter intramural, solicitud a la cual accedió el Juez de garantías e impuso la privación de libertad en establecimiento carcelario. Contra esta decisión no se interpuso recursos.

La sustancia fue remitida a los LABORATORIOS TÉCNICOS DE INVESTIGACIÓN DEL CTI para verificar real composición de la sustancia y su pureza. (Se precisa, la sustancia no fue enviada a laboratorio privado).

Adicional al informe que da cuenta de la captura en flagrancia, el Fiscal para sustentar su solicitud de imposición de medida de aseguramiento presentó como elemento material probatorio los informes preliminares PIPH de examen de las sustancias incautadas, que dieron como resultado positivo para estupefacientes.

El 1 de febrero de 2018 se realizó audiencia de acusación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes ante el Juzgado 6 Penal del Circuito Especializado de Bogotá.

El 26 de febrero de la misma anualidad la representante de la Fiscalía General de la Nación solicitó el cambio de la audiencia preparatoria por la de preclusión del proceso por la causal denominada inexistencia del hecho investigado y para soportar su petición anexó como prueba el resultado del examen practicado a las sustancias incautadas en el LABORATORIO TECNICO DE INVESTIGACION DEL CTI contenido en informe No. 99410 presentado la Investigadora Liliana Marcela Caballero Pinzón, el cual tuvo como resultado que la sustancia realmente correspondía a Levamisol (Antelmintico de uso veterinario).

El 16 de febrero de 2018 el Juzgado 6 Penal Especializado de Bogotá decretó la preclusión del proceso por la causal denominada atipicidad del hecho investigado.



En la parte motiva de la decisión se manifestó: “*En este caso inicialmente la sustancia captado a Iván Darío Murillo Gómez arrojó positivo preliminarmente para cocaína con 1 \$ superior al permitido por la ley y fue en razón a ese fundamento preliminar que se procedió por parte de la Policía Judicial a realizar su captura en condiciones de flagrancia y posteriormente objeto de judicialización ante el Juez de Control de Garantías en la que se realizaron los preliminares con fundamento en la imputación fáctica que inicialmente se presentó y posteriormente se presentó escrito de acusación, con la cual este despacho prosiguió a dar continuidad a la fase de juicio oral. Con posterioridad la sustancia inicialmente incautada fue objeto de análisis definitivo concluyéndose que una vez realizados los análisis físicos, químicos e instrumentales, las 18 muestras incautadas contienen levamisol, ajena a las características propias de una sustancia ilícita pues se trata de un antihelmíntico perteneciente a una clase derivados sintéticos de uso lícito comercial con fines veterinarios.*”.

La decisión quedó ejecutoriada el 26 de febrero de 2018.

Por estos hechos el demandante permaneció privado de la libertad entre el por lo que considera que se le han causado perjuicios materiales, morales a la vida de relación y por pérdida de oportunidad, que ascienden a la suma de \$768'140.426.00.

La Rama Judicial no está de acuerdo con los hechos relacionados con la privación injusta, el daño antijurídico y los perjuicios reclamados.

3.- RAZONES DE DEFENSA DE LA RAMA JUDICIAL

Normatividad aplicable

El artículo 90 de la Constitución Política establece que el Estado “*responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*”. Esta es la cláusula general de responsabilidad estatal, cuya estructuración se determina a partir del cumplimiento de dos (2) requisitos:

1. Existencia de un daño antijurídico.
2. Que éste sea imputable a la acción u omisión de una autoridad pública.

La noción de daño antijurídico, fue definida por el Consejo de Estado, como aquella lesión patrimonial o extrapatrimonial de un bien o interés jurídico tutelado, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar.

Por su parte, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia - Ley 270 de 1996-reguló la responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales, por las acciones u omisiones que causen daños antijurídicos, a cuyo efecto determinó tres títulos de imputación:

Error jurisdiccional (Art. 67)



Privación injusta de la libertad (Art. 68).

Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (Art. 69)

El artículo 68 de la Ley 270 de 1996 regula el título de imputación de la privación injusta de la libertad, así:

“ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.”

La Corte Constitucional en sentencia C-037 de 2016, declaró exequible el anterior artículo, siempre y cuando fuera entendido en los siguientes términos:

*“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, **conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.”***

Así las cosas, de conformidad con el pronunciamiento de constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 270, la privación de la libertad SOLO DEVIENE INJUSTA cuando ha sido consecuencia de una actuación o decisión arbitraria, injustificada e irrazonable que transgreda los procedimientos establecidos por el legislador, es decir, solo en esos eventos el daño se torna antijurídico, por manera que no puede calificarse como tal la restricción de la libertad que se acompase a los presupuestos legales que la regulan. De este pronunciamiento se desprende que el análisis que debe realizarse para efectos de establecer la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad es bajo el régimen subjetivo o de falla del servicio.

No obstante lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado dictó la sentencia de unificación de 17 de octubre de 2013, Consejero Ponente, Dr. Mauricio Fajardo Gómez, No de Radicación 52001233100019967459-01 (23.354), en la cual, con abierto desconocimiento de la sentencia de constitucionalidad C-037 de 1996, destacó que el régimen de responsabilidad aplicable al título de imputación de privación injusta de la libertad es el objetivo por daño especial y, en ese sentido, se torna injusta y da lugar a indemnización, incluso cuando la actuación judicial ha atendido los procedimientos legales, cuando: i) el hecho no existió; ii) el sindicado no lo cometió; iii) la conducta es atípica; y, iv) por aplicación del principio de *indubio pro reo*.



Pese a que el anterior venía siendo el criterio imperante que venía aplicando la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, recientemente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 15 de agosto de 2018, dictada dentro del proceso de radicado No. 66001-23-31-000-2011-00235 01 (46.947), con ponencia del doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera, con mucho acierto, además de cuestionar¹ y desvirtuar los argumentos que sustentaron la sentencia de unificación de 17 de octubre de 2013, decidió modificar su jurisprudencia: *“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 UNIFICÓ criterios.

La sentencia C- 037 de 1996

La Corte Constitucional en la Sentencia C - 037 de 1996, en la que se determinó, como COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL lo que realmente constituye el DAÑO ANTIJURIDICO, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 68 de la Ley 70 de 1996, bajo el entendido de que el término “INJUSTAMENTE” para efectos de solicitar la declaratoria de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de procedimientos legales, de tal forma que se entienda que la privación de la libertad no resultó apropiada, ni acorde con el ordenamiento jurídico, claramente arbitraria (ratio decidendi).

En este orden de ideas, corresponde a la parte actora como carga procesal, acreditar que las decisiones que adoptó el Juez de Garantías, fueron arbitrarias, caprichosas y/o adoptadas por fuera de los procedimientos legales, evento que no ha ocurrido en el presente caso, pues ello no se encuentra acreditado.

