



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN  
Carrera 4ª # 2-18. Tl: 824313.  
Email: [J06admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:J06admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Popayán, dos (2) de septiembre de 2021

Sentencia No. 149

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

#### I. ANTECEDENTES

##### 1. La demanda<sup>1</sup>.

Los señores JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.061.735.418 de Popayán y HERLINDA GAVIRIA SUAREZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 25.310.650 de Bolívar, por medio de apoderada y en ejercicio del medio de control de reparación directa, solicitan que se declare a la NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, administrativamente responsables por los perjuicios causados por la privación injusta de la libertad que sufriera el señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, por el periodo entre el 24 de septiembre de 2021 hasta el 16 de noviembre de la misma anualidad, por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.

Como consecuencia de tal declaración, solicitan la siguiente indemnización:

a. Por perjuicios inmateriales:

- Morales

A favor del señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, la suma de equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales y a favor de la señora HERLINDA GAVIRIA SUAREZ la suma equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, consistente en el profundo trauma psíquico que produjo la detención injusta, la deshonra moral pública al verse desacreditado ante sus amistades y familiares, como un delincuente. Como también, por el error judicial que cerró todas las puertas, pues, hasta la fecha no fue posible vincularse para desempeñar ningún cargo, ni público.

<sup>1</sup> Folio 1-8 Expediente electrónico- Documento No. 04.

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

### 1.1. Hechos que sirven de fundamento.

La parte actora expuso como fundamentos fácticos, los siguientes:

Según se sabe de las pruebas legalmente aducidas al juicio, se establece que, aproximadamente a las 21:50 PM, el día 24 de septiembre de 2011, miembros de la SIJIN, al realizar actividades de vecindario por el sector del reloj de sol cerca al puente del humilladero de la ciudad de Popayán, fueron advertidos de que un sujeto expandida alucinógenos, fue capturado el señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, quien al practicarle una requisita le fue encontrado 8.2 gramos de cannabis sativa, motivo por el que fue privado de su libertad.

Refiere que el día 25 de septiembre de 2011, a solicitud de la Fiscalía 005 apoyo URI, se llevó a cabo tres audiencias preliminares de control de garantías, relativas a control de legalidad de captura, imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de los capturados, entre ellos el hoy actor, en horas de la tarde por parte del Juez Primero Promiscuo Municipal de Cajibío Cauca quien avala la captura del actor, realiza la imputación de cargos por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes e impuso medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva domiciliaria.

Arguye que, la Fiscalía 06-002 seccional delegada de Popayán, presentó acusación en contra del hoy actor, como presunto autor del punible Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, en calidad de autor, bajo el verbo rector expender. La audiencia, se llevó a cabo el 06 de agosto de 2013 ante el Juez Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la ciudad, el mismo Despacho realizó la audiencia preparatoria el día 6 de abril de 2015 y se programó fecha para la audiencia oral.

El Juez Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Popayán, realizó audiencia de juicio oral el día 4 de agosto de 2015, emite fallo de fondo absolviendo al actor del delito imputado, dicha providencia no fue objeto de apelación quedando en firme en dicha fecha.

### 2. Contestación de la demanda.

#### 2.1. De la Nación – Rama Judicial-DESAJ<sup>2</sup>.

La apoderada de la accionada, se opuso a las pretensiones de la parte actora dado que los hechos en que se fundan, no constituyen privación injusta, error judicial, ni defectuoso funcionamiento de la administración de justicia atribuible a la Nación-Rama Judicial-DESAJ.

Sostiene que son los Jueces Penales o Promiscuos con funciones de control de

---

<sup>2</sup> Folio 1-25 Expediente electrónico- Documento No. 17.

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

garantías, los encargados de proferir las medidas de aseguramiento en contra de los procesados en materia penal, no obstante, dicha actuación se despliega en respuesta a la solicitud efectuada por la Fiscalía General de la Nación sobre la imposición de medidas de aseguramiento en cada uno de los procesos penales cuando entiende que hay lugar a ello.

Indicó que para el caso objeto de estudio, fue la Fiscalía quien solicitó la imposición de la medida de aseguramiento y llevó al pleno convencimiento al Juez de que la medida era necesaria, tanto que el Juez impone la medida en dicha solicitud, luego de realizar un estudio de las posibilidades frente al caso concreto y que no fue deliberada su decisión de imposición de medida, pues, se reunían los requisitos para la misma, al tener en cuenta que el delito que dio inicio a la investigación es grave y atenta contra la salud pública.

Frente a la absolución del actor, refiere que el Juez de conocimiento no tenía otro camino, pues, de manera más garantista al encontrar manto de duda sobre la responsabilidad del actor y ante el retiro de cargos de la Fiscalía General de la Nación, resolvió a su favor decretando la absolución otorgando la liberación de la investigación. Razón por la que no se encuentra que haya actuado por fuera de lo legalmente impuesto, lo que libra de cualquier tipo de responsabilidad a la accionada frente a los presuntos perjuicios causados por la privación de la libertad.

Considera que se presenta ausencia de nexo causal, entre las actuaciones y decisiones de los jueces penales que intervinieron en el proceso y el daño antijurídico reclamado por los convocantes, pues para haber podido emitir fallo condenatorio el juez requería conocer sobre la responsabilidad de los acusados, más allá de toda duda, aspecto que no se requiere al momento de legalizar la captura e imponer medida de aseguramiento, figuras que se predicen sobre las condiciones y legalidad de la captura y la necesidad de la medida.

Arguye que, es preciso tener en cuenta que dentro del caso bajo estudio el actuar del actor dio inicio al proceso penal, toda vez que fue capturado en flagrancia, al momento que se realiza una requisita, en la que se le encuentran 8.2 gramos de marihuana, situación que no da lugar a dudas de que fue el único responsable de que el sistema penal se pusiera en funcionamiento, activando los procedimientos dispuestos para proteger los intereses de los ciudadanos, máxime tratándose de una conducta de la que se derivan nefastas consecuencias para la salud pública.

Formuló las siguientes excepciones:

- Culpa exclusiva de la víctima.
- Falta de legitimación en la causa por pasiva.
- Ausencia de nexo causal.
- Inexistencia de perjuicios.

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

- Mínima intensidad del daño moral.
- Innominada.

Solicita se declaren probadas las excepciones en mención y, de igual forma, se nieguen las pretensiones formuladas en la demanda, ya que la accionada no tiene responsabilidad alguna en los hechos que se debaten en el proceso de la referencia, al no haber error judicial, ni defectuoso funcionamiento de la administración de justicia ni privación injusta de la libertad.

## 2.2. De la Nación-Fiscalía General de la Nación<sup>3</sup>.

El apoderado de la accionada, manifestó que se opone a todas las pretensiones de la demanda toda vez que, a su parecer, la parte actora pretende el resarcimiento de daños que en su sentir ocasionó la entidad por la privación de la libertad del señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, sin fundamentos que permitan estructurar responsabilidad patrimonial, extrapatrimonial, ni administrativa de la FGN.

Arguye que, en relación con los perjuicios solicitados, no hay lugar a su declaración, pues es obligación del Estado procurar la convivencia y coexistencia pacífica de sus asociados, una de las herramientas que tiene el Estado para asegurar dicha coexistencia, es la posibilidad de investigar conductas, asegurar a sus presuntos responsables en el caso que se investiga en ese momento sea considerada como delito, hasta tanto exista certeza de su comisión o de la inocencia de quien era imputado.

Respecto a la cuantía establecida en la estimación razonada de la misma, a efectos del reconocimiento de perjuicios para los actores, resultan ser cifras caprichosas, que más allá de corresponder con la realidad, resultan estructurar pretensiones desmedidas, sin explicación alguna que las justifique máxime cuando resultan contrarias frente a las sumas previamente establecidas por el Consejo de Estado.

Indica que en el caso que nos ocupa, no se incurrió en ninguna falla que tenga virtud para que se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda.

Así mismo, refiere que la actuación de la accionada se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no es ajustado a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ni ninguna clase de error, que hubiese tenido por sí solo la entidad para haber generado la privación de la libertad del actor.

Formuló como excepciones, las siguientes:

---

<sup>3</sup> Folio 1-19 Expediente electrónico- Documento No. 14.

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

- Falta de legitimación en la causa por pasiva.
- Cumplimiento del deber legal.
- Inexistencia de la obligación o del derecho reclamado.
- Falta de causa para pedir.
- Buena fe.
- Cobro de lo no debido.
- Inexistencia de error judicial.
- Inexistencia de responsabilidad ante la privación de la libertad.
- Falta de desvirtuación de valor probatorio de los medios de convicción tenidos en tenidos en cuenta por la Fiscalía para solicitar ante el Juez la medida de aseguramiento.
- Preclusión de la investigación penal que permite fundar la ausencia de responsabilidad administrativa de la Fiscalía.
- Genéricas.

Finalmente solicita, se denieguen las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda, al no configurarse ningún daño antijurídico, ni falla del servicio de la accionada.

