



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

Juez: *ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE*

Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control: Reparación Directa
Radicación: 110013336038201700206-00
Demandantes: Omar Cáceres Osorio
Demandadas: Nación – Rama Judicial y otros
Asunto: Fallo primera instancia

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

I.- DEMANDAS

1.- Pretensiones

A través de los presentes medios de control, la parte demandante persigue de manera común:

1.1.- DECLARAR a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y el MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, administrativa y extracontractualmente responsables por los perjuicios sufridos por OMAR CÁCERES OSORIO, quien actúa en nombre propio y en representación de OMAR DAVID CÁCERES GALVIS; MARIELA GALVIS, EMMA OSORIO DE CÁCERES, GLORIA MILENA CÁCERES GALVIS, quien actúa en nombre propio y en representación de VALERIN SARAY SILVA CÁCERES; GENDIRYER CÁCERES GALVIS, quien obra en nombre propio y en representación de DAMIÁN ALEXANDER GALVIS CÁCERES y DIEGO ALEJANDRO QUINTERO CÁCERES; EMMA FABIANA CÁCERES GALVIS, quien actúa en nombre propio y en representación de MAILY SOFÍA LIZARAZO CÁCERES e ISABELLA ROMERO CÁCERES; INGRID KARINA CÁCERES GALVIS, quien obra en nombre propio y en representación de MARÍA CAMILA MÉNDEZ CÁCERES; CARLOS MANUEL CÁCERES OSORIO, REINALDO CÁCERES OSORIO, EDDISON EDUARDO CÁCERES OSORIO, ÁLVARO CÁCERES OSORIO, HERNANDO CÁCERES OSORIO, MARÍA EUGENIA CÁCERES DE AROCHA y MABEL CÁCERES DE ROYA, a raíz de la privación de la libertad que experimentó Omar Cáceres Osorio entre el 16 de mayo de 2013 y el 21 de mayo de 2015, acusado del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.

1.2.- CONDENAR a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y el MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, a pagar a los demandantes las siguientes cantidades de dinero:

A favor de OMAR CÁCERES OSORIO, víctima directa: i) La cantidad de \$33.194.285.00 por concepto de ingresos dejados de percibir durante el tiempo

de reclusión; ii) la cantidad de 100 SMLMV¹ por perjuicios morales; iii) y la cantidad de 100 SMLMV por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados a la libertad, familia, honra, buen nombre.

A favor de MARIELA GALVIS, compañera permanente de la víctima directa: i) La cantidad de 100 SMLMV por concepto de perjuicios morales; ii) La cantidad de 100 SMLMV por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados a la libertad, familia, honra, buen nombre.

A favor de EMMA OSORIO DE CÁCERES, madre de la víctima directa: i) La cantidad de 100 SMLMV por concepto de perjuicios morales; ii) La cantidad de 50 SMLMV por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados a la libertad, familia, honra, buen nombre.

A favor de OMAR DAVID CÁCERES GALVIS, GLORIA MILENA CÁCERES GALVIS, INGRID KARINA CÁCERES GALVIS, GENDIRYER CÁCERES GALVIS y EMMA FABIANA CÁCERES GALVIS, hijos de la víctima directa: i) La cantidad de 100 SMLMV, para cada uno de ellos, por concepto de perjuicios morales; ii) La cantidad de 100 SMLMV, para cada uno de ellos, por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados a la libertad, familia, honra, buen nombre.

A favor de MARÍA CAMILA MÉNDEZ CÁCERES, DAMIÁN ALEXANDER GALVIS CÁCERES, DIEGO ALEJANDRO QUINTERO CÁCERES, MAILY SOFÍA LIZARAZO CÁCERES, ISABELLA ROMERO CÁCERES y VALERIN SARAY SILVA CÁCERES, nietos de la víctima directa: i) La cantidad de 50 SMLMV, para cada uno de ellos, por concepto de perjuicios morales; ii) La cantidad de 50 SMLMV, para cada uno de ellos, por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados a la libertad, familia, honra, buen nombre.