¹ Se trata de una tesis jurisprudencial que contrae su análisis a que se verifique de forma llana la existencia del daño (la privación de la libertad) y que, por consiguiente, escinde o desnaturaliza los elementos en los que se estructura la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, teniendo en cuenta que relega por completo la necesidad de que se conciba y se demuestre la antijuridicidad de aquél (del daño), aun cuando este presupueste, en los términos del artículo 90 superior y del artículo 68 de la ley 270 de 1996, se torna imprescindible para que surja la obligación de reparar, por parte de la administración, los perjuicios ocasionados en asuntos de privación injusta de la libertad.

(...)

En cuanto a la autonomía e independencia que se debe predicar frente a los funcionarios judiciales, ha de decirse que, si se observa detenidamente el escenario en el que el agente judicial debe actuar cuando encuentra que se dan los requisitos para ordenar la detención preventiva de una persona, lo dicho en los últimos párrafos atrás transcritos de la sentencia de octubre de 2013 pierde asidero, en el sentido de que tal autonomía y el cumplimiento de los deberes del agente -contrario a lo que allí se sostiene- sí pueden llegar a verse afectados con la teoría hasta ahora vigente, pues es evidente que aquél (el agente) debe debatirse entre imponer la medida de detención preventiva cuando se den las condiciones o requisitos que al efecto indican las disposiciones legales –sea el Decreto 2700 de 1991, la Ley 600 de 2000 o la 906 de 2004- o, por el contrario, desacatar la ley y hasta la Constitución Política y abstenerse de imponerla, toda vez que, si se inclina por la primera opción y el proceso culmina sin una condena en contra del procesado, se puede generar una acción de responsabilidad frente a la administración y, por consiguiente, hasta la posibilidad de que se repita en contra suya, esto es, de quien impuso a medida y, en cambio, si acoge la segunda opción, pueden tanto él como la administración ser llamados a responder, esta vez por la omisión en el cumplimiento de sus funciones.



El caso concreto

Legalización del allanamiento, captura y legalidad de la medida de aseguramiento

Sea lo primero destacar que el Juez de Control de Garantías, al momento de la imposición de la medida de aseguramiento no realiza juicio de responsabilidad penal alguno, solo verifica el cumplimiento de los requisitos para imponerla, con base en las pocas pruebas que presenta la Fiscalía.

Lo anterior por cuanto, con base en lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 37 del Código Penal, **“la detención preventiva no se reputa como pena”**, por cuanto las medidas preventivas y las privativas de la libertad son de carácter cautelar, mas no punitivo y no riñen, de manera alguna, con la presunción de inocencia.

El Decreto Ley 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, para imponer una medida de aseguramiento exigen acreditar la existencia de indicios, en cambio la Ley 906 de 2004, deja a la autonomía judicial del Operador Judicial, realizar una inferencia razonable de los ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN, aportados por la Fiscalía.

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, 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”²

Como quiera que para esta conducta punible de fabricación y porte de sustancia estupefaciente, la ley impone una pena superior a los cuatro (4) años, por lo que se cumple uno los requisitos previstos en el artículo 313 de la Ley 906 de 2004, para imponer medida de aseguramiento, como en efecto ocurrió y dada la gravedad de la misma, además debía garantizar la comparecencia de los indiciados, por lo que dicha detención debía ser intramural.

² Al respecto, también se puede consultar, entre otras, la sentencia C-774 de 2001.



Al decretarse la medida de aseguramiento el Juez de Garantías, procedió por solicitud de la Fiscalía, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 306, 308, 310, 311 y 313 del Código de Procedimiento Penal.

Adicionalmente, debe tenerse presente que en esta etapa procesal, el Juez de Garantías no cuenta con todo el destape probatorio que realizó la Fiscalía de una prueba inicial preliminar de PIPH que cuyo resultado preliminar dio positivo para sustancia estupefaciente y el peso neto de 17.860 gramos la sustancia, el destape total se realiza en las audiencias: preparatoria y de juicio, como lo establece el numeral 2 del artículo 288 de la Ley 906 de 2004.

En el actual Sistema Penal Acusatorio, el destape probatorio solo se realiza a partir de la audiencia de acusación (art 344), por lo que en las audiencias preliminares la fiscalía no presenta una plena prueba de la imputación y el debate de las pruebas solo se realiza en la audiencia de juicio.

En esta etapa de las audiencias preliminares el Juez de Garantías de Girardot, no contó con una PLENA PRUEBA, por cuanto, sólo cuenta con ELEMENTOS PROBATORIOS PRELIMINARES O ACTOS DE INVESTIGACIÓN, que los Organismos de Investigación y la Fiscalía presentan con la imputación, razón por la cual, como se ha expresado, solo cuenta con prueba indiciaria: en esta caso integrada por: el informe ejecutivo FPJ-3 del 11 de noviembre de 2017, el informe de laboratorio del 16 de noviembre de 2017, el informe de captura en flagrancia, la sustancia incautada, el peso neto de 17.860 gramos y el resultado preliminar de la prueba PIPH que realizó la Policía, por lo que era necesario vincular al aquí demandante al proceso penal para clarificar su situación jurídica y esclarecer su participación en los hechos.

En esta etapa procesal no se trata de establecer la responsabilidad penal del procesado, sino de establecer una inferencia sobre su posible participación en la comisión de una conducta que revista las características de delito³.

Así mismo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha destacado que el estándar probatorio para imponer y revocar una medida de aseguramiento es básicamente “(...) **la inferencia razonable de autoría o participación que no es otra cosa que la deducción efectuada por el funcionario judicial sobre la probabilidad que existe, en términos lógicos y razonables dentro del espectro de posibilidades serías, que el imputado haya cometido y/o dominado la realización de la conducta ilícita o haya participado en su ejecución, sin que tal operación mental, fundada en el valor demostrativo de las evidencias puestas a su disposición, implique un pronóstico**

³ Corte Constitucional. Sentencia C 673 de 2005. M. P. Dra. Clara Inés Vargas



anticipado de responsabilidad penal o equivalga a la certeza sobre el compromiso del procesado.⁴ (Negrilla fuera de texto)

Por lo anterior, en el desarrollo del proceso penal no se puede desconocer el principio de progresividad, según el cual, una es la prueba para imponer la medida de aseguramiento, otra para decretar la preclusión y otra con mucho más convicción probatoria, sólida y suficiente que permitirá al Juez de conocimiento obtener un grado de convencimiento sobre la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda, para imponer una sentencia de condena.