### 3. Relación de etapas surtidas.

La demanda fue presentada el día 16 de junio de 2017<sup>4</sup>, correspondiéndole a este Despacho, inicialmente inadmitida mediante auto interlocutorio No. 1031 de 13 de julio de 2017<sup>5</sup>, y posteriormente admitida mediante auto interlocutorio No. 1203 de 11 de agosto de 2017<sup>6</sup>, notificada en debida forma<sup>7</sup>. Cumpliéndose con las ritualidades propias del proceso según lo preceptuado por el artículo 179 del CPACA, así: se corrió traslado de las excepciones propuestas y una vez fijada la fecha para la celebración de la audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el día 31 de enero de 2020<sup>8</sup>, fijándose en la misma, fecha para audiencia de pruebas para el día 2 de junio de 2020, la cual fue reprogramada mediante auto de trámite No. 269 de 28 de junio de 2021, llevándose a cabo audiencia de pruebas para el día 22 de julio de 2021<sup>9</sup>, en la misma diligencia mediante auto de trámite No. 349, se declaró clausurada la etapa probatoria, la inexistencia de vicios, se prescindió de la audiencia de obligaciones y juzgamiento por considerarse innecesaria y se dispuso correr traslado a las partes para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión y se concedió al Ministerio Público la oportunidad de prestar concepto de fondo.

### 4. Alegatos de conclusión.

<sup>4</sup> Folio 1-3 Expediente electrónico- Documento No. 07.

<sup>5</sup> Folio 1-4 Expediente electrónico- Documento No. 08.

<sup>6</sup> Folio 1-4 Expediente electrónico- Documento No. 10.

<sup>7</sup> Folio 1-2 Expediente electrónico- Documento No. 12.

<sup>8</sup> Folio 1-5 Expediente electrónico- Documento No. 23.

<sup>9</sup> Folio 1-5 Expediente electrónico- Documento No. 36.

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

#### 4.1. Parte actora<sup>10</sup>.

La apoderada de la parte actora trae a colación sentencia del H. Consejo de Estado con radicado 660012331000020100023501 (46947) del 18 de agosto de 2018, e indica que en la misma, se modificó el criterio que se venía sosteniendo frente a la privación injusta de la libertad, estableció que esta necesariamente no comporta un régimen de responsabilidad objetivo de forma forzosa y, por ende el ente judicial tiene el deber de determinar si la medida que fue impuesta es razonable, proporcional, convincente y necesaria, así que, no por el simple hecho de que no se logre demostrar la responsabilidad del procesado dentro del trámite penal, da lugar necesariamente a que se deba condenar dentro del proceso ordinario ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Refiere que la carga probatoria se incrementa para el demandante, incluso debe acreditar de manera cierta la ilegalidad de la detención, referida a que fue una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, demostrándose de manera tajante que la privación de la libertad no fue apropiada, razonable ni conforme a derecho, sino por el contrario, abiertamente ilegal, derivada de un inadecuado e incorrecto ejercicio de la competencia investigativa por parte de la Fiscalía y de valoración por parte del Juez.

Arguye que desde un comienzo, el Fiscal asignado debió solicitar la preclusión de la investigación, toda vez que el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, el cual se fundamenta en el ánimo de dar u ofrecer dichas sustancias y, en el presente caso, no fue probada dicha acción y el material probatorio fue insuficiente, así como las circunstancias fácticas en que sucedieron los hechos y los cuales no son claros para determinar cuales fueron las razones por las cuales se captura al actor.

Manifiesta que esta demostrado que el actor fue injustamente privado de la libertad, toda vez que los hechos por los que fue acusado no tenían el sustento legal necesario para tomar las medidas y sanciones aplicadas. Del mismo modo, indicó que está demostrado que a los actores les fueron ocasionados perjuicios materiales y morales, al haber permanecido privado de la libertad por un lapso aproximadamente de 2 meses, el pago de honorarios a un profesional del derecho que se encargó de la defensa penal, el no haber podido continuar con su trabajo a causa de la detención domiciliaria e intramural, la pérdida de capacidad laboral por parte de la madre y esfuerzo por tener que realizar trabajos de gran esfuerzo a pesar de sus limitaciones por su edad y del escarnio público del cual han sido víctimas por parte de diferentes sujetos, cuyos daños son susceptibles de valoración económica.

Finalmente, refiere que es necesario declarar la responsabilidad de las

<sup>10</sup> Folio 1-3 Expediente electrónico- Documento No. 38.

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

accionadas, por los hechos acontecidos al señor Juan Carlos Gaviria, los perjuicios causados él y a su madre y conceder las pretensiones solicitadas en la demanda.

#### 4.2. De la Nación-Rama Judicial<sup>11</sup>.

La apoderada de la accionada, respecto al caso en concreto, arguye que el señor Juan Carlos Ordoñez Gaviria fue procesado por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, con ocasión del cual se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en el lugar de residencia, agotado el juicio se profiere sentencia absolutoria a petición de la FGN.

Refiere que en ente investigador para el primer momento procesal presentó elementos materiales probatorios que permitían la participación del actor en el hecho investigado, como la captura en flagrancia donde constaba que el señor Juan Carlos Ordoñez Gaviria fue capturado con 8.2 gramos de marihuana.

Indicó que, si bien el procesado fue absuelto, el Estado Colombiano no es responsable patrimonialmente, por cuanto los asociados tienen el deber de soportar la carga pública que implica ser investigado cuando medien motivos para ello, por orden de la autoridad respectiva, en el marco de una actuación adelantada con arreglo al procedimiento vigente y con respeto de las garantías fundamentales, como ocurrió en el presente asunto.

Hace énfasis nuevamente en el eximente de responsabilidad denominado culpa exclusiva de la víctima, e indica que, si bien fue absuelto, se debe tener en cuenta que se tenían elementos materiales probatorios suficientes para imponer la medida de aseguramiento.

Finalmente reitera la petición principal de negar las pretensiones de la demanda.

#### 4.3. De la Nación-Fiscalía General de la Nación<sup>12</sup>

El apoderado de la accionada manifiesta que se encuentra probado en la audiencia de pruebas de fecha 23 de junio de 2021, interrogatorio de parte ante las preguntas sobre la situación privativa de la libertad en prisión domiciliaria manifestó *"en mi casa, pero yo incumplí"*, así como también se tiene probado que en el proceso penal y por mandamiento que decretó pruebas en el proceso administrativo, en donde obra el expediente penal, obra prueba material con fecha de 1 de junio de 2016, según oficio No. 235 AL-JRPY-OF-1043, con destino a la parte actora, transcribe: *"atentamente me permito contestar el oficio de la referencia e informo que el señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, estuvo recluso en este establecimiento carcelario, ingreso en fecha 26 de septiembre de 2011 y se dio de BAJA POR*

<sup>11</sup> Folio 1-14 Expediente electrónico- Documento No. 39.

<sup>12</sup> Folio 1-21 Expediente electrónico- Documento No. 39.

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

*FUGA en fecha 16 de noviembre del 2011.(...)”*

Por lo expuesto, refiere que el actor no cumplió con la privativa domiciliaria en la vivienda designada. De igual forma, señala que obra prueba en la cual el actor solicitó cambio de prisión domiciliaria, en residencia adscrita al Municipio de Timbío Cauca, también incumplida por el actor, según informes de control de visitas INPEC, en el cual manifiestan que no se encontró en la dirección indicada.

Indica que, del cuaderno anexos 05 a folios 60 y 61, dirigido a la Fiscal 006-01, en el que materializa un preacuerdo, suscrito con el abogado de confianza del actor, en uno de sus apartes resalta: *“muy respetuosamente manifiesto a la señora fiscal, mi intención de suscribir con la fiscalía a su digno cargo escrito de PREAUERDO de conformidad con el artículo 348, 350 y 352 de la ley 906 de 2004, pero bajo el tipo penal no del expendio o venta de estupefacientes sino por el tipo penal del porte o llevar consigo sustancia estupefaciente(artículo 376 Código Penal)(...)”*

Refiere que no se probó en el proceso penal, que la doctora Liliana Charry Lozano, adscrita al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, le haya practicado valoración médica legal con la psiquiatra, sobre el consumo de sustancias, a pesar de que en audiencia de pruebas se dijera otra cosa sobre su consumo.

Hace especial énfasis en la audiencia de pruebas llevada a cabo el 23 de julio de 2021 y las declaraciones rendidas en la diligencia. Así mismo, refiere que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar toda vez que, de los testimonios, no hay nada concreto que permita imputar responsabilidad alguna a la accionada.

Manifiesta que en materia contenciosa es irrelevante si el hoy actor incurrió en la comisión de la conducta delictiva o no, pues, respecto a su comportamiento pesa una decisión absolutoria proferida por el Juez Penal. Por lo que no esta en discusión el desvanecimiento de la presunción de inocencia del actor, lo relevante estriba en el análisis de las acciones particulares que dieron origen a la detención del actor, como fue la captura en flagrancia, cuando se le encontraron 8.2 gramos de marihuana, lo que se infiere que eran para el expendio o lo que se conoce como microtráfico, fue así que los policiales posteriormente lo colocaron a disposición de la autoridad competente.