A favor de CARLOS MANUEL CÁCERES OSORIO, REINALDO CÁCERES OSORIO, EDDISON EDUARDO CÁCERES OSORIO, ÁLVARO CÁCERES OSORIO, HERNANDO CÁCERES OSORIO, MARÍA EUGENIA CÁCERES DE AROCHA y MABEL CÁCERES DE ROYA, hermanos de la víctima directa: i) La cantidad de 50 SMLMV, para cada uno de ellos, por concepto de perjuicios morales; ii) La cantidad de 50 SMLMV, para cada uno de ellos, por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados a la libertad, familia, honra, buen nombre.

2.- Fundamentos de hecho

Los demandantes relatan que el 16 de mayo de 2013, a eso de las 10:40 horas, integrantes de la Policía Nacional – SIJIN – MEBUC, practicaron diligencia de registro y allanamiento en el “Asentamiento Humano 12 de octubre” ubicado en el municipio de Bucaramanga – Santander, operativo en el que fue capturado OMAR CÁCERES OSORIO, dentro del rancho 47, por el presunto delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.

Después de dos años y cinco días de estar privado de la libertad, el señor OMAR CÁCERES OSORIO fue liberado el 21 de mayo de 2016 de la Cárcel Modelo de Bucaramanga, gracias a que el Juzgado 4º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bucaramanga, el día 20 de mayo de 2016, profirió a su favor sentencia absolutoria, providencia que cobró firmeza ese mismo día porque no fue objeto de recursos.

¹ Salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Agregan que debido a la reclusión que padeció OMAR CÁCERES OSORIO sus familiares aquí demandantes padecieron los perjuicios reclamados, porque él “*era una parte importante y un miembro esencial dentro de su núcleo familiar, quien aportaba económicamente a sus familiares...*”; y que, se surtió la diligencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Judicial 101 Judicial I Administrativa de Bucaramanga, con lo que se satisface el requisito de procedibilidad.

3.- Fundamentos de derecho

Este acápite se nutre con algunas citas jurisprudenciales, acompañadas de algunas reflexiones sobre la responsabilidad objetiva que se maneja en estos casos.

II.- CONTESTACIÓN

2.1.- Fiscalía General de la Nación

El apoderado designado por la entidad contestó la demanda con escrito radicado el 27 de agosto de 2018². Algunos hechos fueron admitidos como ciertos mientras que frente a otros dijo que requerían prueba. La defensa se estructuró bajo los siguientes acápites:

i.- Cumplimiento de un deber legal y ausencia de falla en el servicio: Se basa en algunas citas jurisprudenciales, en el marco jurídico que rige las funciones de la Fiscalía y, en que al momento de imponerse la medida de aseguramiento al actor “*existía la certeza que en la casa y habitación del señor Omar Cáceres Osorio, se encontró una bultos (sic) de una sustancia que al hacerse dio como positivo de cannabis.*”. Además, señaló que la vinculación al proceso penal no puede descalificarse por la absolución decretada a su favor.

ii.- Inexistencia de nexo causal: Se apoya en que la privación de la libertad decretada en contra del actor fue ordenada por un juez de control de garantías, lo que desvirtúa la existencia de un nexo de causalidad con la Fiscalía.

iii.- Hecho exclusivo de la víctima: Sustentada en que el actor fue efectivamente capturado teniendo bajo su poder marihuana, en cantidad que superaba lo legalmente permitido. Esto evidencia, según el abogado, que el implicado obró con dolo o culpa grave.

De otro lado, se opuso a los perjuicios por lucro cesante porque la víctima directa admitió en la audiencia preliminar que era desempleado. Y, bajo los mismos razonamientos arriba consignados, formuló la excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva, excepción que se declaró infundada en la audiencia inicial realizada el 31 de octubre de 2019³.

2.2.- Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

El abogado de la entidad, con escrito presentado el 27 de agosto de 2018⁴, dio respuesta a la demanda en el sentido de oponerse a lo pretendido. Admitió, al igual que la anterior entidad, que era cierta la detención del actor y su posterior absolución, frente a lo demás dijo no constarle que no son hechos. Además de algunos razonamientos en torno a la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, se plantearon las siguientes excepciones:

² Folios 120 a 129 cuaderno 1.