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 388⁵ del Decreto 2700 de 1991, 356⁶ de la Ley 600 de 2000 e, incluso, el 308⁷ 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.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Decisión del 24 de julio de 2017. Rad.: 47850. M. P. Dr. Eugenio Fernández Carlier.

⁵ “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 ...”.

⁶ “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...”.

⁷ “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 ...”.



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 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. (Consejo de Estado, CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., sentencia del 15 de agosto de 2018, expediente No. 66001-23-31-000-2010-00235-01- NI 46.947, Demandante: Martha Lucía Ríos Cortés y Otros. Demandada: Nación Rama Judicial y Fiscalía).

Es este contexto, es pertinente resaltar que el proceso penal colombiano se caracteriza porque rige o se reconocido, entre otros, el principio de progresividad. Este ha sido reconocido y desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que precisamente es responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación verificar si para imputar (y consecuentemente solicitar una medida de aseguramiento) se encuentran los presupuestos exigidos por la Ley procesal penal. En tal sentido ha expresado la Sala Penal:

“Afirmar que la acción penal es técnicamente un ius ut procedatur o derecho a que se proceda no es una mera formulación teórica, sino



que en la práctica supone reconocer la existencia de determinados momentos en el iter procedimental donde se va depurando la acusación. Precisamente por esta razón la acción penal, a diferencia de la civil, se caracteriza por ese desarrollo progresivo y escalonado, donde a través de una serie de opciones y decisiones jurisdiccionales se efectúa el control de la consistencia y fundamentación de la acusación.

En los diversos «escalones» del proceso penal la Fiscalía debe examinar previamente su fundabilidad. El primero de estos momentos o «escalones» viene constituido por el control jurisdiccional efectuado sobre los actos procesales de iniciación que determinan una imputación de parte. El grado de verosimilitud en que se funda este escalón es una simple posibilidad. Por ello el artículo 287 de la Ley 906 señala que la imputación se eleva cuando, de los ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS, evidencia física o información legalmente obtenida, se infiere razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. La imputación formal no sólo es una exigencia que posibilite el derecho de defensa (art. 290 ibídem), sino que cumple la función garantista de evitar, en un primer estadio, las acusaciones infundadas.»⁸ (negrilla fuera de texto).

El proceso penal a medida que avanza exige un grado mayor de conocimiento, por ello tratándose de audiencias preliminares como la de imputación y medida, el conocimiento exigido es el menor que exige la Ley. Con razón expone la doctrina especializada que:

“Según vamos avanzando en el proceso penal el grado de conocimiento exigido al funcionario judicial: juez o fiscal según el caso; va aumentando, de tal suerte que la ausencia de duda en cuanto a la existencia del delito y la atribución de responsabilidad debe ir despejándose a través del tamiz del procedimiento.”⁹

Es por ello que, la ley exige diferentes grados de poder demostrativo por parte de los Elementos Materiales Probatorios que presenta la Fiscalía con la imputación, otro el que se adquiere a partir de la audiencia de acusación (art 344) momento a partir del cual se realiza el destape probatorio (que el juez no podía pasar por alto y en el que se esperaba

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 25 de abril de 2007. Rad.: 26309. M. P. Dr.: Yesid Ramírez Bastidas. Posición reiterada en: Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Decisión del 5 de junio de 2019. Rad.: 51007 M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar

⁹ Suárez Ramírez José Leonardo. Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable. Grados de conocimiento en el proceso penal colombiano. Bogotá. Editorial Ibáñez. 2018. Pág.: 15.



se reforzaran el material probatorio requerido) y otro más exigente en la audiencia de juicio, en la que se controvierten todas la pruebas.

En este caso como ya se anunció, existió una captura en flagrancia, la sustancia incautada, el peso neto de 17.860 gramos y la prueba preliminar de PIPH que daba cuenta que se trataba de una sustancia alucinógena, sustancia que era objeto de verificación de pureza, sustancia y peso.

Es por lo anterior que sí existió un acervo probatorio del que el Juez de Garantías realizó la inferencia razonable, al menos para el punible de porte y tráfico de sustancia alucinógena y al observar que si se reunían los requisitos para imponer la medida de aseguramiento, la decretó, además a la luz de lo dispuesto en la sentencia C - 037 de 1996, sin que la parte actora haya demostrado que la ilegalidad impartida a la captura y la imposición de la medida de aseguramiento sean arbitrarias, caprichosa o proferidas por fuera de los procedimientos legales, ni constitutivas de una VÍA DE HECHO, quedando así, desvirtuada su ANTIJURIDICIDAD.

Cabe destacar que contra dichas decisiones la defensa del aquí demandante no interpuso recurso alguno.

Además, dejo pasar la oportunidad que le brinda la ley con base en lo dispuesto en el artículo 318 de la Ley 906 de 2004, para solicitar la revocatoria de la medida de aseguramiento.

Conforme a los criterios expuestos se puede concluir en primer lugar que ante casos de “privación injusta de la libertad”, el Juez debe decidir el caso verificando si en el sub examine se atendió a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y legalidad sobre la imposición de medidas de aseguramiento. Lo anterior teniendo en cuenta es estándar probatorio y el grado de conocimiento exigido por la Ley Procesal Penal para la imposición de las medidas coercitivas de carácter personal. Además, el Juez de Garantías no podía prever que la sustancia incautada no era estupefaciente, por lo que debía cumplir con su deber de seguir con el trámite del proceso, mientras llegaba el resultado del laboratorio oficial.

Por lo anterior, de la revisión de las conductas punibles imputadas por la Fiscalía en el Código Penal, se observa que: para el porte y tráfico de sustancia alucinógeno, el legislador ha previsto una pena superior a cuatro (4) años, además debía asegurar la comparecencia de los indiciados, por lo que se cumplen los requisitos previstos en el artículo 313 de la Ley 906 de 2004, para imponer medida de aseguramiento, como en efecto y dada la gravedad de la conducta endilgada, dicha detención debía ser intramural.

Aunado a lo anterior, de cara a la compatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia, pertinente resulta recordar lo recientemente expuesto por la Honorable Sección Tercera del Consejo de Estado, en la **Sentencia de Unificación** del



15 de agosto de 2018, dentro del radicado No. 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947), Consejero Ponente Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, mediante la cual modifica y unifica su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales se reclama la reparación de daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona **a la que, posteriormente, se le revoca dicha medida**, decisión en la cual se indicó sobre el particular:

“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”¹⁰ (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,

¹⁰ Al respecto, también se puede consultar, entre otras, la sentencia C-774 de 2001.



*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, antijuridicidad y culpabilidad, en cuanto presupuestos que probados conjuntamente y con certeza judicial, a toda prueba, convergen para desvirtuar la presunción de inocencia”. (CONSEJO DE ESTADO, CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, sentencia del 15 de agosto de dos mil dieciocho (2018), expediente 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).

