

Cartagena de Indias D.T y C., trece (13) de mayo de dos mil dos mil veintidós (2022).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-40-014-2016-00377-01
Demandante	HOVOT JAIR ARCHBOLD RAMOS Y OTROS
Demandado	NACIÓN – RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Tema	<i>Se confirma la sentencia de primera instancia/ No se demostró que la medida restrictiva de la libertad resultara desproporcional, ilegal e innecesaria- Privación injusta de la libertad – Ley 906 de 2004 – responsabilidad administrativa de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial por falla en el servicio.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante¹, contra la sentencia del 13 de agosto de 2019², proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda³

3.1.1.Pretensiones⁴:

En ejercicio de la presente acción, los demandantes elevaron las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. Declarar que la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA RAMA JUDICIAL son responsables administrativa y patrimonialmente por el daño antijurídico causado a los demandantes con la privación injusta y arbitraria de la libertad del señor HOVOT JAIR ARCHBOLD RAMOS.

SEGUNDA. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA RAMA JUDICIAL a reconocer y pagar como reparación integral del daño ocasionado a los perjudicados, las siguientes sumas de dinero, por los siguientes conceptos:

DAÑO MORAL:

¹ fols. 243-245 cdno 2 (doc. 53-55 exp. digital)

² Fols. 232- 241 cdno 2 (doc. 32-50 exp. digital)

³ Fols. 1-17 cdno 1 (doc.1- 17 exp. digital)

⁴ Fols. 1-3 cdno 1 (doc. exp. digital)



13-001-33-40-014-2016-00377-01

- HOVOT JAIR ARCHBOLD RAMOS (Víctima), el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- DESIRETH FLOREZ HERNANDEZ (Compañera), el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- ANA VICTORIA ARCHBOLD FLOREZ (Hija), el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- KETTY PATRCIA RAMOS CASTRO (Madre), el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- MARYOLIN MARTINEZ RAMOS (Hermana), el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- ANDREA ESTPHANY ARCHBOLD RAMOS (Hermana), el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- LUISA CARBONO MARTINEZ (Sobrina), el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DAÑO INMATERIAL POR AFECTACIÓN RELEVANTE A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS.- (Dignidad humana, libertad, debido proceso, buen nombre, honra y familia), las siguientes cantidades (...)

- HÓVOT JAIR ARCHBOLD RAMOS (Víctima), el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- DESIRETH FLOREZ HERNANDEZ (Compañera), el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- ANA VICTORIA ARCHBOLD FLOREZ (Hija), el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- KETTY PATRCIA RAMOS CASTRO (Madre), el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante

La FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la DIRECCION EJECUTIVA DE LA RAMA JUDICIAL deben pagar al solicitante HOVOT JAIR ARCHBOLD RAMOS, por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante las sumas de dinero dejadas de percibir por la víctima directa con motivo de su detención, ya que producto de esta conducta de la administración, perdió su trabajo, así como las demás prestaciones sociales que se acrediten.

El señor HOVOT JAIR ARCHBOLD RAMOS, laboraba como mototaxi, labor ésta que le proporcionaba \$600.000 mensualmente. Para efectos de la presente demanda se estiman de la siguiente manera:

NOMBRE	No. meses	IBL	Total
HOVOT JAIR ARCHBOLD RAMOS	13 meses con 27 días	\$900.000	\$12.510.000

(...)"

3.1.2. Hechos⁵

⁵ Fols.4-5 cdno 1 (doc.4-5 exp. digital)

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

Relató que el 27 de febrero fue capturado por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, abriéndosele investigación, e imponiéndose medida de aseguramiento consistente en privación de su libertad.

El 23 de abril de 2015, Fiscal le solicitó al Juez Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento la preclusión por el delito enrostrado al señor HOVOT JAIR ARCHBOLD RAMOS.

Finaliza indicando que, la privación de su libertad se prolongó por el término de 13 meses y 27 días en el Centro Penitenciario y Carcelario de Cartagena.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. Fiscalía General de la Nación⁶

La entidad demandada, como razones de su defensa indicó que el procedimiento se realizó conforme a lo dispuesto en la Ley 906/2004.

Agregó que su competencia es solo de investigación, y que es el juez de control de garantías quien determina si la solicitud es razonable, adecuada, necesaria y proporcional, concluyendo si impone o no medida de aseguramiento.

Respecto al caso concreto, manifestó que el Juzgado Penal con Funciones de Control de Garantías, legalizó la captura del señor HOVOT JAIR ARCHBOLD RAMOS, imputándole el delito tráfico fabricación y/o porte de estupefacientes, siendo impuesta en la misma audiencia concentrada, la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario; al analizar los elementos materiales probatorios, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se dieron los hechos medida que consideró necesaria, proporcional y justa, lo cual fue avalado y coadyuvado por el Ministerio Público, y la defensa técnica del hoy demandante quien no interpuso recurso alguno contra la misma.

Puso de presente, que en el caso en estudio no se cumple el imperativo legal de la responsabilidad objetiva por daño especial, porque el *in dubio pro reo* no está enlistado en los casos del ya derogado Artículo 414 del C.P.P., como argumento para aseverar que fue injusta la privación de la libertad del hoy demandante.

⁶ Fols. 41-69 cdno 1 (doc.52-80 exp. digital)

13-001-33-40-014-2016-00377-01

Como excepciones propuso las siguientes: (i) falta de legitimación en la causa por pasiva; (ii) cumplimiento de un deber legal; (iii) culpa exclusiva de la víctima; (iv) inexistencia del daño antijurídico; y (v) falta de nexo causal.

3.2.2. Rama Judicial⁷

La entidad demandada, como razones de su defensa, manifestó que, las hipótesis establecidas en el artículo 414 del Decreto Ley 2700: (i) Que el hecho no existió; (ii) Que la conducta no resulta constitutiva de delito; (iii) Que el procesado no lo cometió, mantienen su vigencia para resolver de manera "objetiva" - o régimen amplio-, la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, en las cuales se haya arribado a cualquiera de las conclusiones a las que hace referencia la citada disposición; razón por la cual, las demás situaciones que no se encuentren en los supuestos fácticos de esa disposición, se definen por el régimen subjetivo o de la falla en el servicio.

De esta forma, si la preclusión del procesado se verifica bajo cualquiera de las tres hipótesis consagradas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, el asunto debe ser analizado desde la perspectiva del régimen de la responsabilidad objetiva; régimen en el cual, no se analiza la licitud o ilicitud de la medida restrictiva de la libertad, sino el daño antijurídico irrogado al administrado que no estaba en la obligación de soportar. Desde esta perspectiva, no se encuentra configurada la responsabilidad administrativa de la Rama Judicial, pues en estos eventos la ley presume que la privación de la libertad fue injusta.