Indica que la conducta desplegada por el actor, fue la causa del daño y la raíz determinante del mismo, fue su propia participación o coparticipación la causa adecuada en la producción del daño por lo que debe quedar eximida la Fiscalía de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar. Señala así, que no se configura la falla del servicio planteada por la parte actora, sino que, por el contrario, se demuestra el eximente de responsabilidad culpa de la víctima, por la participación de ésta en los hechos.

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

Finalmente, solicita sean declaradas las excepciones propuestas por la entidad en la contestación de la demanda y, en consecuencia, se declare que la accionada no es responsable de por los perjuicios presuntamente causados a la parte actora.

Así mismo, solicita en cuanto a la audiencia de pruebas y la tacha de falsedad o falta de imparcialidad del testimonio, se valide la petición, en atención al artículo 211 del CGP.

### 5. Concepto del Ministerio Público.

La agente del Ministerio, se abstuvo de presentar concepto.

## II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

### 1. Presupuestos procesales.

#### 1.1. Caducidad, procedibilidad del medio de control y competencia.

Por la naturaleza del proceso, el lugar de los hechos y la cuantía de las pretensiones, el Juzgado es competente para conocer de este asunto en PRIMERA INSTANCIA conforme a lo previsto en los artículos 140, 155 numeral 6 y 156 numeral 6 de la Ley 1437 de 2011.

El medio de control no se encuentra caducado para la fecha de presentación de la demanda, según lo previsto en el artículo 164 numeral 2 literal i) de la Ley 1437 de 2011. Ello por cuanto la ejecutoria de la providencia que absolvió a los menores es de fecha el 04 de agosto de 2015 (fl. 120) ejecutoriada ese mismo día, es decir, los actores tenían hasta el 08 de agosto de 2017 para presentar la demanda, y la demanda se interpuso el 16 de junio de 2017, es decir, dentro del término de Ley.

### 2. Problema jurídico.

Se centra en determinar, ¿si las entidades demandadas son administrativamente responsables por los perjuicios que dice la parte actora haber sufrido como consecuencia de la supuesta privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, o si por el contrario se encuentra acreditada alguna excepción que exonere de responsabilidad a las entidades demandadas?

### 3. Régimen aplicable en materia de privación injusta de la libertad.

La posición del Consejo de Estado, en torno al tema del régimen de responsabilidad de la administración por privación injusta de la libertad se recogió de esta manera:

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

"... la Sala ha considerado en varias oportunidades que cuando una persona privada de la libertad es absuelta porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o éste no lo cometió el sindicado, o este último queda libre en aplicación de la figura del *in dubio pro reo*, o por preclusión de la investigación por demostrarse alguna causal de exoneración de responsabilidad penal<sup>13</sup>, se configura un evento de detención injusta y, por tanto, procede la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política.

...  
 Así mismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha ordenado la reparación de perjuicios a favor del sindicado, cuando éste ha sido absuelto de responsabilidad penal por encontrarse que la conducta investigada no constituía delito alguno. Uno de esos casos fue resuelto en pronunciamiento del 13 de febrero de 2013 proferido por la Subsección A.

...  
 Lo mismo ha resuelto la Subsección B de esta Sala cuando la cesación del proceso penal ha obedecido a la prueba de la inocencia del investigado, por cuanto se estableció que él no cometió el delito imputado.

...  
 Ahora, en aquellos casos en los que el proceso penal termina por aplicación del principio de *in dubio pro reo*, el Consejo de Estado ha dado el mismo tratamiento.

...  
 Igualmente, la Sección Tercera ha precisado que el daño también podía llegar a configurarse en aquellos eventos en los que la persona privada de la libertad sea exonerada por razones distintas a las de aquellas tres hipótesis. Así ocurrió, por ejemplo, en sentencia del 20 de febrero de 2008, donde se declaró la responsabilidad de la Administración por la privación injusta de la libertad de una persona que fue exonerada en el proceso penal por haberse configurado una causal de justificación de estado de necesidad.

...  
 Una primera, que podría calificarse de restrictiva, parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados<sup>14</sup>. Posteriormente, se dice que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención<sup>15</sup>.

Una segunda línea entiende que cuando se da la absolución porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa<sup>16</sup>. Se consideró que, en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en los casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado del carácter "injusto" e "injustificado" de la detención<sup>17</sup>. Es decir se ha venido acogiendo el criterio objetivo, con fundamento en que la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluye la investigación o es absuelta porque nada tuvo que ver con el delito investigado o porque se le aplicó el principio de *in dubio pro reo* o alguna causal de justificación penal<sup>18</sup>, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia.

Una tercera tendencia jurisprudencial morigeradora el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, pues ello implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada; además, amplía el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad a los eventos en que el sindicado sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Sean las dispuestas en el artículo 29 del Decreto Ley 100 de 1980 (derogado Código Penal) o en el artículo 32 de la Ley 599 de 2000 (nuevo Código Penal) según el caso.

<sup>14</sup> Sección Tercera, sentencia de 1 de octubre de 1992 (expediente 7058).

<sup>15</sup> Sección Tercera, Sentencia de 25 de julio de 1994 (expediente 8666).

<sup>16</sup> Sección Tercera, Sentencia de 15 de septiembre de 1994 (expediente 9391).

<sup>17</sup> Sección Tercera, Sentencia de 17 de noviembre de 1995 (expediente 10056).

<sup>18</sup> Sin embargo, se encuentran sentencias como la del 9 de septiembre de 2015 (expediente 38.226), por medio de la cual la Subsección A de la Sección Tercera, al pronunciarse sobre la privación de la libertad de una persona que, posteriormente, fue absuelta con fundamento en que su actuación obedeció al estado de necesidad, negó las pretensiones por considerar configurada la causal eximente de responsabilidad del Estado, consistente en el hecho de la víctima.

<sup>19</sup> Sección Tercera, sentencia de 18 de septiembre de 1997 (expediente 11754).

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

*En otras palabras, en aquellos eventos en los que una persona es privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego es puesta en libertad en consideración a que se dieron los supuestos legales que determinan su desvinculación de la investigación penal, porque la absolución o la preclusión de la investigación obedeció a que el hecho no existió, a que el sindicado no lo cometió, o a que no era delito, o a la aplicación de la figura del in dubio pro reo, o a la configuración de alguna de las causas de justificación penal, esta Corporación entiende que se está frente a un daño imputable al Estado, por privación injusta de la libertad, el cual debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política; no obstante, también sostiene que, si se presenta un evento diferente a éstos, debe analizarse si la medida que afectó la libertad fue impartida "injustamente" (C-037/96), caso en el cual el ciudadano debe ser indemnizado por no estar en el deber jurídico de soportarla.*

*Esta última postura jurisprudencial, es decir, aquella que ha quedado plasmada a lo largo de los últimos párrafos es la que rige, hoy por hoy, en el seno del Consejo de Estado, más concretamente de su Sección Tercera, y con especial énfasis a partir de la sentencia del 17 de octubre de 2013 (expediente 23.354)."<sup>20</sup>*

En la providencia en cita, explica el Consejo de Estado que la responsabilidad extracontractual encuentra respaldo en el artículo 90 de la Constitución Política y no puede ser restringida por leyes infraconstitucionales, más sí puede ser precisado su concepto y alcance, sin embargo, no basta con acreditar la privación de la libertad y posterior ausencia de una condena pues se permitiría que en todos los casos en que se privara a una persona de la libertad procediera la indemnización, por tanto se precisa como necesario establecer que el daño sea de carácter antijurídico. Como la Constitución no ha privilegiado ningún título jurídico de imputación en aplicación del principio *iura novit curia* y en consideración a los supuestos fácticos, el juez puede acudir al título de imputación que mejor convenga al caso concreto.

La postura que ahora acoge el Consejo de Estado, explica que, si bien antes se consideró suficiente la acreditación del daño, ello no indica que no pueda acudirse al régimen subjetivo, se critica de la anterior postura el hecho de que la mera exigencia de la demostración del daño, desnaturaliza los elementos de la cláusula general de responsabilidad relegándose la posibilidad de acreditar la antijuridicidad del daño.

Por tanto, se recoge esta postura para pregonar actualmente que es menester acreditar la antijuridicidad del daño para lo cual debe acudirse a estándares convencionales, constitucionales y legales que admitan excepcionalmente la restricción de la libertad de la persona, en caso de no demostrarse esa situación estaríamos ante un daño antijurídico.

La nueva tesis jurisprudencial afirma que es equivocado sostener que la aplicación de un régimen subjetivo implica realizar un estudio sobre la conducta del agente estatal, pues se olvida que la falla puede presentarse aún sin dolo o culpa grave del funcionario.

Respecto del principio de presunción de inocencia se dijo que éste no está relacionado con la medida preventiva, porque esta garantía permanece

---

<sup>20</sup> SENTENCIA DE UNIFICACION DE 15 DE AGOSTO DE 2018, CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. RADICACIÓN 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947).