Siendo así las cosas, la medida de aseguramiento impuesta se encuentra ajustada a la constitución y la ley, es decir, fue proferida en derecho.

Aspecto muy diferente es que con el desarrollo de las audiencias del proceso penal y en un momento posterior al de la imposición de la medida de aseguramiento, al llegar al destape probatorio en la audiencia de acusación, la Fiscalía presente el resultado de una prueba oficial que desvirtúe la ilegalidad de sustancia, como en efecto ocurrió en este caso, sin que ello desvirtúe de la legalidad de la medida de aseguramiento.

Además no se puede pasar por alto, que en el decurso del este proceso, al conocerse el resultado oficial que precisaba que la sustancia correspondía a LEVAMISOL, ajena a las características propias de una sustancia ilícita pues se trata de un antihelmíntico



perteneciente a una clase derivados sintéticos de uso lícito comercial con fines veterinarios.

De la revisión del proceso penal se concluye que si existieron pruebas por practicar, desde la imposición de la medida de aseguramiento, que no se pudieron evacuar en la audiencia de juicio oral, no por negligencia de los Operadores Judiciales, sino porque se requería la validación de la clase y pureza de la sustancia en un laboratorio técnico oficial, obtenida esta la que determinó que no se trataba de una sustancia ilícita, la Fiscalía solicitó la preclusión.

Este cambio sorpresivo de los resultados de la sustancia, no puede atribuirse a los Jueces de Garantías para derivar una responsabilidad, por cuanto el Juez no podía suspender el trámite del proceso y revocar la medida de aseguramiento hasta la llegada del resultado oficial que determinó la clase de sustancia, razones por las que se considera que el daño que alega la parte demandante no tiene la calidad de antijurídico, pues, **tanto la decisión de privar preventivamente de la libertad al imputado y su posterior revocatoria fueron consecuencia del agotamiento de los procedimientos y requisitos, de seguridad del Aeropuerto tanto constitucionales, como legales, que la permiten y legitiman, en ejercicio del ius puniendi del Estado**, y en procura de unos fines superiores en los que prevalece el interés general, por ende, **se trató de un daño jurídicamente permitido**.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha destacado que bajo los presupuestos de la Constitución existen privaciones de la libertad que resultan legítimas en el marco de un proceso penal. En decisión de constitucionalidad del año 2016 resaltó lo siguiente:

“No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la libertad personal no es absoluto sino que se está sujeto a privaciones y restricciones temporales. Las privaciones legítimas a la libertad son llevadas a cabo por esencia en el marco del proceso penal, bajo la forma de sanciones contra el acusado, como consecuencia de su declaratoria de responsabilidad penal. Sin embargo, también en el trámite de la actuación el Estado puede afectar la libertad personal a través de decisiones cautelares, denominadas medidas de aseguramiento, transitorias, decretadas con fines preventivos.

Las medidas de aseguramiento implican la privación efectiva del derecho a la libertad personal, restricciones a su ejercicio o la imposición de otras obligaciones, con el objeto general de garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas dentro del trámite, la presencia del imputado en el proceso y asegurar la estabilidad y tranquilidad sociales, de modo que se contrarresten hipotéticas e indeseables situaciones como producto del



tiempo transcurrido en la adopción de la decisión y las medidas de fondo a que haya lugar.”¹¹

Siendo así las cosas, y de cara a la compatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia, pertinente resulta recordar lo recientemente expuesto por la Honorable Sección Tercera del Consejo de Estado, en la **Sentencia de Unificación** del 15 de agosto de 2018, dentro del radicado No. 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947), Consejero Ponente Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, mediante la cual modifica y unifica su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales se reclama la reparación de daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona **a la que, posteriormente, se le revoca dicha medida**, decisión en la cual se indicó sobre el particular:

“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 adelante 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”¹² (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

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C – 469 de 2016. M. P. Dr.: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹² Al respecto, también se puede consultar, entre otras, la sentencia C-774 de 2001.



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, antijuridicidad y culpabilidad, en cuanto presupuestos que probados conjuntamente y con certeza judicial, a toda prueba, convergen para desvirtuar la presunción de inocencia**”.* (CONSEJO DE ESTADO, CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, sentencia del 15 de agosto de dos mil dieciocho (2018), expediente 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).

En este orden de ideas, la medida de aseguramiento impuesta se encuentra ajustada a la constitución y la ley, es decir, fue proferida en derecho.

Sobre el particular, pertinente es señalar que cuando la Fiscalía en el curso de un proceso penal solicita la absolución del acusado, el Juez de Conocimiento debe dar



aplicación a lo normado en el artículo 448 de la Ley 906 del año 2004, Código de Procedimiento Penal, en virtud del principio de congruencia según el cual:

“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”

En virtud de lo anterior, el Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento no podía tomar otra determinación diferente a emitir el correspondiente fallo de carácter absolutorio en favor del demandante respecto del delito de acceso carnal violento agravado, al no haber una solicitud de condena por parte del ente acusador.

Respecto a la preclusión de la investigación penal, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha expresado:

Recuérdese que la Corte Constitucional en sentencia C-025 de 2010, al declarar exequible el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, amplió aún más su contenido en el sentido de conminar al fallador penal a emitir un pronunciamiento acorde con lo solicitado.

En igual sentido, en decisión del 21 de marzo de 2012, con ponencia del doctor JOSÉ LUÍS BARCELÓ CAMACHO, Radicación No. 38256, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, enseñó lo siguiente:

“9.5 La jurisprudencia ha dicho que en el sistema de la Ley 906 del 2004, la solicitud de absolución, hecha por la Fiscalía, implica el retiro de los cargos, tanto que, a voces del artículo 448, en ningún caso el juez puede emitir condena por delitos por los cuales el acusador no haya pedido esa decisión. (Sentencia del 13 de julio de 2006, radicado 15.843.)