Trajo a colación las diversas jurisprudencias del Consejo de Estado, frente al régimen de responsabilidad aplicable a este tipo de asuntos, así como los postulados constitucionales del artículo 90, concluyendo que en el caso concreto la privación de la libertad del actor se debió a la orden emitida por la Fiscalía General, indicando que, si bien fue condenado por el juez de primera instancia, fue el ente investigador quien solicitó su preclusión.

Como excepciones propuso las siguientes: (i) falta de nexo causal; y (ii) hecho de un tercero.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁸

Mediante providencia del 13 de agosto de 2019 el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda, de la siguiente forma:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones formuladas en la demanda.

⁷ Fol. 82-96 cdno 1 (doc. 103-117 exp. digital)

⁸ Fols. 232- 241 cdno 2 (doc. 32-50 exp. digital)



13-001-33-40-014-2016-00377-01

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte vencida del proceso, las que serán a favor de la demandada, y liquidadas por secretaría de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

(...)"

La Juez en sus consideraciones indicó que, para acreditar el daño se allegaron varias actuaciones surtidas en el proceso penal adelantado contra actor, por el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, con radicado 13001-60-01129-2014-00766, entre las que se encuentra, el escrito de acusación, el acta de audiencia de fecha 28 de febrero de 2014 llevada a cabo por el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Garantías, mediante la cual se impone la medida de aseguramiento al demandante, el audio de dicha audiencia y el audio de la audiencia de preclusión.

En cuanto al tiempo de reclusión, encontró que permaneció privado de la libertad durante el lapso comprendido entre el 27 de mayo de 2014 y el 24 de abril de 2015.

Frente a la imputación, concluyó que, la captura obedeció al porte de sustancias alucinógenas, considerándose que encuadraba en la conducta punible de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, que el Código Penal establece en su artículo 376 y la detención privativa de la libertad, de que fue objeto el señor ARCHBOLD RAMOS, siendo el único sujeto de la misma, en razón a los elementos probatorios que reposaban en el expediente, que daban cuenta de los hechos acaecidos el 27 de febrero de 2014 y en aplicación de lo previsto en los numerales 2 y 3 del artículo 308 del código de procedimiento penal" es decir, ser el imputado un peligro para la sociedad y que resultaba probable que no compareciera al proceso o no cumpliera la sentencia, toda vez que de las pruebas allegadas se evidenciaba que aún bajo orden de detención domiciliaria, de los hechos se avizoraba el incumplimiento de dicha medida, pues al momento de los hechos, se encontraba fuera de su domicilio y además contaba con varias anotaciones por otras conductas punibles dolosas, como hurto calificado agravado, con condena inclusive; en todo caso, con ello no se tenía, de por sí declarada la responsabilidad penal del actor.

Encontró que, la preclusión de la investigación se dio ante la falta de evidencia de que las personas aprehendidas estuviesen distribuyendo o vendiendo estupefacientes, pues cuando fueron encontrados no estaban, ni consumiéndola, ni distribuyéndola, por ende considera que el verbo rector a imputar sería llevar consigo, pero al no establecerse quién de ellos portaba la sustancia estupefaciente, se estaba ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, concluyendo que tampoco se puede predicar coautoría; en esa medida revisada la lesividad de la conducta frente al bien jurídico tutelado, es decir, la salud pública, acorde con lo sostenido por la



13-001-33-40-014-2016-00377-01

Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, se trata de una autolesión, auto puesta en peligro y que eso está en la esfera de cada individuo si quiere optar o no por esos comportamientos destructivos, autodestructivos, por ende concluye que no se ha atentado contra el bien jurídico de la salud pública.

Adicional a lo antes expuesto, destacó que una vez capturado el señor ARCHBOLD RAMOS legalizándose la misma por el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, debía sujetarse a la medida de aseguramiento de privación de la libertad, como en efecto se hizo, de conformidad con los numerales 2 y 3 del artículo 308 del código de procedimiento penal, tan es así que contra dicha decisión no se interpuso recurso.

Así las cosas, determinó finalmente que la parte demandante no demostró que la captura haya sido injusta o ilícita, adicionando que, aun privado de la libertad con medida de detención privativa de la libertad domiciliaria, se encontraba incumpliendo con dicha orden, pues estaba fuera de su lugar de residencia, portando con otras personas sustancia prohibida, intentando botarla y huir de los policiales, además guardó silencio ante la pregunta de la autoridad sobre quién era el propietario de dicha sustancia. Por lo que, a su juicio, se configuró una culpa grave de la víctima como eximente de responsabilidad.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁹

La parte demandante como razones de inconformidad, manifestó que solo se tuvo en cuenta que la medida fue razonable y proporcional, situación está que no es del todo cierta, debido a que, que la medida si fue ajustada a derecho, no es menos cierto, que esta se tornó lesiva, toda vez, que la misma se extendió en demasía, precisamente por el descuido, falta de diligencia y negligencia de las entidades demandadas.

La suposición de que el bien de la sociedad justifique el sacrificio de la libertad del inocente, es en sí misma una instrumentalización de la persona en favor de la sociedad, incompatible con afirmación básica del carácter del hombre como fin en sí mismo.

Llamó mucho la atención, que en este proceso primó más lo procedimental que lo sustancial, contraviniendo de esta manera los derechos constitucionales al debido proceso, justicia, libertad y verdad.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

⁹ fols. 243-245 cdno 2 (doc. 53-55 exp. digital)



13-001-33-40-014-2016-00377-01

Por acta del 24 de octubre de 2019¹⁰ se repartió el presente asunto a este Tribunal, por providencia del 11 de marzo de 2020¹¹ se dispuso la admisión de los recursos de alzada; y, con providencia del 05 de octubre de 2020¹², se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante: No presentó escrito de alegatos.

3.6.2. Fiscalía General de la Nación: No presentó escrito de alegatos.

3.6.3. Rama Judicial¹³: Presentó escrito de alegatos, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia.

3.6.4. Ministerio Público: No rindió el concepto de su competencia.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2. Problema Jurídico

Para resolver el caso de marras, este Tribunal procederá a estudiar los argumentos expuestos por la parte apelante en su recurso, conforme lo establece el art. 328 del CGP; y para ello, deberá responder los siguientes problemas jurídicos:

¿Se encuentra demostrada en el proceso, la responsabilidad del Estado-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y RAMA JUDICIAL, por la privación de la libertad del señor HOVOT JAIR ARCHBOLD RAMOS?