³ Folio 187 a 191 cuaderno 1.

⁴ Folios 133 a 138 cuaderno 1.

i.- Culpa exclusiva de la víctima: Apoyada en reflexiones similares a las que sobre el mismo tema esgrimió el apoderado de la Fiscalía, por lo que no se reiteran.

ii.- Innominate: Se solicita declarar de oficio cualquier excepción que se halle probada por parte del juzgado.

2.3.- Ministerio de Defensa – Policía Nacional

La abogada designada por la entidad dio respuesta a la demanda con documento radicado el 27 de agosto de 2018⁵. Expresó su desacuerdo con los hechos de la demanda porque adujo no haber recibido la totalidad de los anexos de la misma. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con argumentos que se recogen bajo las siguientes excepciones:

i.- Falta de legitimación en la causa por pasiva: Se sustenta en que la Policía Nacional carece de funciones jurisdiccionales y, por ello, no se le puede atribuir la privación de la libertad que se impartió sobre el señor OMAR CÁCERES OSORIO, la cual fue ordenada por la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación.

ii.- Hecho determinante y exclusivo de un tercero: Aunque en otros términos, esta excepción tiene el mismo fundamento de la anterior.

iii.- De la carga pública: En concreto se dice que no se puede demostrar en el sub lite la falla del servicio en que supuestamente incurrió la Policía Nacional, dado que los hechos no se acreditan probatoriamente.

iv.- Genérica: La que resulta probada oficiosamente.

III.- TRÁMITE DE INSTANCIA

La demanda se repartió al juzgado el 29 de junio de 2017⁶ y se inadmitió con auto de 20 de octubre siguiente para que se corrigieran algunos defectos de tipo formal⁷. Una vez superadas las inconsistencias, con auto de 1º de diciembre de 2017⁸ se admitió la demanda, providencia en la que se ordenaron las notificaciones del caso y se fijó la suma de dinero requerida para gastos del proceso.

Las entidades demandadas fueron notificadas y contestaron en los tiempos y términos arriba mencionados. Luego, con auto de 14 de diciembre de 2018⁹ se admitió la reforma de la demanda, la que se notificó por estado. Ninguno de los apoderados de las entidades que integran el extremo pasivo se pronunció frente a lo anterior. Por tanto, se expidió el auto de 22 de abril de 2019¹⁰, con el que se fijó fecha y hora para la práctica de la audiencia inicial.

La diligencia anterior se surtió el 31 de octubre de 2019¹¹, en cuyo desarrollo se declaró infundada la excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Defensa – Policía

⁵ Folios 144 a 153 cuaderno 1.

⁶ Folio 62 cuaderno 1.

⁷ Folio 63 cuaderno 1.

⁸ Folios 70 y 71 cuaderno 1.

⁹ Folios 154 y 155 cuaderno 1.

¹⁰ Folio 175 cuaderno 1.

¹¹ Folios 187 a 191 cuaderno 1.

Nacional; no hubo ánimo conciliatorio, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y se convocó para adelantar la audiencia de pruebas.

El día 29 de septiembre de 2020¹² se surtió la audiencia de pruebas. Allí se recibió el testimonio de Luz Marina Díaz, se aceptó el desistimiento de las demás declaraciones y se tuvo por desistida la prueba documental decretada a petición del apoderado de la Rama judicial. Por último, se declaró finalizada la fase probatoria y se ordenó correr traslado por el término de 10 días, para que los apoderados presentaran los alegatos de conclusión por escrito.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- Parte demandante

El 14 de octubre de 2020¹³ se recibió en el correo institucional del juzgado el documento electrónico contentivo de los alegatos presentados por el abogado de la parte demandante. Reiteró algunos de los planteamientos de la demanda, pero agregó que la inasistencia del señor OMAR CÁCERES OSORIO al interrogatorio al que fue citado, no puede pesar en su contra porque estábamos en plena pandemia y carecía de internet, dado que hasta ahora estaba retomando su vida laboral. Además, hizo algunos planteamientos en torno a los factores que solicita sean indemnizados a los demandantes.