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

incólume hasta que se profiera sentencia condenatoria, por tanto, no se evidencia cómo puede afectarse este principio a partir de la decisión de la privación de la libertad con medida de aseguramiento. Se resalta que mientras transcurre el proceso penal la prueba sobre la responsabilidad es mayor por tanto para la medida de aseguramiento solamente basta la existencia de indicios graves, en consecuencia, pueden obrar pruebas para proferir medida de aseguramiento e incluso resolución de acusación, pero las mismas pueden no ser suficientes para un fallo condenatorio. Se destaca que otra situación muy distinta ocurre en los casos en que la decisión absolutoria llega como consecuencia de la ausencia total de pruebas contra el sindicado lo que afecta el sustento fáctico y jurídico de la detención. Se señala que la sentencia absolutoria no siempre da cuenta *per se*, de la antijuridicidad de la restricción de la libertad.

De otra parte, la sentencia de unificación destaca que el principio de la libertad no es absoluto y deviene en injusto que se condene al Estado al pago de indemnización cuando la restricción estuvo mediada por la legalidad y a pesar de haberse practicado las pruebas, persistan dudas acerca de la participación en el delito y por tanto también se presentan respecto de lo justo o injusto de la privación de la libertad.

En la óptica de la posición que actualmente se recoge, basta que se presente una privación de la libertad y que el proceso no culmine con la condena para proceder con la indemnización a pesar de que la medida se haya ajustado a derecho y sin importar que el daño sea o no antijurídico, por tal motivo la postura que actualmente se acoge obliga al juez a analizar si quien fue privado de la libertad actuó desde el punto de vista civil con culpa grave o dolo.

Además, en todos los casos, esto es cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituyó hecho punible o por in dubio pro reo, será necesario hacer análisis sobre el artículo 90 de la Constitución Política, vale decir establecer si el daño es antijurídico y si quien demanda no incurre en ninguna clase de dolo o culpa y finalmente en amparo del principio *iura novit curia* se puede usar el título que se considere pertinente y expresar los fundamentos de la decisión.

### 3.2. La responsabilidad del Estado en situaciones de captura en flagrancia.

Señala el Consejo de Estado que en casos de captura en flagrancia es posible recurrir a un régimen de responsabilidad de carácter subjetivo, siempre que resulte necesario efectuar un juicio de reproche sobre los actos de la Administración. Sobre este tema se ha pronunciado de la siguiente manera:

*"Considera la Sala que la captura, como medida coercitiva para garantizar la efectividad de la diligencia de indagatoria, no trasgrede el derecho a la libertad de protección constitucional (artículo 28) y convencional (Pacto Internacional de Derechos Civiles –artículo 12 y Políticos y Convención Americana de Derechos Humanos –artículo 22-), siempre que las autoridades civiles y judiciales acaten de manera estricta los términos y condiciones que la ley prevé para la procedencia y materialización de esa medida.*

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

*Desde la óptica de la responsabilidad del Estado, es factible inferir que cuando una orden de captura con fines de indagatoria o una captura en flagrancia se revoca dentro de un proceso penal que se precluye a favor de un investigado, la responsabilidad del Estado no puede quedar comprometida de manera objetiva, si se tiene en cuenta que, para que se abra paso a la declaratoria de responsabilidad estatal, se debe analizar la falla derivada del incumplimiento o de la omisión de las autoridades judiciales respecto de los presupuestos legales necesarios para imponerla, evento en el cual la privación de la libertad se tornaría en arbitraria; o la falta de acatamiento de los términos legales que deben correr una vez se materializa la captura, caso en el cual se configura una prolongación indebida de la libertad.*

*De manera que si se limita la libertad de un ciudadano en cumplimiento de una orden de captura debidamente dispuesta o una captura en flagrancia y en acatamiento de los términos legales y el procedimiento previstos para tal fin, la detención emerge como una carga que se está en el deber jurídico de soportar y que se justifica en el ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado, que propenden por la investigación de las conductas que revisten las características de delitos y la individualización de los presuntos autores de las mismas.*

*Por tanto y a pesar de la existencia de un daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico y, como consecuencia, no surge para el Estado del deber jurídico de repararlo<sup>21</sup>*

En otra oportunidad y sobre este mismo tema del régimen aplicable en los temas de captura en flagrancia, el Consejo de Estado se pronunció en los términos que se transcriben a continuación:

*"La responsabilidad derivada de la captura en flagrancia de un ciudadano no es susceptible de ser analizada con fundamento en los criterios propios de la "privación injusta de la libertad", dado que la aprehensión en estas condiciones no proviene de la imposición de una medida de aseguramiento, sino del cumplimiento del deber consagrado en el artículo 32 de la Constitución Política, esto es, aquel en virtud del cual cualquier ciudadano y/o autoridad pública debe capturar a las personas sorprendidas al cometer un delito, de ahí que no se requiera una orden judicial y no comporte una detención preventiva. En efecto, la captura en flagrancia está orientada a que la persona sorprendida al momento de cometer un delito sea puesta a disposición del funcionario judicial competente para que este decida respecto de la legalización de la aprehensión, así como sobre la procedencia de iniciar la investigación penal."<sup>22</sup>*

### 3.3. La captura en flagrancia.

Se asiente la facultad para capturar y restringir la libertad de una persona hallada en flagrancia, dado que el artículo 32 de la Constitución Política dispone que el "delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona". Además, la condición de flagrancia debe ajustarse a las disposiciones del estatuto procesal contempladas en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 345. FLAGRANCIA.** *Se entiende que hay flagrancia cuando:*

*"1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito.*

*"2. La persona es sorprendida o identificada o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho.*

*"3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él".*

<sup>21</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Actor Ernestina Pillimúe Caña y otros, Demandado: Nación –Fiscalía General de la Nación y otro, Acción de reparación directa, radicación 19001-23-31-000-2011-00562-01 (53474)

<sup>22</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Subsección a, Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia de catorce (14) de marzo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 08001-23-31-000-2010-00327-01(56101) Actor: Jaime Eduardo Ruiz Celano, Demandado: Nación - Fiscalía General De la Nación y Otros, Referencia: Apelación Sentencia - Acción De Reparación Directa.

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

### 3.4 La medida de aseguramiento.

El derecho a la libertad personal no es absoluto, sino que está sujeto a privaciones y restricciones temporales, las cuales deben reunir unos requisitos constitucionales y legales y estas, son llevadas a cabo por esencia en el marco del proceso penal, bajo la forma de sanciones contra el imputado, como consecuencia de la investigación que se adelanta en su contra. Es decir, dicha afectación a la libertad personal se hace a través de decisiones cautelares, denominadas medidas de aseguramientos o de internamiento en el caso de los infractores menores de 18 años de edad, 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.

Las medidas de aseguramiento adquieren, sin embargo, una particular incidencia constitucional debido, ante todo, a su capacidad para afectar de manera intensa la libertad personal. El agente sufre un temporal, preventivo y, sin embargo, ostensible impacto en el derecho a su libertad. Por estos innegables efectos, de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia de la Corte, la creación de las medidas de aseguramiento debe ser estrictamente excepcional y se encuentra sometida a un conjunto de límites, diseñados en orden a salvaguardar el principio de la dignidad humana y la prevención del exceso en su utilización<sup>23</sup>.

Además de los fines constitucionales antes citados, son necesarios algunos requisitos objetivos, el primero de ellos de carácter probatorio:

*"... 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..." (Artículo 308 de la ley 906 de 2004).*

El segundo, dado por la calidad del delito y el monto de la pena mínima. (Ver artículo 313 de la ley 906 de 2004) para aplicar una medida de aseguramiento no privativa de la libertad, es necesario que la pena mínima sea inferior a cuatro años o no tenga señalada pena de prisión. (Ver artículo 315 de la ley 906 de 2004).

El requisito objetivo no es más que un presupuesto legal de ineludible

---

<sup>23</sup> Sentencia C-469 de 2016.

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

cumplimiento que por lo demás generalmente se cumple por parte de los operadores judiciales. Lo que obliga a hacer más exigente el juicio de fiscales y jueces en este punto responde a que la jurisprudencia del contencioso no solamente atiende al punto de legalidad, sino de "privación injusta". Así, por ejemplo, la decisión de la Sección Tercera, de 28 abril de 2005. Expediente 15348. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio establece a este respecto:

*"En síntesis, considera la Sala que quien haya sido privado de la libertad de manera preventiva y absuelto en sentencia ejecutoriada o en providencia que disponga la terminación del proceso, tiene derecho a la indemnización de perjuicios que la medida le haya causado, siempre que ésta haya sido injusta, calificación que puede provenir, entre otros eventos, de cuando la medida se profirió desatendiendo las disposiciones que sobre la materia establece la ley o cuando el proceso termine con absolución o su equivalente, porque el hecho no existió, o el sindicado no lo cometió, o el hecho no era constitutivo de delito; o haya sido irrazonable porque el juicio sobre su procedencia según los parámetros de la ley no correspondan con la prueba que obraba en el proceso penal; o injustificada porque aunque se hubiera proferido inicialmente conforme a los parámetros legales, excedió el plazo razonable; o sea desproporcionada su duración en consideración al delito de que se trate; o porque, de acuerdo con las circunstancias específicas del asunto, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, el particular que fue objeto de la medida privativa de la libertad no estaba en el deber jurídico de soportarla, conforme se hace evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio".*

Así entonces, dentro del medio de control de reparación directa, resulte necesario verificar si la medida restrictiva de la libertad fue razonada y proporcionada, tal y como se estableció en la sentencia SU-072 de 2018, en la que la Corte Constitucional afirmó:

*"En el caso de la privación injusta de la libertad la Corte, ciñéndose exclusivamente al texto normativo y teniendo en cuenta las dos premisas señaladas, esto es, que el artículo 90 de la Constitución no define un título de imputación y que, en todo caso, la falla en el servicio es el título de imputación preferente, concluyó en la sentencia C-037 de 1996 que el significado de la expresión 'injusta' necesariamente implica definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho ...*

*"(...).*

*"De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, 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.*

*"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. (...)*

*"106. 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".*

En consecuencia, si ubicamos las discusiones en el plano estrictamente penal el examen que arroja esta apreciación implica que los juicios de adecuación, imputación y autoría deben estar plenamente soportados por cuenta del fiscal al momento de hacer la solicitud lo que impondría un examen más exhaustivo del juicio de tipicidad penal.