¹⁰ Fol. 2 cdno 3 (doc. 2 exp. digital)

¹¹ Fol. 9 cdno 3 (doc. 9 exp. digital)

¹² Fol. 14 cdno 3 (doc. 17 exp. digital)

¹³ Fol. 17-19 cdno 3 (doc. 20-25 exp. digital)

De resolverse de manera positiva el anterior problema jurídico, se debe determinar:

¿Si se encuentran probados los perjuicios reclamados con la demanda?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala confirmará la sentencia apelada, ante la ausencia de prueba efectiva de una falla del servicio de las demandadas, todo de conformidad con las circunstancias que precedieron a la captura, la legalización de esta y la imposición de la medida de aseguramiento.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Responsabilidad Administrativa del Estado

El medio de control de reparación directa, tiene como fuente constitucional el artículo 90 Superior, desarrollado legalmente por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuya finalidad es la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado con motivo de la causación de un daño antijurídico.

En efecto, los estatutos citados disponen:

*“**ARTICULO 90.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”*

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

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública...”

En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que opere la responsabilidad extracontractual del Estado, es imperativo que confluyan los siguientes elementos¹⁴:

1. El **Daño antijurídico**, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima, quien no está obligada a soportar

¹⁴ Modernamente conocidos como daño antijurídico e imputación.



13-001-33-40-014-2016-00377-01

esa carga. Sin daño, no existe responsabilidad, de ahí que sea el primer elemento que debe analizarse.

2. El **Hecho Dañino**, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y
3. El **Nexo Causal**, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño

5.4.2. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

En lo relacionado con el tema de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado a través de su Sección Tercera ha construido una línea jurisprudencial sobre el tema, elaborada a partir de la Constitución Política de 1991, y bajo los postulados del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal), derogado por la Ley 600 de 2001 y la normativa vigente, contenida en los artículos 66 a 69 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de Administración de Justicia).

Sea lo primero mencionar lo que estipulaba el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991:

*"ARTÍCULO 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. **Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible**, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave."*

Por otro lado, la regulación contenida en la Ley 270 de 1996, norma vigente en esta materia, establece en su articulado respectivo lo siguiente:

"ARTÍCULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.

ARTÍCULO 67. PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

1. 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 del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.
2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.

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



13-001-33-40-014-2016-00377-01

ARTÍCULO 69. DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación."

En sentencia de Unificación SU- 072/2018, LA Corte Constitucional estableció que, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, **el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.** Al respecto, manifestó lo siguiente:

"105. Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica– es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.

En efecto, estando en ciernes la investigación, el ente acusador debe tener claro que el hecho sí se presentó y que puede ser objetivamente típico, luego, en este tipo de casos el juez administrativo puede ser laxo desde el punto de vista probatorio y valorativo, en tanto en estas circunstancias es evidente que la Fiscalía, hoy los jueces¹⁵, disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos y, en tal virtud, deberá ser la administración la que acredite que fueron causas ajenas e irresistibles a su gestión, las que propiciaron la imposición de la medida.

Nótese que en el primer evento basta con desplegar todo el aparato investigativo para establecer si fenomenológicamente hubo una alteración de interés jurídico penal. No puede, entonces, el juez o el fiscal imponer una medida privativa de la libertad mientras constata esta información, dado que esta debe estar clara desde los albores de la investigación. No en vano las diferentes normativas procesales han elaborado un esquema del cual hace parte una fase de indagación encaminada, entre otros propósitos, a establecer justamente si se presentó un hecho con trascendencia en el derecho punitivo que pueda ascender a la categoría de conducta punible.

El segundo evento es una tarea que reviste una mayor sencillez en tanto depende solo de un criterio jurídico esencialmente objetivo; se trata de un cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipificarían; de esa manera, muy pronto debe establecer el Fiscal o el juez si la conducta encaja en alguna de las descripciones típicas contenidas en el catálogo punitivo.

Lo anterior implica que en las demás eventualidades que pueden presentarse en un juicio de carácter penal, no pueda asegurarse, con la firmeza que exige un sistema de responsabilidad estatal objetivo, que la responsabilidad del Estado es palmaria y que bastaría con revisar la conducta de la víctima.

¹⁵ Artículos 39 y 306 de la Ley 906 de 2004.



13-001-33-40-014-2016-00377-01

Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma.

La condena automática del Estado cuando se logra demostrar que el acusado no fue responsable de la conducta punible –antes, “no cometió el hecho”- o que su responsabilidad no quedó acreditada con el grado de convicción que exige la normativa penal, no satisface la necesidad de un ordenamiento armónico que además avance a la par de los desafíos normativos.

Téngase en cuenta, por ejemplo, que en el esquema procesal penal anterior al actual¹⁶ 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 intermediación probatoria queda como asunto reservado al juez de conocimiento¹⁷ 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 judicial¹⁸, 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.

Así las cosas, incluir la absolución en ese caso o cuando, por ejemplo, no se logra desvirtuar la presunción de inocencia; concurre una causal de ausencia de responsabilidad como la legítima defensa o el estado de necesidad; o la conducta, a pesar de ser objetivamente típica, no lo era desde el punto de vista subjetivo, en los eventos en los cuales es indiscutible la responsabilidad estatal, además de negar los principios que la determinan, soslaya que tales circunstancias están determinadas por juicios esencialmente subjetivos.

Todo ello además exige tomar en cuenta que el nuevo sistema de procesamiento penal, inserto en la Ley 906 de 2004, es de naturaleza tendencialmente acusatoria y

¹⁶ Ley 600 de 2000, artículos 39, 40 y 74, entre otros.

¹⁷ “Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 16. INMEDIACIÓN. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías.

¹⁸ Artículo 203 y ss del C.P.P”



13-001-33-40-014-2016-00377-01

ha introducido figuras procesales propias de tal forma de investigar y acusar, entre las cuales ha de mencionarse –por ser relevantes para el asunto subjudice, el principio de oportunidad, la justicia premial y los preacuerdos y negociaciones.

Piéñese, por ejemplo, en los casos en que el ciudadano procesado, capturado en flagrancia o incluso mediando su aceptación de los cargos –confesión–, por razones de política criminal, después de varios meses de encarcelamiento efectivo, es beneficiado con la aplicación del principio de oportunidad (art. 324 y ss. del C. de P.P), caso en el cual a la postre será absuelto”.