2.- Parte demandada – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

La abogada designada por esta entidad formuló sus alegatos de conclusión con documento electrónico remitido el 13 de octubre de 2020¹⁴. En primer lugar, señaló que no está probada la relación de compañeros permanentes entre OMAR CÁCERES OSORIO y MARIELA GALVIS, pues no se aportó ninguno de los medios de prueba señalados en el artículo 4° de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 2° de la Ley 979 de 2005. En segundo lugar, los planteamientos restantes coinciden con lo dicho en la contestación, esto es que la Policía Nacional no fue quien impartió la orden de allanamiento y registro que dio por resultado la captura del demandante, solamente se limitó a ejecutar una orden emanada de las autoridades jurisdiccionales; y que, no es de su competencia legalizar la captura de ciudadanos, motivo por el cual no se le puede responsabilizar por los daños que de ello se deriven.

3.- Parte demandada – Rama Judicial

El abogado de esta entidad presentó sus alegatos de conclusión con documento digital remitido el 13 de octubre de 2020¹⁵. En este escrito se aprecian planteamientos similares a los vertidos en el escrito de contestación, aunque dedica buena parte de sus disquisiciones a demostrar la configuración del hecho exclusivo de la víctima, respaldado en abundantes citas jurisprudenciales.

V.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No rindió concepto.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

¹² Folios 206 y 207 cuaderno 1.

¹³ Ver documento digital: “03.- 14-10-2020 ALEGATOS DEMANDANTE”.

¹⁴ Ver documento digital: “02. 13-10-2020 ALEGATOS POLICIA”.

¹⁵ Ver documento digital: “01.- 13-10-2020 ALEGATOS RAMA JUDICIAL”.

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

3.- Problema Jurídico

En la audiencia inicial celebrada el 31 de octubre de 2019 el litigio se fijó así:

“El litigio se circunscribe a determinar si la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL**, la **RAMA JUDICIAL** y la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, son administrativamente responsables de los perjuicios invocados por los demandantes, con ocasión de la presunta privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor Omar Cáceres Osorio derivada del proceso penal identificado con No. 2013-03161, adelantado en su contra por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el cual culminó con sentencia absolutoria proferida el 20 de mayo de 2015, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bucaramanga.”

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

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

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

Según el precepto anterior, aunque toda persona que haya pasado por la experiencia de estar privada de la libertad puede activar su derecho de acción para acceder a la administración de justicia en demanda de reparación directa con la finalidad de obtener una indemnización por ello, la posibilidad de que el asunto sea resuelto a su favor depende de que la confinación haya sido injusta.

Así, lo que resulta problemático para la jurisdicción de lo contencioso administrativo es determinar cuándo se puede calificar de injusta la detención ordenada por una autoridad judicial, por lo que la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha venido fijando su posición al respecto.

Por ejemplo, en sentencia de 26 de abril de 2017 esa Alta Corte indicó “*que se puede derivar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación), incluyendo el evento del in dubio pro reo, aunque para la privación se hayan cumplido todas las exigencias legales ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho vea limitado su derecho a la libertad para luego resultar absuelto del cargo imputado.*”¹⁶.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección “C”. Sentencia de 26 de abril de 2017. Reparación Directa No. 250002326000200601109-01(41879). Actor: Myriam

Esta jurisprudencia era clara en establecer una especie de responsabilidad objetiva, pues sin importar si la captura se había ordenado con plena observancia de las normas previstas para ello, lo que se destacaba era la injusticia de la confinación cuando la persona, a la larga, era absuelta por la justicia penal, ya que desde esa perspectiva no resultaba razonable que un inocente tuviera que soportar la carga de verse detenido.

Sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia SU-072 de 5 de julio de 2018 recordó el precedente jurisprudencial sentado por dicho Corte en la sentencia C-037 de 1996, para indicar que en materia de privación injusta de la libertad no se puede acudir a la imputación objetiva como único título de atribución. Veamos:

“108. Lo anterior permite afirmar que establecer el régimen de imputación, sin ambages y como regla definitiva de un proceso de reparación directa por privación injusta de la libertad, contraviene la interpretación contenida en la sentencia C-037 de 1996 que revisó el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el cual debe entenderse como una extensión del artículo 90 superior, dado que así fue declarado en la correspondiente sentencia de constitucionalidad.

Así las cosas, el Consejo de Estado al aplicar la regla creada a partir de la sentencia de unificación mencionada consistente en definir una fórmula estricta de responsabilidad para decidir ciertos casos de privación de la libertad e interpretar las normas en las cuales sustenta tal determinación, **desconoció un precedente constitucional con efecto erga omnes** y, en ese orden, **incurrió en un defecto sustantivo** con la consecuente vulneración de los derechos al debido proceso y a la igualdad, los cuales están necesariamente vinculados al respeto de los precedentes constitucionales sobre una ley estatutaria a los cuales, como se expuso en los primeros acápite de este fallo, se les ha reconocido prevalencia y carácter obligatorio.

109. Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial– del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo **no establece un único título de atribución** y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*¹⁷, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante.

En este punto se resalta que en la sentencia **SU-353 de 2013**, la Corte, al analizar un caso de responsabilidad del Estado con origen en otro tipo de fuente de daño concluyó que el uso de fórmulas estrictas de responsabilidad no se aviene a una correcta interpretación de los presupuestos que definen la responsabilidad del Estado.”

Con todo, la Sección Tercera del Consejo de Estado admite como causal eximente de responsabilidad la culpa exclusiva de la víctima, pues determinó que ella se configura cuando *“la conducta del demandante, constitutiva de culpa grave, fue determinante para que se adelantara investigación en su contra y sufriera el daño que*

Velásquez Castañeda y otros. Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – DAS – Consejo Superior de la Judicatura y otros. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁷ El juez conoce el derecho. En la sentencia T-577 de 2017 se entendió que: “corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes (...) la determinación correcta del derecho”.

*padeció.*¹⁸. Esto, desde luego, implica que el operador judicial debe analizar, en todos los casos, si la conducta desplegada por el sujeto detenido o capturado incidió en que las autoridades judiciales lo cobijaran con medida de aseguramiento.

5.- Caso en concreto

El señor OMAR CÁCERES OSORIO, junto con algunos de sus familiares más cercanos, presentó demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y el MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, para que se les declare administrativa y extracontractualmente responsables por los perjuicios sufridos por ellos, a raíz de la privación de la libertad que experimentó Omar Cáceres Osorio entre el 16 de mayo de 2013 y el 21 de mayo de 2015, acusado del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, conducta frente a la cual el Juzgado 4º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bucaramanga, el día 20 de mayo de 2015, profirió sentencia absolutoria, que cobró firmeza ese mismo día porque ninguno de los sujetos procesales formuló recurso alguno.

El abogado de la parte demandante considera que las pretensiones de la demanda deben despacharse favorablemente porque el señor OMAR CÁCERES OSORIO duró privado de la libertad durante dos años y cinco días, entre el 16 de mayo de 2013 y el 21 de mayo de 2015, fecha esta en que fue dejado en libertad gracias al fallo absolutorio dictado a su favor, que cobró ejecutoria ante el silencio de las partes. Es decir que, sin entrar a calificar la captura que se legalizó en contra del actor, la indemnización a la parte demandante debe reconocerse, según el abogado actor, porque finalmente no fue condenado, lo que indica que acude a la responsabilidad objetiva como soporte del título de imputación de privación injusta de la libertad.

Las entidades accionadas, por su parte, se defienden de la pretensión resarcitoria formulada por los demandantes con base en los planteamientos que quedaron consignados en la síntesis de sus escritos de contestación, los que se examinarán oportunamente.