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

#### 4. El caso concreto.

De las pruebas que obran en el proceso:

Del Proceso Penal:

- Expediente electrónico- Documento No. 5 cuaderno pruebas.

Acta de audiencia preliminar de fecha 25 de septiembre de 2011, mediante la cual se llevó a cabo las audiencias de Legalización del Procedimiento de Aprehensión, Formulación de Imputación e Imposición de Medida de Internamiento Preventivo, ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Cajibío Cauca con Funciones de Control de Garantías. El Despacho destaca lo siguiente: (folio 5-7)

De los hechos acaecidos y presentados por la Fiscalía en la audiencia de legalización del procedimiento de aprehensión, este Despacho destaca la narración de los mismos, así:

*"El Fiscal de turno, solicita se legalice captura en flagrancia del señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, por tanto, escuchados los argumentos del Fiscal, el Juez de control de Garantías legaliza la captura. En firme la legalización, el Fiscal imputa el delito de #Tráfico, Fabricación o porte de estupefacientes", el señor Juan Carlos Ordoñez Gaviria adquiere la calidad de imputado. Se solicita al Centro de servicios Judiciales Penales de Popayán se sirvan librar los oficios correspondientes para la oficina de registro de instrumentos públicos y tránsito Municipal de Popayán Cauca. el imputado no se allana a los cargos. El Juez, decreta la medida de detención preventiva en la residencia del imputado, conforme al artículo 307, literal A, numeral 2 y se ordena librar boleta de encarcelación."*

Boleta de encarcelación No. 106, de fecha 25 de septiembre de 2011, suscrita por el Juez Primero Promiscuo Municipal de Cajibío Cauca y dirigida al Centro Penitenciario Y Carcelario "San Isidro", en la que informa que el Juzgado, en audiencia preliminar de la fecha profirió medida de aseguramiento privativa de la libertad, consistente en "Detención Preventiva en su residencia", ubicada en la calle 2 No. 11-48 Barrio Cadillal de la ciudad de Popayán Cauca, conforme al artículo 307 literal A, numeral 2 del CPP. Contra el imputado Juan Carlos Ordoñez Gaviria, por el delito de Tráfico, Fabricación o porte de Estupefacientes". (folio 4)

Oficio 235-AJUR-1719 de fecha 08 de noviembre de 2011, suscrito por el coordinador jurídico EPAMSCASPY y dirigido a los Centros de Servicios Judiciales de los Juzgados Penales, en el que informa que el señor Juan Carlos Ordoñez Gaviria, quien se encuentra en detención domiciliaria dentro del proceso 2011-05317-00 como presunto autor del delito de Tráfico, Fabricación o porte de Estupefacientes a disposición del Juzgado 1 promiscuo Municipal de Cajibío Cauca, al efectuar revistas aleatorias al domicilio el 31 de octubre de 2011, no fue encontrado. (folio 14)

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

Oficio 235-AJUR-1818 de fecha 16 de noviembre de 2011, suscrito por el coordinador jurídico EPAMSCASPY y dirigido a los Centros de Servicios Judiciales de los Juzgados Penales, en el que informa que mediante Resolución 1160 de la fecha, se dio de baja por evasión de prisión domiciliaria al interno señor Juan Carlos Ordoñez Gaviria. (folio 16)

Escrito de acusación de fecha 21 de noviembre de 2011, con código único de investigación: 190016000602201105317 a nombre del señor Juan Carlos Ordoñez Gaviria, como hechos se tiene: (folio 18-20)

*"El pasado 24 de septiembre de 2011 unidades de la Policía adscritos a la SIJIN, sin portar el uniforme y en labores de investigación por las constantes quejas de ciudadanos en el sector del sitio conocido como "Puente del Humilladero" solicitaron, previa identificación como policiales, la requisita de cuatro personas que se encontraban en dicho lugar y se percataron de dos solicitudes de transeúntes a uno de ellos de sustancia estupefaciente.*

*Dicho sujeto se identificó como Juan Carlos Gaviria Ordoñez, alias valentino que, además, presenta una descripción similar a la suministrada por los residentes de ese sector de la persona que observan como el expendedor de sustancias estupefacientes y al que se le encontró en su poder, al parecer marihuana.*

*Una vez con la plena identificación y con las entrevistas de ciudadanos que corroboraron la actividad del mencionado sujeto, proceden a su captura y lo dejan a disposición de la Fiscalía, que luego haber verificado, a través de la prueba de identificación preliminar homologada para estupefacientes, que la sustancia era marihuana, acudió ante Juez de Control de Garantías que realizó el procedimiento de captura y avaló la formulación de imputación en contra de ORDOÑEZ GAVIRIA como presunto autor de la conducta punible de Trafico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, bajo el verbo rector de expender y con la pena establecida con el inciso 2 de artículo 376 del Código Penal, por cuanto el peso de la sustancia fue de 8.2 gramos.*

*Imputación a la que el señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA manifestó NO allanarse.*

*Finalmente, al imputado se le impuso medida de aseguramiento privativa de libertad en su domicilio. (...)"*

Oficio 235-AJUR de 18 de mayo de 2012, suscrito por el Director del EPAMSCAS POPAYÁN y dirigido el Juez Coordinadora del Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados Penales, en el que informa: (folio 33)

*"Revisado el Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario de Sisipec Web de Orden Nacional, aparece que el interno antes mencionados, salieron en libertad en las siguientes fechas (...)"*

2. *Juan Carlos Ordoñez Gaviria, se le dio de baja por fuga al no encontrarse en su domicilio el 16 de noviembre de 2011, mediante resolución No. 1160 de 12 de noviembre de 2011.*

Oficio de fecha de 16 de agosto 2012, suscrito por el señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA y el abogado defensor CARLOS ALBERTO CORDOBA HOYOS, dirigido a la Fiscal 06-001 Seccional ALEYDA GOMEZ MUÑOZ, en el que expresa: (folio 60-61)

*"JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, mayor de edad y vecino de esta ciudad identificado con cédula de ciudadanía No. 1.061.735.418 de Popayán obrando en mi calidad de indiciado en el asunto de la referencia muy respetuosamente manifiesto a la señora Fiscal mi intención de suscribir con la fiscalía a su digno cargo escrito de PREACUERDO de conformidad con el artículo 348, 350 y 352 de la Ley 906 de 2044, pero bajo el tipo penal no del expendio o venta de estupefacientes (artículo 376 del CP) en las modalidades de tiempo, modo y lugar relacionados en diligencia de imputación obrante en autos. De aceptarse mi pedimento,*

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

*ruégole (sic) muy encarecidamente se sirva elaborar el escrito respectivo a efectos de hacerlo conocer del señor juez competente (...)"*

Informe secretarial de fecha de 26 de julio de 2012, de solicitud de cambio de domicilio, presentado por la defensora del señor Juan Carlos Ordoñez Gaviria, dentro de la investigación No. 190016000602201105317 por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, con novedad en el cumplimiento de detención domiciliaria en el inmueble ubicado en la residencia de la señora Aide Gaviria (hermana del acusado), en el Municipio de Timbío, cabecera municipal, carrera 11 No. 17-120 barrio los pinos. (folio 71)

Oficio de fecha 12 de abril de 2013, suscrito por el abogado defensor del señor Juan Carlos Ordoñez Gaviria y dirigido al Juez Tercero Penal del Circuito Con Funciones de Conocimiento, en el que informa: (folio 88-89)

*"En varias oportunidades (unas 12 veces aproximadamente), me acerqué hasta la vivienda del indiciado y su familia (la cual queda en la calle 2 entre carreras 11 y 12 del Barrio El Cadillal, donde funciona un internet), solicitándoles me facilitaran un supuesto documento en donde consta que el señor ORDOÑEZ GAVIRIA, presentaba problemas de consumo compulsivo de estupefacientes, documento que no me fue entregado. Ante ello, se dirigieron ante Medicina Legal, en donde supuestamente adelantaron diálogos con el Dr. JOSE VICENTE ZUÑIGA, quien les informo que en esas dependencias no existía documento que acreditara tal circunstancia.*

*Les informe, que podríamos acudir a un médico especialista en psiquiatría (Dr. IVAN DULCEY), para tratar de demostrar la patología del indiciado, recursos que en ningún momento me fueron entregados ni mucho menos gestionados por parte interesada. Cansado de acudir a la vivienda del señor JUAN CARLOS (...) sin ningún resultado para sus propios intereses, fue que preferí manifestarles que procedieran a designar nuevo defensor, ya que no se puede tratar de trabajar con las uñas. Se adelantó diálogos incluso con el Dr. Diego Figueroa y otros Fiscales anteriores para tratar de lograr una rebaja de pena, un preacuerdo más favorable o una tipificación diferente y menos gravosa a los intereses de quien era mi cliente.*

(...)