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Certificado expedido por el INPEC, en el que se indica que el señor Hovot Archbold estuvo privado de la libertad entre el 27 de mayo de 2014 y el 24 de abril de 2015, ingresando por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes¹⁹.
- Cartilla biográfica del señor Hovot Archbold²⁰, en el que se relaciona según la anotación No. 6717949 que el 23 de abril de 2015 salió en libertad por órdenes del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena.
- Expediente proceso penal radicado con CUI 130016001129201400766 seguido por el Juzgado 9 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, en contra del señor Hovot Archbold y otros, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes²¹.
 - Acta de audiencia preliminar del 28 de febrero de 2014²².
 - Escrito de acusación²³.
 - Acta de audiencia de acusación realizada el 23 de abril de 2015, por medio de la cual se declara la preclusión²⁴.
- Audiencias preliminares y de acusación²⁵.

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Conforme a los argumentos que plantea la parte demandante en el recurso de apelación, se procederá a verificar si en el caso concreto están

¹⁹ fol. 129 y 199 cdno 1 (doc. 157 y 228 exp. digital)

²⁰ fols. 130-131 cdno 1 (doc. exp. 158-160 digital)

²¹ fols. 132-192 cdno 1 (doc. 161-221 exp. digital)

²² fol. 140- 141 cdno 1 (doc. 169-170 exp. digital)

²³ fols. 145-151 cdno 1 (doc. 174-180 exp. digital)

²⁴ fols. 184 cdno 1 (doc. 213 exp. digital)

²⁵ CD fol. 126 cdno 1

acreditados los presupuestos que permitan determinar la responsabilidad que se le imputa a la Nación- Fiscalía General y Rama Judicial.

5.5.2.1 El daño

El daño es conocido doctrinalmente, como el detrimento que es provocado a una persona en su integridad o en sus bienes que no tiene el deber de soportarlo ocasionado por el actuar o la omisión de una entidad estatal o de un particular que cumpla funciones administrativas.

En el presente caso, se configura con la restricción de la libertad que se le impuso al señor Hovot Archbold desde el 27 de febrero de 2014 al 24 de abril de 2015, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes²⁶, por parte del Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Garantías, la cual es precluida por solicitud de la Fiscalía General de la Nación en audiencia de acusación realizada el 23 de abril de 2015²⁷ ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento.

5.5.2.2 La imputación

En el caso concreto, el daño alegado por el demandante consiste en la restricción de la libertad a la que se vio sometido al ser imputado como responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Antes de abordar el análisis de los fundamentos que permitan adoptar una decisión de fondo, es necesario precisar que la privación injusta de libertad como presupuesto de responsabilidad del Estado, no privilegia un régimen de imputación en específico. La jurisprudencia actual tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, pregonan que para analizar y determinar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad no se privilegia un régimen objetivo, sino que, de acuerdo con las particularidades del caso y de la decisión que se adopte por el juez penal de conocimiento, se determinaría si el deber de reparar se fundamenta en la falla o falta del servicio o se aplica un régimen objetivo por daño especial.

En todo caso, es requisito esencial evaluar la legalidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento dictada, por ser la decisión que determina la restricción de la libertad y, además, se deberá analizar si la actuación de la víctima dio lugar a la medida restrictiva que se le imputa, es decir, si se configura la culpa exclusiva de la víctima.

²⁶ fol. 129 y 199 cdno 1 (doc. 157 y 228 exp. digital)

²⁷ fol. 184 cdno 1 (doc. 213 exp. digital)



5.5.2.2.1. Análisis de la legalidad de la medida de aseguramiento

La anterior apreciación se hace, debido a que, la A-quo resolvió la sentencia de primera instancia bajo el fundamento de la responsabilidad subjetiva, determinando una culpa grave por parte del actor, por cuanto no demostró que la captura haya sido injusta o ilícita, adicionando que, aun privado de la libertad con medida de detención privativa de libertad domiciliaria, se encontraba incumpliendo con dicha orden, pues estaba fuera de su lugar de residencia, portando con otras personas sustancia prohibida, intentando botarla y huir de los policiales, además guardó silencio ante la pregunta de la autoridad sobre quién era el propietario de dicha sustancia.

Hecha la anterior aclaración, se precisa que, en el presente caso, tanto la teoría de la parte demandante, es la hipótesis de un régimen de responsabilidad objetivo basado en la preclusión de la investigación. Sin embargo, conforme lo establecido en párrafos anteriores, no solo basta con demostrar la providencia absolutoria, sino que, además, es necesario demostrar que la medida de aseguramiento que se dictó resultó infundada, desproporcional e ilegal, y que el demandante no actuó con dolo o culpa grave que se hicieran merecedoras de la misma.

En vigencia de la Ley 906 de 2004, que fue el momento en el que se dispuso a detener a la víctima directa del daño, los requisitos legales que debían cumplirse para adoptar la medida de aseguramiento privativa de la libertad estaban previstos en su artículo 308 y eran los siguientes: a) La procedencia de la medida según el tipo de delito o la pena del delito imputado (art. 313), b) Existencia de evidencia física y elementos probatorios que permitiera inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga (Art. 308), c) Que la medida sea necesaria porque: (i) se requiere evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; (ii) el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o (iii) resulta probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

El presente asunto, en la audiencia concentrada celebrada el 28 de febrero de 2014 ante el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Garantías de Cartagena, la Fiscalía relató los hechos que dieron lugar a la solicitud de medida de aseguramiento:

"...nos indican que los hechos ocurrieron ayer 27 de febrero de 2014, a eso de las 16:20 horas cuando se encontraban realizando un plan de la Sljin Mear que se ha llamado el plan nacional de investigación criminal...se encontraban realizando en el barrio nuevo paraguay sector las lomas que en ese momento pues reciben una información de una fuente humana que reside en ese sector e informan que al lado de la cancha de microfútbol se encontraban varios sujetos distribuyendo, incluso consumiendo sustancias alucinógenas razón por la cual entonces para corroborar esa información



13-001-33-40-014-2016-00377-01

llegan al lugar y dicen que se encuentran con unos particulares que al notar nuestra presencia se despojaron de algunos elementos e intentaron darse a la huida, por esta razón los funcionarios de policía Judicial llegan al encuentro de los mismos y son acorralados gracias a la acción rápida de estos policiales, igualmente recogen ese elemento que hablan tirado que se trataba de dos bolsas plásticas, las individualizan como una de color azul, otra de color blanco y que en el momento de abrirlo tenían en su interior varias envolturas de bolsa."