En estricto sentido, cuando el juez condena por un delito no contemplado en la acusación o respecto del cual la Fiscalía no pidió ese tipo de decisión, lo que hace es asumir oficiosamente una nueva acusación, “pues en últimas tan obligado está el funcionario judicial para absolver por el delito acusado, en los casos en que la fiscalía renuncia a la acusación, como lo está para condenar o absolver solamente por los hechos y la denominación jurídica que han sido objeto de acusación y no por otras”

Es decir, jurisprudencialmente la petición de la Fiscalía para la emisión de una sentencia absolutoria se constituye en un verdadero retiro de los cargos por parte de la Fiscalía ya que finalmente es la titular de la acción penal. (...) (Negrillas y subrayas fuera del texto)



En dichas condiciones, puede afirmarse que si bien los Jueces gozan de autonomía e independencia judicial para elegir las normas jurídicas aplicables al caso concreto, para determinar su forma de aplicación, y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no es menos cierto que en esta labor no les es dable apartarse de los hechos, o dejar de valorar las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y, menos aún, desconocer las disposiciones constitucionales o legales, que rigen el procedimiento que orientan el proceso bajo cuya dirección adelantan, para el caso concreto la Ley 906 de 2004, que obliga al Juez Penal de Conocimiento a emitir una decisión favorable al procesado cuando no sea posible probar más allá de toda duda la responsabilidad del acusado, en atención además al principio de congruencia, en razón de la solicitud de **preclusión** elevada por el Ente Acusador, **lo cual conlleva un efectivo desistimiento del ejercicio de la acción penal, por cuanto no se trata de una decisión, arbitraria, caprichosa o proferida por fuera de los procedimientos legales.**

Se advirtió por parte de la Corte que en este tipo de casos, cuando hay imposición de medida de aseguramiento pero absolución en aplicación del principio in dubio pro reo, la responsabilidad del Estado no opera de forma automática o/y objetiva, y esto se explica ya que en este tipo de casos la labor del Ente Acusador y del Juez de Conocimiento se torna más compleja de discernir. Esto por cuanto la Corte reconoce que, conforme al esquema procesal vigente, el mismo se adecua a una serie de principios tales como los de inmediación, contradicción, oralidad, entre otros, y que también la facultad de investigar y juzgar se encuentran en diferentes Instituciones. De allí que, a manera de ejemplo, al no existir en este esquema procesal lo que anteriormente se conocía como permanencia de la prueba, solamente en juicio oral al momento de practicarse las pruebas se puede determinar si el testigo miente, se contradice o si por el contrario dice la verdad y ayuda a soportar una teoría de caso. Esto implica que la valoración que hace un juez de garantías respecto de los elementos materiales probatorios es diferente a la que hace el Juez de Conocimiento para emitir fallo condenatorio o absolutorio. En este sentido menciona la Corte:

*“Téngase en cuenta, por ejemplo, que en el esquema procesal penal anterior al actual el Fiscal tenía la posibilidad de interactuar de manera más directa con la prueba; sin embargo, una vez se expide la Ley 906 de 2004, el protocolo procesal e investigativo cambió trascendentalmente de tal manera que **la inmediación probatoria queda como asunto reservado al juez de conocimiento y, en ese orden, una investigación que en principio parecía sólida, podría perder vigor acusatorio en el juicio oral.**”*

En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial, en el cual la contradicción y la valoración de la prueba, se materializan en el



juicio oral, es desproporcionado exigirle al Fiscal y al juez con función de control de garantías que hagan valoraciones propias de otras fases procesales en aras de definir, en etapas tan tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria que se mostraban uniformes, la imposibilidad de que el procesado hubiera ejecutado la conducta, ya que, se reitera, quien tiene la competencia para decidir acerca de la contundencia demostrativa de aquellos elementos es un funcionario judicial que actúa en etapas posteriores a las previstas para definir asuntos como la libertad.

Es incuestionable, entonces, que solo ante la contradicción en el juicio oral se puede evidenciar que los testimonios, las pericias y los demás tipos de prueba obtenidos por el Estado tenían fallas o admitían lecturas contrarias.”¹³

Es así como del análisis de la sentencia se concluye que cuando una persona es sometida a una medida privativa de la libertad y posteriormente es absuelta, sin importar la ley penal bajo la cual se tramitó el respectivo proceso penal, o la causal por la cual se profirió la absolución, habrá lugar a responsabilidad del Estado, en aplicación de la teoría del daño especial, entendido éste como aquel que el individuo no estaba obligado a soportar, sin que en estos casos, tenga relevancia la juridicidad de la conducta del agente estatal.

Sin embargo y pese a la posición anteriormente esgrimida, en sentencia proferida el 10 de agosto de 2015, Consejero Ponente Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa Radicación 54001233100020000183401(30134) Sección Tercera del Consejo de Estado, adoptó otra posición y cuyo eje está enfocado a realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustentan la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio de la in dubio pro reo, esconde deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son las que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación penal a su favor.

La sentencia de unificación señala también que, si bien el régimen de responsabilidad aplicable al caso de la persona privada de la libertad que finalmente resulta exonerada penalmente ya sea por sentencia absolutoria o su equivalente, es el régimen objetivo del daño especial; ello no es óbice para que también concurren los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, caso este en el cual se determina y aconseja fallar bajo el régimen subjetivo.

No obstante lo anterior, a la hora de resolver el caso concreto, esto es, en la ratio decidendi del fallo, la Sala Plena de la Sección Tercera habilita al juez contencioso administrativo para que en el marco de su competencia, a la hora de resolver sobre la responsabilidad del Estado en los casos en que una persona es privada injustamente de la libertad en el desarrollo de una investigación penal, y finalmente resulta exonerada penalmente

¹³ Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas



mediante la expedición de un fallo absolutorio a su favor o mediante decisión equivalente, para que realice un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determine si los argumentos que sustentan la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio de la in dubio pro reo, esconde deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son las que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación penal a su favor.

Téngase presente que el proceso se definió con base en la prueba química No.

La conducta del procesado

No obstante lo anterior, recordemos que la captura del aquí demandante se produjo en flagrancia, con la sustancia estupefaciente, es preciso tener en cuenta lo expresado por el Consejo de Estado, cuando se precluye una investigación por captura en flagrancia.

En materia de responsabilidad del Estado por daños causados por la administración de justicia, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que la lesión se entenderá como debido a la culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo.

A partir de lo prescrito por el artículo 63 del Código Civil, la culpa es la conducta reprochable de la víctima, por violación del deber objetivo de cuidado, al no prever los efectos nocivos de su acto o, habiéndolos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos. Reviste el carácter de culpa grave aquel comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, al paso que el dolo es asimilado a la conducta realizada con la intención de generar daño a una persona o a su patrimonio

La Sala, con arreglo a estas disposiciones ha exonerado de responsabilidad al Estado en aquellos eventos en los cuales personas, que han sido privadas de la libertad y luego absueltas, contribuyeron con su actuación dolosa o gravemente culposa en la producción del daño.