*Ante el silencio del indiciado como de su familia frente a esta situación, considere que este asunto ya estaba finiquitado (...)"*

El día 06 de agosto de 2013, ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Popayán Cauca, se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación, de la cual se destaca: (folio 92-94), se destaca:

*"Se concede el uso de la palabra al Fiscal para que proceda a realizar la formulación de acusación, fáctica y jurídica en contra del señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, previa su plena individualización e identificación contra el mismo, la Fiscalía 06-001 Seccional de la Ciudad, formula acusación por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, contenido en el artículo 375 inciso 2 del CP, en calidad de autor, bajo el verbo rector de "expende". Y con la pena establecida en el inciso 2 del CP, por cuanto el peso neto de la sustancia es 8.2 gramos.*

(...)"

El día 06 de abril de 2015, ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Popayán Cauca, se llevó a cabo audiencia preparatoria, en la misma diligencia se audiencia de estipulaciones

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

probatorias (folio 111-112), se destaca:

*"La Fiscalía y la Defensa realizan estipulaciones probatorias.*

*Entre la Defensa y la Fiscalía, hemos estipulado: 1) la naturaleza de la sustancia incautada y el peso de la misma, que corresponde a 8.2 gramos de cannabis, el que se demuestra con el informe de investigador de campo FPJ-11 de 24 de septiembre del 2011, suscrito por el PJ. Wilmer Palta Gómez. 2) la plena identificación del acusado que corresponde a Juan Carlos Ordoñez Gaviria, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.061.735.418, nacido el 27 de febrero de 1991, edad 20 años, unión libre, grado de estudio técnico, hijo de Erlinda Ordoñez y Carlos Alberto Gaviria, reside en el barrio Cadillal calle 2 11-48, celular 3127263711. Se acredita con informe PJ suscrito por Eider Fabián Román Arango, copia de cedula de ciudadanía, cartilla alfabética acta de consentimiento y álbum fotográfico. 3) que el señor Juan Carlos Ordoñez Gaviria es una persona consumidora de sustancias estupefaciente. se realiza las solicitudes probatorias. (...)"*

El día 04 de agosto de 2015, ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Popayán Cauca, se llevó a cabo audiencia de Juicio Oral, contra el señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, por el delito de Tráfico, Fabricación o porte de Estupefacientes, mediante la cual se absolvió al señor Ordoñez Gaviria. (folio 115-116), se destaca:

*Teoría del caso: la Fiscal se refirió a los hechos materia de investigación y relacionó la prueba a practicar en el Juicio, con la cual demostrará el delito y la responsabilidad penal del acusado por el delito de Tráfico, Fabricación o porte de Estupefacientes.*

*Se procede a la practica de las pruebas decretadas:*

*Testigo: CARLOS ARTURO LOZANO SOLANO, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.094.892.883 de Armenia*

*"Informa que no tiene parentesco con el acusado, labora en el comando de Policía Cauca, para la fecha de la audiencia tenía 27 años de edad, en la sección de investigación criminal SIJIN del Cauca, se desempeña como investigador de grupo contra terrorismo de la unidad, dentro de las funciones que desarrolla cuenta con desarrollo de investigación criminal, capacitaciones como diplomado de Policía Judicial, técnicas avanzadas de entrevistas, recolección de elementos invasivos y no invasivos, técnico profesional en servicio de policía, vigilancia y seguimiento, entre otros cursos en los que se ha capacitado en la investigación, lleva laborando en la unidad 8 años, no ha sido sancionado penalmente en su labor.*

*Refiere que dentro de las labores que el desarrolla en la seccional, una de ellas tiene que ver con prestar el servicio, para el día de los hechos, se encontraba realizando servicio cuarto turno, el servicio es de recorrer ciertos sectores, estar pendientes a las quejas de la comunidad, no tiene presente la fecha, pero recuerda fue en septiembre del 2011, día en el que se encontraban realizando labores de patrullaje de civil en el puente del humilladero, porque del sector hay bastante queja de la comunidad, ven a un grupo de personas, se les acercan, se identifican como policía judicial, observan que en el grupo de personas iba gente y salía, ellos se acercan, se identifican, cuando llega otra persona y dijo, "Valentino, tiene vareta?" Ello les causó curiosidad, porque el "pelado" llegara así, más como estaban de civil, las personas no sabían quiénes eran, de ello proceden a identificarse, como estaban en un lugar oscuro y no portaban documentos de identidad deciden trasladar al grupo de personas para la SIJIN para identificarlas y realizar la requisita, porque allá había buena luz.*

*Manifiesta que, era de noche, no había buena iluminación en el parque, se trasladan a la SIJIN y, llega una "pelada femenina", mandan a traer a una policía femenina uniformada, un compañero requisita a Valentino y efectivamente le encuentran una sustancia alucinógena en el bolso, marihuana, pero anteriormente a eso, cuando estaban en el puente, gritaron "Valentino tiene vareta", se hizo el procedimiento cuando se encontró la sustancia alucinógena, se realizó el procedimiento de captura ya que tenía cierta cantidad de marihuana que daba para su captura, luego se hacen unas entrevistas a las personas que estaban allá y se judicializa en caso de la persona en mención. Refiere que no recuerda donde portaba la sustancia, porque el procedimiento lo realizó su compañero Rojas, cree que lo encontró en el maletín, pero no recuerda exactamente.*

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

*Indica que antes de salir al turno les informan que pasaran revista por dicho sector, porque había bastantes quejas de la comunidad preocupada, porque en el sector se estaba vendiendo mucho estupefaciente y a ellos se les facilita porque andaban de civil, hicieron patrullaje de rutina normal que hace cuando están haciendo turno.*

*Después de hacer el procedimiento de captura, se encuentra la sustancia se leen los derechos y se deja a disposición del Fiscal competente, no recuerda el peso de la sustancia, señala que, no era bastante, pero efectivamente cuando se requisa, se le encuentra marihuana dio pie para la judicialización de esta persona.*

*Refiere que uno de los motivos por los que se decidió llevar hasta las instalaciones de la SIJIN, fue porque les causó mucha curiosidad del porqué le preguntaban a la persona si tenía vareta y porque le gritaron de otro sector del mismo parque que si tenía vareta y más porque hay mucha queja de la ciudadanía en ese sector por el consumo de los jóvenes, por ese motivo se decide llevar a las instalaciones para realizar la requisa ya que en ese lugar no había buena iluminación, el motivo exacto, era porque no había buena iluminación y no estaban identificados, se realizó la requisa, identificación y toma de datos"*

*Testigo: EIDER FABIAN ROMÁN ARAGON, identificado con 14.397.318 de Ibagué Tolima.*

*"Informa que no tiene grado de parentesco con el acusado, labora en la SIJIN del Departamento del Cauca, tiene 32 años de edad, en la institución actualmente es perito en documentología en la SIJIN, anteriormente era investigador, lleva en la institución 13 años igualmente en la especialidad, tiene 2 cursos básicos de policía judicial hoy en día técnico en documentología, no ha sido sancionado.*

*Manifiesta que, para el 24 de septiembre de 2011, fue designado como patrulla en horas de la noche con un grupo de compañeros, les habían recomendado que estuvieran verificando por el sector del puente del humilladero debido a que para esas épocas había quejas de la comunidad del sector, de personas expendiendo estupefacientes, al tener esas recomendaciones por parte de sus superiores se procedió a realizar la verificación en ese sector, al llegar allí observan a un grupo de personas, ellos se acercan y curiosamente un sujeto se dirigió a una de las personas y coloquialmente le dijo que si tenía vareta, les causó mucha curiosidad por lo que, solicitan los documentos de identidad para verificar los antecedentes, ellos adujeron que no lo tenían por ende, y a raíz de la poca iluminación en el sector, proceden a trasladarse con ellos a las instalaciones de la SIJIN, con el fin de realizar la identificación de esas personas, en el momento en el que se estaba realizando la verificación de las identidades, establecer sus nombres y números de identificación, uno de sus compañeros procedió a realizar la requisa a dos sujetos de género masculino , procedió a pedir apoyo de una uniformada femenina para realizar el respectivo registro a una mujer que llevaron a las instalaciones de la SIJIN.*

*Señala que uno de sus compañeros de apellido Rojas, al momento de realizar el registro encuentra en su bolso una sustancia vegetal color verde, que con el olor da a entender que es marihuana o cannabis, al hallar este elemento procede a materializarse y leérsele los derechos al capturado, su procedimiento en el caso fue verificar el arraigo de esta persona, se hacía llamar Valentino, en el momento de la identificación recuerda que se llama Carlos, recuerda que el compañero al momento de hacer el registro verificó su maleta, un bolso que él llevaba y se halló el elemento, la marihuana que se procedió a incautar.*