En esa misma audiencia del 28 de febrero de 2014, la Fiscalía solicitó medida de aseguramiento solo frente al señor ARCHBOLD RAMOS, de la siguiente manera:

".. el artículo 306 de nuestro código de procedimiento penal nos indica la forma como se solicitara una medida de aseguramiento indicando pues que el fiscal se lo solicitará al Juez de control de garantías indicando la persona el delito los elementos de conocimiento necesario para sustentar la medida y la urgencia las cuales igualmente sabemos se evaluarán en esta audiencia, cumpliendo entonces con estos requisitos procedemos a decir que la Fiscalía solicita medida de aseguramiento contemplada en el artículo 307 de nuestro Código de Procedimiento Penal según su literal a) qué es una medida privativa de libertad conforme al numeral primero detención preventiva en establecimientos de reclusión que esta medida de aseguramiento se le solicita al señor HABOT JAIR ARCHIVOLD RAMOS, persona está que se identifica con la cédula 1.047.469.356 de Cartagena...tenemos entonces que a esta persona se le realizó imputación por delito de tráfico fabricación y porte de estupefacientes en calidad de coautor Junto con otras personas que también resultaron capturas de las cuales la Fiscalía decidió retirar en medida ...el delito que se le imputó parte un pena mínima de 64 meses de prisión lo que equivaldría a 5 años 3 meses de pena privativa de ia libertad por lo que consideramos señor Juez con lo anterior que se ha cumplido con ese requisitos objetivo que demanda el artículo 313 en su numeral segundo por ser delito investigado de oficio cuya pena supera los 4 años. Entonces no tocaría algo diferente que observar si se hace entonces necesaria la medida de aseguramiento urgente, proporcional y si va precisamente acorde con esos fines constitucionales de la medida que consagra el artículo 308 de nuestro Código de Procedimiento Penal, ese artículo 308 nos invita primeramente a hacer un análisis acerca de la inferencia razonable de autoría es decir que existan elementos dentro de la carpeta de los cuales podamos indicar que existe una inferencia de razonable de autoría de la persona respecto a la Comisión de determinados delitos además de realizar pues esos fines constitucionales de la medida de aseguramiento para efectos de solicitar la misma, cumpliendo entonces también con lo aquí indicado, indicamos que con los elementos que se han recaudado señora juez podemos determinar que el señor HABOT JAIR ARCHIVOLD RAMOS, le cabría a la fiscalía razón para considerar que existe una inferencia razonable de autoría que lo coloca a la postre en la comisión del delito que se le ha imputado, que es el tráfico, fabricación de estupefacientes esto se extrae precisamente del informe de captura que realiza el subintendente Carlos Julio Rodríguez Sierra y donde además participaron los patrulleros...todos estos elementos entonces abonados a este informe ejecutivo donde nuevamente en esas labores lo manifiesta, nos permite a nosotros inferir que el señor HABOT JAIR ARCHIVOLD RAMOS era la persona que junto con otros más portaba en su momento esa sustancia estupefaciente... tenemos que ese artículo 308 menciona tres requisito, la fiscalía enfatizará respecto a dos requisitos esenciales que vienen siendo precisamente ese, es el requisito del numeral segundo, que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad y de la víctima y el requisito del numeral tercero que resulte probable que el imputado no comparezca al proceso o que no cumpla con la sentencia...riesgo de fuga, .. riesgo de reiteración,



13-001-33-40-014-2016-00377-01

es bien sabido entonces que el desarrollo de ese peligro para la comunidad lo trae el mismo artículo 310 de nuestro código de procedimiento penal... nos invita a hacer un análisis de si la libertad del imputado pueda resultar peligrosa para la seguridad de la comunidad haciendo alusión a que se debe dar una gravedad... así mismo se deben dar otros requisitos que allí se consagran en este artículo y precisamente... esa necesidad de la medida de aseguramiento que ha solicitado la fiscalía viene precisamente en esa hipótesis contemplada en el artículo 308.. el hecho señor Juez de esta persona estar disfrutando de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad por un delito doloso y preterintencional y el hecho de existir sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional denotan que el señor ARCHBOLD aumenta un riesgo mayor para la comunidad .. esto hace alusión la fiscalía por los antecedentes que le voy a poner de presente y que fueron uno de los motivos por el cual la fiscalía hizo la división en el momento de imponer una medida de aseguramiento y considerar que la libertad de esta persona si sería un mayor riesgo para la comunidad...en información legalmente obtenida se indica....comunicación de detención preventiva...en un proceso por hurto calificado agravado... .comunicación de detención preventiva también por un delito de hurto agravado y calificado...sentencia condenatoria a 17 meses, 15 días de prisión, beneficio de condena concediéndosele el subrogatoria por ese delito de hurto calificado agravado...todavía se encuentra vigente...también...en hechos ocurridos el día 20 de enero de 2012 esta persona también fue capturada en flagrancia, también se le formuló imputación y también se le impuso una medida de aseguramiento en un proceso también por hurto calificado agravado, en ese proceso se le dictó una medida de detención preventiva domiciliaria que fue otro beneficio más que le había concedido a ley proceso este quese encuentra en estado de juicio ya con escrito de acusación y en el cual a esta persona todavía le aparece vigente y disfrutando esa medida de detención domiciliaria, entonces señor juez a nosotros nos cabría preguntar si esta persona tiene por un lado una medida domiciliaria en un proceso que hace entonces en la calle no cumpliendo esta medida cuando él debe estar preso en su casa tal como se le impuso...y más aún cuando en otro proceso igualmente aparece condenado..."

En el escrito de acusación, el ente investigador expuso lo siguiente:²⁸

"El día 27/02/2014 en las canchas de microfútbol en el barrio Nuevo Paragua sector las lomas, siendo aproximadamente las 16:20 horas se le practico registro personal voluntario a YAN CARLOS BOTELO MARIMON, JACOB JAIR ARCHBOLD RAMOS, JAIRO ENRIQUE VARGAS SENIOR, YIZHAT MEDINA FONSECA Y DEIKY DE AVILA JARON. Y se encontró LLEVABA CONSIGO sustancia estupefaciente, en cantidad de 226 gramos de CANNABIS SATIVA, superando la dosis personal permitida para esta sustancia.

YAN CARLOS BOTELO MARIMON, JACOB JAIR ARCHBOLD RAMOS, JAIRO ENRIQUE VARGAS SENIOR, YIZHAT MEDINA FONSECA Y DEIKY DE AVILA JARON, conocían que LLEVABAN CONSIGO Cannabis Sativa y sus derivados en cantidad de 226 gramos y quisieron su realización...