En el presente caso no puede pasarse por alto que el aquí demandante con seis (6) semestres de universidad militar, que le dan una inteligencia superior en comparación a quien no ha tenido dicha oportunidad, no fue lo suficientemente prudente para gestionar el transporte de sustancias químicas, como el LEVAMISOL por cuanto dicha sustancia reacciona ante pruebas químicas de PIPH, de manera similar a una sustancia estupefaciente, por lo que era necesario al menos a dicha sustancia acompañara los documentos que indique las especificaciones mínimas de la sustancia que se va a transportar, su procedencia, **al menos la factura de compra**, pues se trataba de un envío a través de un aeropuerto internacional, (en el Acta de Incautación del 16-11-17 suscrita por el Agente Edison Andrés Patiño, no relaciona ningún documento) por lo que



el hoy demandante estaba expuesto a que en cualquier momento, las autoridades lo requieran e indaguen por el contenido, como en efecto sucedió, por lo que, al no contar con esos documentos mínimos, se expuso de manera imprudente, porque confió en poder evitar que las autoridades no le solicitaran documentos de la sustancia que transportaba, siendo su actuar, no como el de un buen padre de familia que vive en sociedad, sino descuidado, negligente, gravemente culposo y determinante en la configuración de la restricción de su libertad, por lo que las Autoridades Aeroportuarias indagaron por el contenido de la caja de icopor y al no poder justificar documentalmente lo que transportaba lo aprendieron y fuese puesto a disposición de la autoridad competente y se le impusiera medida de aseguramiento hasta tanto demostrara que la sustancia no era ilícita, recordemos que al momento de su captura, solo de viva voz expresó que se trataba de un producto veterinario, pero sin un apueba documental que así lo demostrara, configurándose así el eximente de responsabilidad denominado CULPA ESCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.

De otra parte, aduce el demandante que fue excluido de la carrera militar, no obstante haber presentado la copia de la sentencia absolutoria y contra dicha decisión solo interpuso recurso de reposición, por lo que llama la atención que con dos (2) abogados asesorándolo no instauró una acción de tutela, para reclamar su derecho fundamental, omisión que es atribuible a su omisión, más no a los Operadores Judiciales, omisión que denota falta de gestión, lo que configura una CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.

Bajo esta perspectiva, la Sala en reiteradas ocasiones ha considerado la configuración de una causa extraña que impide que el daño antijurídico sea imputado a Rama Judicial y en un caso similar, al respecto expresó:

“ACCION DE REPARACION DIRECTA - Niega pretensiones. Caso: Privación injusta de la libertad del demandante que fue sindicado del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes y se decretó preclusión en aplicación del principio de in dubio pro reo

“ACCION DE REPARACION DIRECTA - Privación injusta de la libertad / EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Culpa exclusiva de la víctima / CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA - Conducta determinante para su captura porque fue aprendido en flagrancia con droga

El daño antijurídico está demostrado puesto que el señor (...) estuvo privado de su derecho fundamental a la libertad personal, desde el 9 de noviembre de 2005 hasta el 5 de enero de 2006 (...) La privación injusta de la libertad como escenario de responsabilidad está regulada en la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, en el artículo 68 que establece que quien haya sido privado de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios. (...) En materia de responsabilidad del



*Estado por daños causados por la administración de justicia, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que la lesión se entenderá como debido a la culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo. (...) **Al descender estas consideraciones al caso, se advierte que el hoy demandante desplegó una conducta determinante para que los agentes de la Policía Nacional lo capturarán y posteriormente la Fiscalía dictara medida de aseguramiento en su contra. En efecto, la Fiscalía dictó medida de aseguramiento de detención preventiva contra (...) por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, porque fue aprendido en flagrancia con droga (...) la Fiscalía 64 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito precluyó la instrucción a favor de (...) porque las dudas sobre la autoría del delito fueron resueltas a su favor (...) Ante la situación generada por la propia víctima, al ente investigador no le era exigible una conducta diferente que la de ordenar la medida restrictiva de la libertad** con fundamento en los indicios recolectados y que apoyaban la tesis del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. Bajo esta perspectiva, la Sala declarará la configuración de una causa extraña que impide que el daño antijurídico sea imputado a la demandada". (CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA - SUBSECCION C, Consejero ponente: GUILLERMO SANCHEZ LUQUE, sentencia del 26 de septiembre de 2016, radicación número: 05001-23-31-000-2009-00409-01(49582), actor: JAMES GONZALEZ OCAMPO Y OTROS).*

En este contexto, ante la situación generada por la propia víctima, al Juez de Garantías no le era exigible una conducta diferente que la de ordenar la medida restrictiva de la libertad con fundamento en el resultado preliminar de la prueba PIPH recolecta que apoyaba la tesis del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

El artículo 67 de la Ley 906, respecto al deber de denunciar, consagra:

“Artículo Deber de denunciar. Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.

El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente.

El Consejo de Estado, respecto al deber de denunciar, señala:

“CONTENIDO: Culpa exclusiva de la víctima se configura al omitir el deber de denuncia, tratándose de acciones de reparación directa por privación injusta de la libertad el término de caducidad se empieza a contar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el



*momento en que quede en libertad el procesado, lo último que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad. ahora, en relación con la responsabilidad patrimonial del estado derivada de la privación injusta, el artículo 70 de la ley 270 de 1996 dispone que la culpa exclusiva de la víctima se configura cuando esta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley, mientras que el artículo 67 prevé que el afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad al imputado cuando esta se produzca en virtud de una providencia judicial, en ese orden, **para el caso en estudio, se concluye como una actuación “absolutamente reprochable” de la demandante su comportamiento irregular consistente en no denunciar el secuestro extorsivo de su hermana cuando tuvo conocimiento del mismo. así, se tiene que ésta omisión fue la causa eficiente en la producción del daño, pues a pesar de que la referida actora fue exonerada de responsabilidad penal, las decisiones que adoptó la rama judicial que condujeron a la privación de su libertad, se encuentran justificadas**”. (Consejo de Estado SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A, rad.: 20001-23-31-000-2010-00501-01(50.155), Consejera ponente: Dra. Marta Nubia Velásquez Rico, demandado: Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación y otros)*

En este orden de ideas, aunque el actuar irregular y negligente del privado de la libertad frente a los hechos que dieron lugar a la investigación penal y, por supuesto, a la privación de la libertad o el comportamiento por él asumido en el curso del proceso punitivo no haya sido suficiente ante la justicia penal para proferir una sentencia condenatoria en su contra, en sede de responsabilidad civil y administrativa, y con sujeción al artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 63 del Código Civil, podría llegar a configurar la culpa grave y exclusiva de la víctima, y exonerar de responsabilidad a la entidad demandada.

Dicho de otra manera, que la parte demandante haya sido absuelta por la justicia penal, ello no quiere decir, per se, que se configure la responsabilidad patrimonial de la administración, pues debe revisarse la culpa del penalmente investigado, pues, pese a que su actuación no haya tenido la magnitud para configurar el delito endilgado en su contra, sí puede exonerar patrimonialmente a la entidad demandada, por cuanto la decisión judicial adoptada que condujo a la privación de su libertad se justifica por su comportamiento irregular al no denunciar y decidir con su banda hacer justicia por su propia mano.