*Indica que no recuerda la cantidad o volumen exacto, señala que no era voluminosa para eso se realizó un análisis por parte del PIPH, señala que a raíz de las quejas de la comunidad se acercaron al lugar, pero no observaron a una persona expendiendo, sin embargo, deja claro, que les causó curiosidad que una persona joven se dirigió directamente a valentino manifestando que si tenía vareta.*

***La Fiscalía en sus alegatos finales, señala que si bien se pudo demostrar que el señor Juan Carlos Ordoñez Gaviria portaba una sustancia de 8.2 gramos, denominada marihuana, la Fiscalía siendo leal a la administración de justicia, no entiende por qué razón si su antecesor conocía que se le había incautado un peso de 8.2 gramos, siendo positiva para cannabis, no se solicitó la preclusión dado que***

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

**se encuentran según los lineamientos del Decreto 2335, que habla sobre estupefacientes y el 376 frente a una conducta atípica, manifiesta que si bien, han llegado a la instancia de juicio oral, una vez analizada la prueba que obra en el plenario, observa que no era procedente capturar, imputar y aún hacer escrito de acusación y, aun seguir con la etapa probatoria dado que se encuentran frente a una conducta atípica ocurrida por el señor Juan Carlos Gaviria, dado que ante una cantidad que no llegaba a los 20 gramos, estarían prevaricando, sin embargo, ante el juicio solicita se absuelva al señor Juan Carlos Gaviria como un presunto autor del delito de Tráfico, Fabricación o porte de Estupefacientes, haciendo la salvedad que la Fiscalía entronizó que en el proceso casi que a portas del Juicio y que, habían podido actuar de una manera diferente, acorde a los lineamientos del estatuto procesal penal y no estar investigando una conducta atípica.**

**La Procuradora indica que, efectivamente se encuentran en el Juicio que no debió celebrarse en tanto que, observan que parten de unas circunstancias fácticas que no se atemperan desde el inicio de la investigación a una conducta delictiva. Refiere que los testimonios, no precisaron en ningún momento que al señor Juan Carlos Ordoñez Gaviria lo capturaron expendiendo estupefacientes, fueron muy claros en manifestar que su traslado obedeció a que carecía de documentos de identificación, lo trasladaron a la SIJIN y que fue allí donde practicada una requisa le encuentran una sustancia de tallos y hojas que, analizada resulto ser marihuana de 8.2 gramos, desde ahí la captura era improcedente e ilegal, el hecho de que les haya inquietado esa pregunta de la persona X, que no fue identificada porque así lo hicieron conocer los testigos, no se logró demostrar que en efecto se estuviese expendiendo la sustancia marihuana.**

**Refiere que el peso de dosis personal para estas sustancias es de 20 gramos, 8.2 gramos es una cantidad poca, no es considerable, no supera el tope legal, es decir, el señor estaba autorizado a portar esos 8.2 gramos, máxime cuando se estipuló que él era adicto, razón por la cual, la Procuraduría considera que es la absolución la que debe surgir forzada en el procedimiento.**

**La Defensa, coadyuba la petición hecha por la Fiscalía y la delegada del Ministerio Público, refiere que la captura de su prohijado en ningún momento se dio por el hecho de que el mismo estuviera expendiendo la sustancia estupefaciente. (negrilla fuera de texto)**

*El Juez, procede a anunciar el sentido del fallo que es de carácter absolutorio y procede a dictar sentencia, en cuya parte resolutive se decide:*

*PRIMERO: ABSOLVER a JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.061.735.418 expedida en Popayán Cauca del cargo que por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES le formuló la Fiscal Seccional 06-001 de esta ciudad, de acuerdo a las consideraciones hechas por la parte motiva de esta providencia y de conformidad con el retiro de cargos realizado por la Fiscalía en la audiencia de Juicio Oral.*

*SEGUNDO: LEVANTAR las medidas cautelares preliminares que se le hubieran impuesto y CANCELAR las anotaciones penales que hubiere generado el reporte de la presente investigación. (...)"*

Oficio 235-AJURPY-OF-1043 de fecha 1 de junio de 2016<sup>24</sup> suscrito por el abogado responsable Área Jurídica del INPEC, en el que informa que el señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, estuvo recluido en el establecimiento carcelario, ingreso en fecha 26 de septiembre de 2011 y se dio de baja por fuga en fecha de 16 de noviembre de 2011.

En el presente caso, tras la sentencia de tutela que dejó sin efectos la de

<sup>24</sup> Folio 16 Expediente electrónico- Documento No. 01

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

unificación que había emitido el Consejo de Estado el 15 de agosto de 2018, en torno a la privación injusta de la libertad, el Juez debe analizar en cada caso concreto, el título de imputación bajo el cual decidirá el asunto.

Analizado el devenir jurisprudencial se observa que el Consejo de Estado ha acudido al título de imputación objetivo, para casos como el presente de “privación injusta de la libertad” de que trata el artículo 68 de la Ley 270 de 1996. Sin embargo, se ha dicho que ello no impide para que, en el asunto de autos, si las condiciones fácticas y jurídicas lo ameritan, resulte aplicable el régimen subjetivo o de falla del servicio, cuando el mismo se encuentre acreditado en el plenario.

Así, se ha considerado que si bien el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos en los cuales la actuación de cualquiera de sus ramas u órganos hubiera sido “*abiertamente arbitraria*”, dicha disposición no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto, estos no tengan el deber jurídico de soportarlos, como sucede con todos aquellos daños que sufren las personas que son privadas de la libertad durante una investigación penal, a pesar de no haber cometido ningún hecho punible, siempre que la víctima no haya actuado con dolo o culpa grave.

Adicionalmente, debe advertirse que durante la vigencia del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, la responsabilidad estatal debía ser declarada cuando se dictara una sentencia absolutoria o su equivalente –preclusión de investigación o cesación del procedimiento–, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de un hecho punible. Esta disposición quedó derogada el 24 de julio de 2001, al entrar a regir la Ley 600 de 2000. No obstante, ha recordado la Sección Tercera que los supuestos del artículo ya citado se derivan directamente del artículo 90 de la Constitución Política, de modo que la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000 o bien de la Ley 906 de 2004 no inhiben su aplicación, pues las circunstancias señaladas en dicho canon continúan vigentes por expresa orden constitucional.

Igualmente, el Consejo de Estado ha dispuesto en reiteradas oportunidades que la conducta de la víctima debe ser analizada por parte del fallador, aspecto último que ha resultado como punto de discrepancia en la reciente acción de tutela contra providencia judicial de fecha 15 de noviembre de 2019<sup>25</sup>.

Partiéndose desde el punto de discusión de la jurisprudencia en torno a la

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”; acción de tutela, expediente con radicación 11001-03-15-000-2019-00169-01; actor: Martha Lucía Ríos Cortés y otros; M.P. Martín Bermúdez Muñoz.

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

participación de la víctima, si bien es cierto no se realiza un nuevo análisis de responsabilidad por parte de este despacho, no puede olvidarse que aún en regímenes objetivos, la participación de la víctima deviene en causal eximente de responsabilidad, adicionalmente el despacho comparte las apreciaciones que ha realizado el Consejo de Estado, en torno a la necesidad de analizar si en el caso específico se cumplieron los requisitos para que procediera la medida restrictiva de la libertad.

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

Así las cosas, se insiste, resultaría incoherente que el Estado tuviese que indemnizar automática o indefectiblemente por una privación de la libertad impuesta, incluso, por la aplicación del mencionado sustento constitucional, pues para nada es lógico y sí más bien es absurdo pensar y aceptar que la propia Constitución Política exige a la Fiscalía adoptar -o solicitar al Juez- medidas de aseguramiento, como la detención domiciliaria o la detención preventiva u otras que –en las voces de la jurisprudencia de esta Corporación– implican la pérdida jurídica de la libertad, como, por ejemplo, la prohibición de salir del país (art. 388 del antiguo C.P.P.), para garantizar la comparecencia del investigado al proceso –como lo exigen las normas transcritas– y que dicho organismo, sin embargo, por satisfacer ese deber y por obedecer el mandato que le imponía el artículo 6 del derogado Decreto 2700 de 1991 -el cual establecía que los funcionarios judiciales debían someterse al imperio de la Constitución y de la Ley-, se vea obligado a pagar indemnizaciones cuando deba levantar la medida, la cual, como se vio unos párrafos atrás, para nada implica la imposición de una sanción o condena.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Expediente: 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947) Actor: Martha Lucía Ríos Cortés y otros Demandado: La Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación Referencia: Acción de reparación directa.