YAN CARLOS BOTELO MARIMON, JACOB JAIR ARCHBOLD RAMOS, JAIRO ENRIQUE VARGAS SENIOR, YIZHAT MEDINA FONSECA Y DEIKY DE AVILA TARON, al momento de cometerla conducta, tenían la capacidad de comprender que LLEVABAN CONSIGO 226 gramos de Cannabis Sativa, y que ello está prohibido, siendo exigible respetar el bien jurídico de la salud pública

²⁸ fols. 145-151 cdno 1 (doc. 174-180 exp. digital)



El delito por el cual se le acusa a los señores YAN CARLOS BOTELO MARIMON, JACOB JAIR ARCHBOLD RAMOS, JAIRO ENRIQUE VARGAS SENIOR, YIZHAT MEDINA FONSECA Y DEIKY DE AVILA TARON título de dolo y de autores, es el TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTE."

En atención a dichos argumentos, el Juez de Control de Garantías accedió al decreto de la medida de privación de la libertad del señor ARCHBOLD RAMOS, exponiendo los siguientes argumentos:

"...tenemos entonces que la fiscalía ha solicitado la medida de aseguramiento consagrada en el artículo 307 del C.P. literal A numeral 1, con base en lo concerniente o las disposiciones del artículo 308 del C.P.P., sustentándolo en sus numerales 2 y 3, el peligro para la seguridad de la comunidad y que el imputado no comparecerá, sustentó además ese peligro para la comunidad y la seguridad en el artículo 310, sus numerales 3 y 4...es una inferencia razonable de autoría y participación a pesar de que las otras cuatro personas que estaban en esta audiencia hayan salido en libertad y que HAVOT JAIR ARCHBOLD RAMOS haya quedado en esta audiencia es porque la fiscalía también tuvo razones importantes tales como que dentro de ese artículo 308 no solamente se constituya como un peligro para la seguridad de la sociedad o las víctimas, si no que resulte probable que el imputado no comparecerá o no cumplirá la sentencia y es que efectivamente ese peligro para la comunidad que se desprende de ese artículo 376 tan reprochable como se ha mencionado es lo que corresponde y que señaló la fiscalía, el hecho de estar acusado o de encontrarse sujeto a una medida de aseguramiento o de estar disfrutando de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad y efectivamente dentro de este expediente ahí una sentencia que tiene un subrogado que no es eso lo que lo tiene detenido en una pena privativa de la libertad de carácter domiciliario si no las otras anotaciones en el que se demuestra fácilmente por parte del centro de servicios Judiciales.. sobre el proceso y el acontecimiento en que ese juzgado que esta para llevar a cabo un juicio, el juzgado...al momento en que se llevó a cabo la audiencia...le impuso una medida de aseguramiento de carácter domiciliaria y esa era la detención que debía este cumplir, entonces, esos requisitos y exigencias...están más que demostrados para esta audiencia preliminar, como se dijo esta conducta de peligro que se está investigando y que atenta contra el bien jurídico que se ajusta a esa seguridad pública y que es púriofensivo.. es claro que prevalece lo primero porque la forma más adecuada para efectos de hacer cumplir el fin de la vinculación entre el imputado y la investigación, por estas razones y teniendo en cuenta la inferencia razonable adecuada y proporcional con fundamento en todos y cada uno de esos elementos materiales probatorios implica como necesaria la medida aseguramiento de carácter intramural consagrada en el artículo 307 literal a numeral 1 esto es en establecimiento carcelario en la cárcel de Ternera de esta ciudad para lo cual el Juzgado ordenara el traslado del señor HAVOT JAIR ARCHBOLD RAMOS una vez terminada está audiencia a la cárcel antes mencionada...sin recurso."

Así las cosas, se avizora que el señor ARCHBOLD RAMOS, fue capturado en flagrancia, el día 27 de febrero de 2014, por la Unidad de plan nacional de investigación contra el crimen de Sijin MECAR, pues de acuerdo a fuente humana en cancha de microfútbol del barrio Paraguay se encontraban personas distribuyendo y consumiendo sustancias alucinógenas; al llegar miembros de dicha unidad, encontraron personas que al notar su presencia se

13-001-33-40-014-2016-00377-01

despojaron de elementos e intentaron darse a la huida; verificados los elementos caídos al suelo encontraron que se trataba de dos bolsas que tenían varias, envolturas en bolsas plásticas transparentes con una sustancia vegetal color verde, similar a la marihuana, ante la pregunta de su propietario todos guardaron silencio. Se encuentra que, en la captura se decomisó dicha sustancia, por tanto, les fue imputado el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra esta Sala que la captura obedeció al porte de sustancias alucinógenas, considerándose que encuadraba en la conducta punible de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, que el Código Penal establece en su artículo 376 y la detención privativa de la libertad, de que fue objeto el señor ARCHBOLD RAMOS, siendo el único sujeto de la misma, en razón a los elementos probatorios que reposaban en el expediente, que daban cuenta de los hechos acaecidos el 27 de febrero de 2014 y en aplicación de lo previsto en los numerales 2 y 3 del artículo 308 del Código de Procedimiento Penales decir, ser el imputado un peligro para la sociedad y que resultaba probable que no compareciera al proceso o no cumpliera la sentencia, toda vez que de las pruebas allegadas se evidenciaba que aún bajo orden de detención domiciliaria; de la ocurrencia de los mismos se avizoraba el incumplimiento de dicha medida, pues al momento de los hechos, se encontraba fuera de su domicilio, y además contaba con varias anotaciones por otras conductas punibles dolosas, como hurto calificado agravado, con condena inclusive; en todo caso, con ello no se tenía, de por sí declarada la responsabilidad penal del actor.

Finalmente, se encuentra que, en audiencia de acusación celebrada el 23 de abril de 2015 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, se resolvió precluir la investigación por solicitud de la Fiscalía General de la Nación, bajo las razones que se expondrán:

"Las razones de esa captura en situación de flagrancia se contraen a que ese día 27/02 de 2014 a las 16:20 horas, las unidades de plan nacional de investigación contra el crimen de Sijin MECAR estaban realizando actividades en el barrio paraguay y una fuente humana les informo que en una cancha de microfútbol se encontraban unas personas que estaban distribuyendo y consumiendo sustancias alucinógenas, por esta razón se trasladaron a este lugar y al llegar estaban unas personas que cuando notaron la presencia de la policía se despojaron de algunos elementos e intentaron darse a la huida, razón por la cual la policía Judicial entonces llegó al encuentro de estos y fueron acorralados, al verificar los elementos que dejaron caer al suelo se dieron cuenta que se trataba de dos bolsas una de color azul y otra de color blanco y cuando las abrieron encontraron al interior varias envolturas en bolsas plásticas transparente con una sustancia vegetal color verde que por sus características era similar a la marihuana, en este momento se les pregunto que quiénes eran los propietarios y todos guardaron silencio, motive por el cual se incautó la sustancia y se capturo a las 5 personas aquí anotadas... dentro de los actos urgentes se logró