Por otro lado, advirtió que la culpa es la conducta reprochable de la víctima por violación del deber objetivo de cuidado, al no prever los efectos nocivos de su acto o habiéndolos previsto confiar imprudentemente en poder evitarlos; y reviste el carácter de culpa grave el comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, al paso que el dolo



es asimilado a la conducta realizada con la intención de generar daño a una persona o a su patrimonio.

Con todo, el Consejo de Estado ha exonerado de responsabilidad al Estado en los casos en que las personas que han sido privadas de la libertad y luego absueltas contribuyeron con su actuación dolosa o gravemente culposa en la producción del daño (C.P. Guillermo Sánchez Luque). (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 05001233100020090040901(49582), Septiembre 26 de 2016).

El daño no puede ser eventual, hipotético o incierto

El aquí demandante reclama como perjuicios la pérdida de oportunidad, la que estructura como la posibilidad, como una expectativa de estructurar un futuro mejor al obtener su carrera militar, porque al momento de los hechos era un estudiante, no tenía una vinculación laboral, no obstante como ya se indicó, no fue lo suficientemente diligente para reclamar su reingreso a la universidad militar, a través de una acción de tutela, omisión que no puede ser atribuible a los Operadores Judiciales, por lo que en este caso el daño reclamado se torna en EVENTUAL, HIPTETICO E INCIERTO.

La jurisprudencia de la Sección se ha valido de tres criterios para establecer la existencia de una PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD como un verdadero daño antijurídico, cuales son¹⁴:

*“(i) **Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde**, aunque la misma envuelva un **componente aleatorio**, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo -pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual-, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de ‘una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente’¹⁵ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes¹⁶;*

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 18593. Reiteración en sentencia de 30 de enero de 2013, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 23769.

¹⁵ Cita textual del fallo: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Pérdida de chance Presupuestos. Determinación. Cuantificación, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39.

¹⁶ Cita textual del fallo: A este respecto se ha sostenido que “... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta” (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, Responsabilidad civil extracontractual, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.



(ii) *Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida²³; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.*

Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable -dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no-, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta -se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían¹⁷-;

(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba,

En similar sentido, Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado.

La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad” (subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Pérdida de chance, cit., p. 263. 23 HENAO, Juan Carlos, El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

¹⁷ Cita textual del fallo: Al respecto la doctrina afirma que “...‘en el lucro cesante está ‘la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca’, mientras que en la pérdida de chance hay ‘un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla’, diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio”. Cfr. VERGARA, Leandro, Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Pérdida de chance, cit., p. 262.



*posición jurídica que 'no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida'*¹⁸.

En este orden de ideas, en el presente caso no se reúnen los presupuestos para la configuración de un daño cierto, respecto a las expectativas futuras que se vieron limitadas por el proceso penal en el que fue absuelto.

Por esa razón, advirtió que así sea evidente, en el juicio de responsabilidad la configuración de una falla del servicio imputable al Estado, la presencia de un daño eventual o hipotético hace improcedente el estudio de fondo de la solicitud indemnizatoria. (Consejo de Estado, sentencia 25000232600020050037001 (37304), Oct. 11/17)

Deficiencia probatoria

Como quiera que el Ente investigador, a la luz de lo dispuesto en los artículos 7 y 381, de la Ley 906 de 2014, se comprometió demostrar la responsabilidad del imputado más allá de toda duda, para imponer una sentencia de condena, los cuales establecen:

“Artículo 7º. Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda

Por su parte el artículo 381, establece:

Artículo 381. Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

¹⁸ Cita textual del fallo: ZANNONI, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 110-111.



La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

No obstante, en el presente caso como ya se advirtió, el Ente Investigador no logró desvirtuar la presunción de inocencia, como la sentencia absolutoria por duda, por cuanto la Fiscalía se había comprometido desde la formulación de la imputación a demostrar más allá de toda duda, la responsabilidad penal del indiciado, pero que por la deficiencia probatoria, por cuanto no hubo prueba en su contra, toda vez que, el único testigo Brayan Camilo Baquero quien lo sindicó como autor del homicidio, por lo que era necesario clarificar su situación jurídica.

En este orden de ideas, al estar presente en la escena de los hechos, era necesaria establecer su grado participación en los hechos y el juez de control de garantías por la gravedad del delito imputado, por lo que decidió imponerle medida de aseguramiento restrictiva de la libertad, debido a que encontró demostrado el requisito de necesidad de la medida, en tanto las circunstancias permitían inferir la probabilidad de participación en el homicidio imputado.

Y de la revisión del proceso se evidencia que solo en la etapa de juicio fue en la que se evacuaron totalmente las pruebas ante el Juez de Conocimiento, razón por la cual, la mayoría eran desconocidas por el Juez de Garantías, como la prueba testimonial decretada pero que no pudo ser recepcionada ni controvertida en la audiencia de juicio, por lo que era necesario verificar si realmente la aquí demandante tuvo o no participación en el homicidio del señor JUAN DANIEL CORONADO, por lo que la medida de aseguramiento era necesaria, pero dicha privación en momento alguno es ANTIJURÍDICA, por cuanto se ajustó a las disposiciones legales vigentes.

Es por lo anterior que, cuando la Fiscalía incumple sus deberes probatorios, lo cual da lugar a que se deba absolver al procesado no surge la responsabilidad del Estado respecto de la Nación - Rama Judicial, toda vez que, la privación de la libertad, tuvo origen en el caudal probatorio allegado inicialmente por el Ente investigador, en los que, por las deficiencias allí consignadas, el proceso no contó con las pruebas suficientes para ser tenidos como plena prueba y soportar una decisión condenatoria contra la aquí demandante, además que un tercero, acepto cargos y se sometió sentencia anticipada, motivo por el cual, es a quien se le debió reclamar los perjuicios.

4.- PRUEBAS Y PERJUICIOS

La parte actora solicita indemnización de perjuicios, materiales, morales, a la vida de relación y a los derechos constitucionalmente protegidos, los cuales no hay lugar a su reconocimiento, con base en los argumentos de hecho y de derecho anteriormente expuesto.