Ahora, para dilucidar el reclamo que hacen los demandantes, el Despacho recuerda que bajo los parámetros fijados por la Corte Constitucional en la sentencia SU-072 de 5 de julio de 2018, que a su vez se basa en la sentencia C-037 de 1996, no es posible hablar de una responsabilidad objetiva de organismos como la RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por el solo hecho de que los sindicados resulten absueltos o se les precluya la investigación. Es claro que estos institutos jurídicos, *per se*, no hacen injusta la captura o la medida de aseguramiento de una persona, puesto que en la actualidad se requiere un esfuerzo probatorio y argumentativo mucho mayor, dado que a la parte actora le concierne demostrar que las órdenes impuestas no se avinieron a los parámetros normativos establecidos con tal fin.

Se refiere el Despacho a los artículos 297, 298, 301 y 308 de la Ley 906 de 2004 “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”, vigentes para la época de la aprehensión del demandante, que dicen:

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia de 19 de julio de 2017. Reparación Directa No. 250002326000200900138-01(44013). Actor: Agustín Bolívar Díaz y otros. Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional. C.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

“ARTÍCULO 297. REQUISITOS GENERALES. Modificado por el artículo 19 de la Ley 1142 de 2007. Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados, de acuerdo con el artículo 221, para inferir que aquel contra quien se pide librarla es autor o participe del delito que se investiga, según petición hecha por el respectivo fiscal.

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

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

“ARTÍCULO 298. CONTENIDO Y VIGENCIA. Modificado por el artículo 56 de la Ley 1453 de 2011. El mandamiento escrito expedido por el juez correspondiente indicará de forma clara y sucinta los motivos de la captura, el nombre y los datos que permitan individualizar al indiciado o imputado, cuya captura se ordena, el delito que provisionalmente se señale, la fecha de los hechos y el fiscal que dirige la investigación.

La orden de captura tendrá una vigencia máxima de un (1) año, pero podrá prorrogarse tantas veces como resulte necesario, a petición del fiscal correspondiente, quien estará obligado a comunicar la prórroga al organismo de Policía Judicial encargado de hacerla efectiva.

La Policía Judicial puede divulgar a través de los medios de comunicación las órdenes de captura.

De la misma forma el juez determinará si la orden podrá ser difundida por las autoridades de policía en los medios de comunicación, durante su vigencia.

PARÁGRAFO. La persona capturada en cumplimiento de orden judicial será puesta a disposición de un Juez de Control de Garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido. Lo aquí dispuesto no se aplicará en los casos en que el capturado es aprehendido para el cumplimiento de la sentencia, caso en el cual será dispuesto a disposición del juez de conocimiento que profirió la sentencia.

(...)”

“Artículo 301. *Flagrancia.* Modificado por el art. 57, Ley 1453 de 2011. 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 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.”

“ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de

la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.”

Por tanto, la labor del operador judicial en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, a la luz de la sentencia de unificación recientemente expedida por la Corte Constitucional, no se puede limitar a verificar si la persona privada de la libertad fue absuelta en el proceso penal o su investigación culminó con preclusión, pues está visto que esa circunstancia no hace injusta la privación de la libertad soportada en la captura del indiciado o en la imposición de medida de aseguramiento al sindicado.

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

En el *sub lite* se advierte que el acervo probatorio está compuesto principalmente por los siguientes elementos:

i.- Constancia expedida el 1° de diciembre de 2016 por el secretario del Centro de Servicios Judiciales para los Juzgados Penales del Sistema Penal Acusatorio de Bucaramanga – Santander, mediante la cual informa sobre la autenticidad de unas piezas procesales tomadas del expediente CUI-68001-60-00-159-2013-03161 N.I. 56399 contra OMAR CÁCERES OSORIO, por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, que culminó con sentencia absolutoria dictada el 20 de mayo de 2015 por el Juzgado 4° Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad, la cual cobró ejecutoria el mismo día.¹⁹

ii.- Boleta de Libertad No. 0202 de 21 de mayo de 2015, expedida por la juez coordinadora de los Juzgados de Bucaramanga pertenecientes al Sistema Acusatorio Penal – Centro de Servicios Judiciales, dirigida al director de la Cárcel Modelo de la misma ciudad, respecto del señor OMAR CÁCERES OSORIO.²⁰