13-001-33-40-014-2016-00377-01

obtenerla identificación de la sustancia estableciéndose a través del PIPH que esta correspondía a cannabis sativa y sus derivados con un peso neto de 226 gramos para esta sustancia vegetal, ... dentro de los actos urgentes no se obtuvo información relacionada con precisar quién hubiese podido ser la persona que arrojó esa sustancia en el lugar en el que fue encontrado por los organismos de policía judicial,... así las cosas señor juez cuando se realizó la audiencia de imputación y medida de aseguramiento, la fiscalía atribuyó la conducta punible que está señalada en el artículo 376 del código penal inciso segundo y dentro de esta actuación se tiene que ellos no aceptaron los cargos imputados y en la audiencia de medida de aseguramiento se les concedió libertad a tres de ellos y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario al señor HAVID(sic) JAIR ARCHBOLD RAMOS, en razón a que figuraban unas anotaciones en donde este joven había sido objeto de investigaciones penales por otras conductas delictivas y esta situación conllevó a que se estimara que existía un peligro para la comunidad y por lo tanto se impuso la medida de aseguramiento, pero en lo que tiene que ver a la conducta que ahora nos ocupa se vislumbra que la medida de aseguramiento fue por artículo 376 inciso segundo del código penal, este tipo penal tiene diferentes verbos rectores y es de indicar en este caso concreto que no existe evidencia de que estas personas en el momento en que fueron aprehendidas...estuviesen en esa labor de distribución o venta de estupefacientes, se dice que fue una fuente no formal la que indicó que estas personas estaban en este lugar distribuyendo y consumiendo, pero cuando se llega al lugar ni siquiera se encuentra que ellos la tuviesen en ese momento, ni consumiéndola, ni distribuyéndola, si no que el verbo rector que tocaría imputar en este caso es el de llevar consigo y al no establecerse plenamente quien pudo de ellos haberla sustancia estupefaciente estaríamos ante una imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia....de igual manera predicar una coautoría aquí tampoco resulta fácil toda vez que lo que es estaba diciendo es que estas personas estaban era consumiendo y esto nos llevaría entonces a que revisáramos la lesividad de esta conducta frente al bien jurídico tutelado por el legislador como es la salud pública han sido múltiples los pronunciamientos de las altas cortes, tanto la Corte Constitucional, como la Corte Suprema de Justicia, en donde se ha tratado de examinar este punto, frente al Estado Social de Derecho y a lo último, a lo que se ha llegado es a indicar que se trata de una autolesión, auto puesta en peligro y que eso está en la esfera de cada individuo si quiere optar o no por esos comportamientos destructivos, autodestructivos, porque se sabe y se entiende que se trata de una dosis personal, en ese caso para la marihuana sería hasta de 20 gramos por cada uno de los que ahí estuvieran, mas sin embargo, examinando los conceptos de antijuridicidad material aquí lo que se puede predicar es que en verdad no se ha atentado contra el bien jurídico de la salud pública, toda vez que se trataba de jóvenes que individualmente consideraron consumir la sustancia y llevarla consigo para su consumo, de tal suerte que cuando llega la policía lo que hacen es huir del lugar y despojarse de esas evidencias..."

Debido a las razones planteadas por el ente investigador, el juzgado de conocimiento accedió a la preclusión de la investigación, considerando lo siguiente:

" .aceptando los planteamientos que determina la delegada de fiscalía, tenemos que tener en cuenta lo señalado en el artículo 11 de la ley 599 del 2000, antijuridicidad para que una conducta típica sea punible se requiere que lesiones o ponga efectivamente en peligro sin justa causa el bien jurídico tutelado por la ley penal, en este caso el bien jurídico tutelado es la salud pública y si en gracia de discusión aceptáramos como no fue probado o no se ha determinado el elemento que Indique



13-001-33-40-014-2016-00377-01

que estaban distribuyendo, vendiendo como lo dice el área de fiscalía, pero en el último de los casos, pudieran estar consumiendo porque no se les encontró ningún elemento dinero, no hubo incautación de dinero y pudieran estar estas personas consumiendo, lo único que estarían afectando sería su salud personal, entonces con ello igualmente, acudiendo al principio de lesividad, no se entiende que estuvieran comprometiendo el interés jurídico de la sociedad.. .de otra parte si dijéramos que el consumo era en conjunto las cantidades proporcionales habría que determinar la poca monta de ella en relación a que estaría muy cercana a la dosis de uso personal..."

Tal y como lo estableció el A-quo, la preclusión de la investigación se dio ante la falta de evidencia de que las personas aprehendidas estuviesen distribuyendo o vendiendo estupefacientes, pues cuando fueron encontrados no estaban, ni consumiéndola, ni distribuyéndola, por ende, consideró que el verbo rector a imputar sería llevar consigo, pero al no establecerse quién de ellos portaba la sustancia estupefaciente, se estaba ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, concluyendo que tampoco se podía predicar coautoría; en esa medida revisada la lesividad de la conducta frente al bien jurídico tutelado, es decir, la salud pública, acorde con lo sostenido por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, se trataba de una autolesión, auto puesta en peligro y que eso está en la esfera de cada individuo si quiere optar o no por esos comportamientos destructivos, autodestructivos, por ello indicó que no se había atentado contra el bien jurídico de la salud pública.

De los documentos que constan en el expediente, es dable determinar que, al momento de la imputación y decisión sobre la medida de aseguramiento, existían elementos materiales probatorios que permitían inferir la responsabilidad en el ilícito endilgado a la demandante, debido a que (i) fue capturada en flagrancia, (ii) Se realizó la incautación de la sustancia ilícita demostrándose que se trataba de cannabis sativa y sus derivados con un peso neto de 226 gramos (iii) la pena mínima establecida para el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, conforme al artículo 376 del C.P.P inciso segundo, es de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión.

Adicionalmente, tal y como lo indicó el A-quo, el demandante al momento de la captura contaba con una medida de suspensión condicional de la ejecución de la pena expedida por el Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena por el delito de hurto calificado²⁹. Conforme al artículo 63 del CP, la suspensión de la pena se da por los siguientes requisitos:

"La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

²⁹ fol. 197 cdno1 (doc. 226 exp. digital)



13-001-33-40-014-2016-00377-01

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.
2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.
3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento."