Reclama perjuicios por daño emergente por lo pagado a dos (29 profesionales del derecho, cancelando a uno \$30'000.000, en un proceso que duró solo tres (3) meses y no obstante los anteriores honorarios no impugnaron el auto que impartió legalidad a la captura ni contra la medida de aseguramiento, ni con base en el artículo 318 de la Ley 906 de 2004, no solicitaron la revocatoria de dicha medida, además la prueba técnica química (Informe de laboratorio No.99410) que condujo a la preclusión de la investigación la aportó El Cuerpo Técnico de la Fiscalía, y no la firma privada de investigadores que se contrató, de la que tampoco se observa aporte alguno al proceso, además porque no era necesaria, solo se requería EL INFORME DE LABORATORIO QUIMICO, que definía si la sustancia incautada era lícita o no, el proceso por el pago de honorarios al abogado defensor aportando copia del contrato de prestación de servicios, prueba que no es suficientes para obtener su reconocimiento, como lo establece el Consejo de Estado cuando precisa:

*“En lo tocante a los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, la Sala encuentra que estos se limitan a los gastos de defensa que tuvo que asumir la demandante en el proceso penal (...) [L]a Sala no tomará el valor que aparece en la certificación aportada por la parte demandante porque **no se allegaron los soportes tributarios** de los alegados pagos, tales como los comprobantes de retención en la fuente o las declaraciones de renta que den certera cuenta del ingreso de dicho capital al patrimonio del beneficiario y de su salida del de la víctima. En esta oportunidad se tendrá en cuenta el valor certificado por la Corporación Colegio Nacional de Abogados – Conalbos”. (Consejo de Estado, Consejero ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero, del 30 de noviembre de 2017, radicación No. 44001-23-31-000-2009-00079-01(45081), actor: Yiseth Bivian Oñate Perpiñan y otros, demandado: nación - fiscalía general de la nación y otros).*

Lo anterior por cuanto es deber de los abogados litigantes dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 392 del Estatuto Tributario, respecto a los honorarios recibidos, para acreditar que no son evasores, razón por la cual, no hay lugar a su reconocimiento.

Además, con base en las tarifas establecidas en lo dispuesto en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, dicho cobro es desproporcionado.

Como se advirtió de los investigadores contratados por la parte actora de la Firma París y Asociados en el proceso por \$20'000.000, no se evidencia actuación alguna en el proceso y nunca su contratación fue ordenada por los Operadores Judiciales, motivo por el cual no hay lugar al reconocimiento de los honorarios reclamados y la contratación fue una decisión privada de la parte actora.



Por lucro cesante reclama la suma de \$2'148.231, como expectativa de no poder ser Oficial del Ejército, expectativa que no fue frustrada por los Operadores Judiciales, sino por la negligencia con que actuó, al exponerse de manera imprudente al envío de una sustancia sin la documentación que acreditara la clase de sustancia de que se trataba, sabiendo que el contenido de la caja de icopor en cualquier momento podía ser requerida por la autoridad siguiendo los protocolos de seguridad del aeropuerto, reglas que él más que nadie las sabía dada su condición de estudiante de la Escuela de Cadetes, dicha calidad no lo eximia de ser sometido a una verificación del contenido, pero confió en poder evitarlas, con las consabidas consecuencias, por ello no puede invocar un desconocimiento de dichos protocolos para beneficiarse.

sin haber acreditado una vinculación laboral, ni la cotización a salud, a pensión, para él ni para sus padres, por lo que al parecer tenía vinculaciones laborales independientes, por lo que no hay lugar a la aplicación de la presunción de los 8.5 meses que tarda una persona en ubicarse laboralmente, según la sentencia del Consejo de Estado del 4 de diciembre de 2006, expediente 13.168 Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo. Además, NO SE ACREDITA LA EXISTENCIA DE UN PROYECTO DE VIDA COMÚN.

Perjuicios morales y a la vida de relación son excluyentes no acumulativos

El Consejo de Estado ha prohibido el doble pago de perjuicios morales y los relacionados con la vida de relación, como lo establece la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014, Expediente 26251, Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor Ana Rita Alarcón, demandado Municipio de Pereira, por cuanto son excluyentes y no acumulativos, por lo que no hay lugar a su reconocimiento. Además los perjuicios a la salud, no se encuentran acreditados, porque no se presumen.

Perjuicios para tíos y sobrinos

Frente a la pretensión indemnizatoria de los sobrinos y tíos del demandante el H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación Radicación número: 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460), no reconoce perjuicios morales a favor de tíos y sobrinos de la víctima, ya que respecto de los mismos no opera la presunción de aflicción que ha trazado la jurisprudencia de esa Corporación.

En relación con el perjuicio moral, el Consejo de Estado ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral.



Reclama perjuicios por una inversión que realizó por \$4'469.600,00 que realizó en el Centro de idiomas Berliz, valor que no puede catalogarse como perjuicio por cuanto dicha inversión quedo en su intelecto.

Por lo anterior, con todo respeto me permito expresar que con base en los argumentos de hecho y de derecho anteriormente expuestos, no hay lugar al reconocimiento de los perjuicios reclamados y se niegue la prosperidad de las pretensiones de la presente demanda.

Pruebas de la parte demandada

La Nación - Rama Judicial, con todo respeto considero que la parte actora ha aportado las pruebas esenciales del proceso penal, por lo que no considero necesario oficiar para solicitar copia escaneada del proceso penal. Sin embargo estaré atento al deber de colaboración que disponga el Despacho.

5.- ANEXOS

1.- Copia de la Resolución No. 5393 del 16 de agosto de 2017, por medio de la cual el Director Ejecutivo delega la función de Representación Judicial de la Nación - Rama Judicial en la Directora Administrativa de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal y Copia de la Resolución No. 7361 del 3 de noviembre de 2016 mediante la cual se nombra en propiedad a la doctora BELSY YOHANA PUENTES DUARTE como Directora Administrativa de la División de Procesos de la Dirección Ejecutiva de Administración judicial y Acta de posesión del 30 de noviembre de 2016.

6.- NOTIFICACIONES

Ministerio Público: Procuradora Judicial Administrativa Dr. : procjudadm@procuraduria.gov.co

Apoderado parte actora: Edgar Ricardo Cuervo Perdomo: correo: notijudiciales.cuervoabogado@gmail.com, 310-7942486 o 320-8057848..

Fiscalía General de la Nación: jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co

Las personales las recibiré en la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Calle 72 No.7 - 96 Piso 8º. Tel. 3127011 Ext. 705661 de Bogotá D.C. o en el buzón electrónico de notificaciones: Correo electrónico: notifdeaj@deaj.ramajudicial.gov.co o al mi correo institucional: jdazat@deaj.ramajudicial.gov.co Celular: 320-4685184.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

De la Señora Juez,

JESÚS GERARDO DAZA TIMANÁ

C.C. No 10'539.319 de Popayán.

T.P. No 43.870 del C. S. de la J.

Correo: jdazat@deaj.ramajudicial.gov.co

Cel: 320-4685184.