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

De las pruebas relacionadas en lo alto, se tiene que, la captura del señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, se produjo en virtud de un patrullaje civil de Policía Judicial en el puente del humilladero, que, según los testimonios rendidos en el proceso penal, se generó por las constantes quejas de la comunidad y, quienes estando en el sitio referido, se percatan de un grupo de personas que iban y salían de un lugar determinado, proceden a dirigirse al mismo y se identifican como Policía Judicial, en ese momento, escuchan que una persona le pregunta al hoy actor que, si “¿tiene vareta?”, lo que genera en ellos curiosidad, solicitan los documentos de identidad de las personas que se encontraban en el lugar y al percatar que no portaban dichos documentos, toman la decisión de trasladarlos a la SIJIN, indicando que el lugar carecía de iluminación y que, en las instalaciones de la SIJIN, procederían a hacer la respectiva identificación de dichas personas, una vez en las instalaciones efectivamente identifican a las personas y se procede a realizar requisita a los mismos, encontrándosele al hoy actor 8.2 gramos de marihuana, lo que dio pie a que se realizara la captura del hoy actor al llevar consigo la sustancia en mención y que, posteriormente se deja a disposición del Fiscal.

A raíz de lo expuesto, en síntesis, se tiene que, se dio trámite al proceso penal, en el que se legalizó la captura del señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, se le imputó el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes bajo el verbo rector expender y se le impuso medida de detención preventiva en su residencia y no fie, sino hasta el Juicio Oral que, la Fiscalía, Procuraduría y Defensa, solicitaron se profiriera sentencia de carácter absolutorio,

Así, denota el Despacho que, si bien es cierto, el Fiscal inicial del caso basaba su teoría del caso, en imputar al hoy actor el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes bajo el verbo rector de expender, partiendo que, si bien para el expendio no se necesita una dosis mínima, se carecía del suficiente material probatorio para sustentar dicha tesis, bajo la cual se amparó en un inicio la Fiscalía.

Ahora bien, de igual modo se evidencia la intención del hoy actor, de suscribir un preacuerdo con la Fiscalía, bajo el verbo rector de portar, sin embargo, la sustancia que se le encontró al hoy actor, no superaba al gramaje autorizado por la legislación colombiana, razón por la cual, tampoco era procedente capturar, imputar e imponer medida de aseguramiento al señor ORDOÑEZ GAVIRIA, máxime cuando su conducta no era clara, atípica y no se decretaban los aspectos subjetivos y objetivos.

Corolario, al no tenerse clara la conducta del señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA y, las pruebas inicialmente presentadas dentro del proceso penal carecían del soporte suficiente para acreditar, si quiera el requisito mínimo del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, situación por la que no se percataron ni el Fiscal, ni el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Cajibío

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

Cauca con Funciones de Control de Garantías, así, la ausencia de pruebas e investigación penal lo suficientemente sólida, NO es causa de privación injusta.

En este sentido, la legislación procesal penal es clara en exigir construcciones probatorias concretas que deben evaluarse en consideración al delito y a la autoría del sujeto investigado.

Razón por la cual, los operadores judiciales deben tener en cuenta que nadie está en el deber jurídico de soportar una privación injusta de la libertad y, en consecuencia, una evaluación probatoria errónea que se fundamenta en una investigación penal débil, obligándose a los funcionarios judiciales a hacer un análisis exhaustivo de la prueba necesaria para imponer una medida de aseguramiento y la construcción categórica que proyecta al investigado como penalmente responsable del delito que se le imputa.

En virtud de lo expuesto, este Despacho considera que, el señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA no estaba en la obligación de soportar el daño antijurídico que el Estado le provocó, al ser privado de su libertad, motivo por el cual, se concluye que el daño causado a la parte actora es jurídicamente imputable a las accionadas, bajo el título de daño especial.

No se acreditó causal alguna que exima de responsabilidad patrimonial a las entidades accionadas, habiéndose demostrado el daño antijurídico padecido por el señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, la NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la NACIÓN- RAMA JUDICIAL- DESAJ, están llamadas a responder administrativamente.

#### 5. perjuicios reclamados y acreditados.

Previo a determinar la indemnización que le corresponde a la parte actora, se debe establecer la legitimación en la causa por activa.

De la prueba documental se tiene:

Está acreditada la relación de parentesco entre la señora HERLINDA GAVIRIA SUAREZ y señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, de conformidad con el registro civil de nacimiento que obra en el Expediente electrónico- Documento No. 04 del cuaderno principal.

#### 5.1 perjuicios inmateriales.

##### Perjuicios de orden moral.

Pretende la parte actora que por este concepto se condene a la NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la NACIÓN- RAMA JUDICIAL- DESAJ, al señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, el equivalente a 100 SMLMV y a la señora HERLINDA GAVIRIA SUAREZ, la suma equivalente a 50 SMLMV,

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

consistente en el profundo trauma psíquico que produjo la detención injusta, la deshonra moral pública al verse desacreditado ante sus amistades y familiares, como un delincuente. Como también, por el error judicial que cerró todas las puertas, pues, hasta la fecha no fue posible vincularse para desempeñar ningún cargo, ni público.

De las pruebas relacionadas en lo alto, se concluye que el señor JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, estuvo privado de la libertad a partir de fecha 25 de septiembre de 2011 hasta el 16 de noviembre de la misma anualidad, fecha en la que fue dado de baja por evasión de la medida de detención preventiva en su lugar de residencia, es decir, 1 mes y 20 días.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, en sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 36149, C.P. Hernán Andrade Rincón, ha establecido la tasación de los perjuicios morales en caso de PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD a favor del afectado y víctimas indirectas, en cinco niveles diferentes, teniendo en cuenta el período de privación injusta, con el fin de determinar con exactitud los montos a indemnizar.

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

Frente al reconocimiento de perjuicios morales, el Consejo de Estado<sup>27</sup> ha entendido que es posible presumir estos perjuicios para el caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso. (...).

La jurisprudencia ha entendido que las reglas de la experiencia ponen de presente que normalmente sufren dolor moral los padres, hijos, hermanos,

<sup>27</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SALA PLENA Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON Bogotá, D. C., veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012). Radicación número: 18001-23-31-000-1999-00454-01(24392).

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

abuelos, con la pérdida de un ser querido, razón por la cual es posible presumir su causación con la sola acreditación de la relación de parentesco.

Sin embargo en el presente proceso debe precisarse que el actor estuvo en prisión domiciliaria. Además el 31 de octubre del mismo año, se percató que el señor Carlos Ordoñez Gaviria se encontraba evadido de la medida impuesta, situación que fue confirmada en la declaración que rindió ante el Juzgado el señor Gaviria, actuar que se revela contrario al artículo 95 de la Constitución Política que consagra el deber de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia y de "respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales".

Por tanto, el despacho reducirá el monto del perjuicio establecido en la tabla en precedencia toda vez que se considera inferior toda vez que el encartado no estuvo recluido en un centro penitenciario lo que hizo más llevadera su situación y porque el mismo desconoció la medida impuesta.

Así las cosas, rebajará un 50% la cuantía del perjuicio, que corresponde a 1 mes y 20 días, por lo que se reconocerá de la siguiente manera:

A favor de JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, en calidad de víctima directa, el equivalente a quince punto cinco (15.5) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

A favor de HERLINDA GAVIRIA SUAREZ, en calidad de madre de la víctima directa, el equivalente a quince punto cinco (15.5) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

6. Costas.

Según el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP, la sentencia deberá decidir sobre la condena en costas. En este caso, la demanda prosperó en forma parcial por tanto no se condena en costas.

## II. DESICIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, administrando Justicia en el nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### FALLA:

PRIMERO. -Declarar no probadas las excepciones propuestas por las accionadas.

SEGUNDO. -Declarar a la NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN,

Expediente:	19001-33-33-006-2017-00184-00
Actor:	JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA Y OTRO
Demandado:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DESAJ
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

administrativamente responsables por los perjuicios sufridos por los señores JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.061.735.418 de Popayán y HERLINDA GAVIRIA SUAREZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 25.310.650 de Bolívar, por las razones expuestas.

TERCERO. -Condenar a la NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar a título de indemnización, las sumas de dinero por perjuicios inmateriales:

Perjuicios morales:

- A favor de JUAN CARLOS ORDOÑEZ GAVIRIA, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.061.735.418, en calidad de víctima directa, el equivalente a quince punto cinco (15.5) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.
- A favor de HERLINDA GAVIRIA SUAREZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 25.310.650, en calidad de madre de la víctima directa, el equivalente a quince punto cinco (15.5) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

CUARTO. - Se dará cumplimiento a la condena en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO. No condenar en costas.

SEXTO. -Liquídense y devuélvanse los gastos del proceso, si hubiere lugar a ello, y archívese una vez ejecutoriada.

QUINTO. - Efectúese la notificación de esta providencia conforme lo dispone el artículo 201 del CPACA, y de la notificación efectuada por medio de anotación en estados electrónicos envíese el mensaje de datos a las partes.

Parte actora: [claudiadelpilar2009@hotmail.com](mailto:claudiadelpilar2009@hotmail.com)

Fiscalía General de la Nación: [elier.castillo@fiscalia.gov.co](mailto:elier.castillo@fiscalia.gov.co)

[jur.novedades@fiscalia.gov.co](mailto:jur.novedades@fiscalia.gov.co)

Rama Judicial: [dsajppnnoti@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:dsajppnnoti@cendoj.ramajudicial.gov.co)

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



MARÍA CLAUDIA VARONA ORTIZ