Esta figura en palabras de la H. Corte Constitucional³⁰, constituye un beneficio que otorga la ley penal a quienes, **habiendo sido condenados** a una pena de prisión no superior a los tres años, cumplan con las condiciones establecidas en ella. Este beneficio no opera de manera automática, pues el juez debe evaluar los antecedentes del condenado y la gravedad de la conducta para determinar si es o no necesaria la ejecución de la condena de privación de la libertad. Es decir, el aquí demandante al momento de la captura se encontraba cumpliendo con una condena por el delito de hurto calificado, la cual fue violada, conforme se desprende los hechos relatados por la Fiscalía al momento de solicitar la medida de aseguramiento.

Por lo tanto, conforme las pruebas que constan en el expediente es dable concluir que la medida restrictiva de la libertad se ajustó a los postulados y exigencias formales establecidas en el Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, en lo que atañe al juicio o reproche de responsabilidad patrimonial que se le puede endilgar a las demandadas, concluye la Sala que, de las pruebas que constan en el expediente, no es posible determinar que tanto la Rama Judicial como la Fiscalía General de la Nación, hayan incurrido en una falla en el servicio. Es decir, bajo el análisis de la responsabilidad bajo la egida de la falla en la prestación del servicio, no resulta probado que, en el caso bajo estudio, la medida restrictiva de la libertad haya resultado desproporcional, ilegal e irrazonable.

En ese sentido y atendiendo a lo manifestado en párrafos anteriores, a la luz del régimen subjetivo de responsabilidad, no basta con acreditar la existencia de un fallo absolutorio o una preclusión, para determinar la responsabilidad de la autoridad judicial, sino que, además, es necesario demostrar, determinar y

³⁰ C-006/2003

13-001-33-40-014-2016-00377-01

probar que la restricción de la libertad era innecesaria, improcedente, ilegal o desproporcional a los hechos que le sirvieron de causa.

En el caso bajo estudio, no es posible determinar o concluir que la Fiscalía General de la Nación, no realizó la actividad de investigación pertinente que diera al traste con la responsabilidad de la indiciada y posterior acusada. Por el contrario, lo que se observa es que tanto la medida de aseguramiento como la acusación, estuvo soportada en que el delito se produjo en flagrancia y con la incautación y posterior estudio de la sustancia ilícita incautada.

Cabe resaltar que, la Fiscalía General mantuvo durante todo el proceso los fundamentos de su acusación, pese a que solicitó su preclusión, con ocasión a la lesividad de la conducta frente al bien jurídico tutelado, es decir, la salud pública, conforme a lo sostenido por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, se trataba de una autolesión, auto puesta en peligro y que eso está en la esfera de cada individuo si quiere optar o no por esos comportamientos destructivos, autodestructivos, por ende indicó que no se había atentado contra el bien jurídico de la salud pública.

En el caso de la Rama Judicial, no se evidencia que el juez de control de garantías haya incurrido en un exceso o que hubiese adoptado dicha decisión sin fundamento en una inferencia razonable de autoría, toda vez que, como se indicó anteriormente, se cumplieron los requisitos necesarios para imponer la medida de aseguramiento, conforme a la gravedad del delito endilgado.

Por lo anterior, la Sala encuentra probado que la medida de aseguramiento de detención preventiva soportada por la demandante se ajustó a los criterios formales y materiales para su imposición y prolongación durante el proceso penal. En consecuencia, se confirma lo manifestado por la juez de primera instancia, considerándose que no están probados los fundamentos que permitan declarar el carácter injusto de la restricción de la libertad que se impuso contra el actor.

Ahora bien, resulta pertinente aclarar que el principio de presunción de inocencia prevalece cuando en el trámite del proceso penal se encuentran motivos para absolver al procesado, o se recolectan pruebas que resultan insuficientes para endilgar responsabilidad al investigado, como ocurrió en este caso. Pero no por ello el juez de lo contencioso administrativo puede concluir que, como consecuencia de la referida decisión absoluta, se desvirtúan los elementos de juicio que dieron lugar a la solicitud de medida de aseguramiento; o que la limitación a la libertad, per se, tiene la connotación de injusta, pues el examen de responsabilidad administrativa del Estado se sustenta en presupuestos diferentes al del juicio penal, que tiene por objeto el estudio de la posible comisión de un hecho punible y la protección de los bienes jurídicos de los individuos .

Lo anterior, porque para efectos de determinar la responsabilidad extracontractual de las demandadas, no basta con acreditar la absolución, sino que también se debe demostrar o probar que la decisión que le impuso la medida de aseguramiento fue contraria a los postulados establecidos en la Ley 906 de 2004.

Es necesario precisar que, esta sala de decisión, aun bajo el conducto del título de imputación subjetivo, ha declarado la responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, cuando se ha determinado la preclusión o fallo absolutorio, pero concomitantemente se ha demostrado que la negligencia por parte del órgano investigador en recopilar elementos materiales probatorios suficientes para demostrar la responsabilidad en el ilícito, o porque se demostró que la medida restrictiva fue desproporcional e innecesaria frente a los hechos demostrados en el curso de la audiencia preliminar.

Así, no procediendo definir la responsabilidad endilgada bajo el título de imputación objetivo como lo sugieren los demandantes, puesto que no estamos en las circunstancias que la jurisprudencia acepta para este tipo de procesos, relacionados en el marco jurisprudencial, por lo que se confirmará la sentencia impugnada, ante la ausencia de prueba efectiva de una falla del servicio de las demandadas, todo de conformidad con las circunstancias que precedieron a la captura, la legalización de esta y la imposición de la medida de aseguramiento.

En conclusión, por no haberse acreditado los hechos que permitan imputar el daño a las demandadas, hay lugar a concluir que no concurren los elementos estructurantes exigidos para comprometer la responsabilidad patrimonial de los entes demandados, por lo que se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia.

5.5 De la condena en costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, se procederá a condenar en costas a la parte demandante, por cuanto fue resuelto de manera desfavorable el recurso interpuesto por ella. La condena anterior deberá ser liquidadas por el



13-001-33-40-014-2016-00377-01

juez de primera instancia conforme lo establece el artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en este proveído.

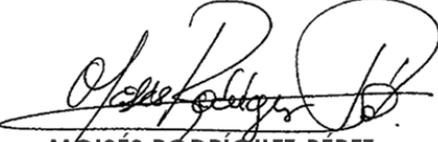
SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante en segunda instancia, las cuales deberán ser liquidadas por el juez de primera instancia, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

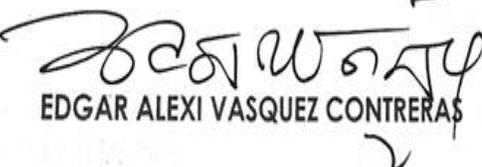
TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 015 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