iii.- Acta de Audiencia de Juicio Oral practicada el 20 de mayo de 2015 por el Juzgado 4° Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento, dentro del expediente 68001-60-00-159-2013-03161-00, en la que se consigna que el señor OMAR CÁCERES OSORIO fue absuelto del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes previsto en el inciso 2° del artículo 376 C.P., con relación a los hechos que tuvieron ocurrencia en esta ciudad el 17 de mayo de 2013. El mismo documento consigna la posición de la Fiscalía así: “**La Fiscalía solicita que el fallo sea de carácter absolutorio por lo que equivale al retiro de la acusación por antijuridicidad, y concluye en el mismo sentido la pretensión la DEFENSA TÉCNICA...**”.²¹

iv.- Acta de Audiencia de Juicio Oral practicada el 20 de octubre de 2014 por el Juzgado 4° Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento,

¹⁹ Folio 1 cuaderno 2.

²⁰ Folio 7 cuaderno 2.

²¹ Folios 9 y 10 cuaderno 2.

dentro del expediente 68001-60-00-159-2013-03161-00, en la que se destaca lo siguiente: “**HECHO PROBADO:** con el informe de laboratorio que corresponden al informe Pericial de Medicina Legal bajo el radicado 0001328-2013 suscrito por el funcionario de Medicina Legal CLARA NATALIA CELIS MELO la plena identidad de la sustancia incautada que fue sometida a verificación por parte de este laboratorio de Medicina Legal la cual dio positivo para marihuana.”.²²

v.- Informe Investigador de Campo (Fotógrafo) de 16 de mayo de 2013, al cual están incorporadas 9 fotografías tomadas el día en que se realizó la diligencia de registro y allanamiento.²³

vi.- Oficio OT/5455 SIJIN-GUCRI 76 de 16 de mayo de 2013, firmado por Perito en Prueba de Identificación Preliminar Homologada SIJIN-MEBUC, en la que se indica que la sustancia incautada en la diligencia de registro y allanamiento dio positivo para cannabis, con un peso total de 44.4 gramos.²⁴

vii.- Acta de Audiencia Preparatoria de 12 de noviembre de 2013, expedida por el Juzgado 4º Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento, dentro del proceso penal adelantado contra OMAR CÁCERES OSORIO, en la que se destaca la siguiente prueba documental incorporada por la Fiscalía General de la Nación: “3. Orden de allanamiento y registro del inmueble ubicado en el Asentamiento Humano 12 de Octubre Rancho No. 47 de esta ciudad, de fecha 7 de mayo de 2013, suscrito por el DR. JAIME GARCIA CALA, Fiscal 1 Unidad de Reacción Inmediata.”.²⁵

viii.- Boleta de Detención No. 0908 de 17 de mayo de 2013, expedida dentro del proceso CUI-68001-60-00-159-2013-03161 N.I. 56399 contra OMAR CÁCERES OSORIO, por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, con la que se pide al director de la Penitenciaría Nacional de Alta y Mediana Seguridad de Girón – Santander, mantener detenida a esta persona, quien fue capturado el 16 de mayo de 2013.²⁶

ix.- Acta de Audiencia Concentrada de 17 de mayo de 2013, celebrada en el proceso CUI-68001-60-00-159-2013-03161 N.I. 56399 contra OMAR CÁCERES OSORIO, por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, en la que se adoptaron las siguientes decisiones: - Legalización a la orden y resultados de allanamiento y registro; - Legalización de captura; - Formulación de imputación de cargos; - Legalización, incautación de bienes con fines de comiso; - Imposición de medida de aseguramiento. Además, se observa que el actor no aceptó los cargos, que se impartió legalidad a la incautación de la suma de \$8.000.00 hallados en poder del implicado y, que se le impuso medida de aseguramiento en establecimiento carcelario.

x.- CD que contiene la grabación de la Audiencia de Fallo adelantada en el proceso CUI-68001-60-00-159-2013-03161 N.I. 56399 contra OMAR CÁCERES OSORIO, por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, realizada por el Juzgado 4º Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento.²⁷

Ahora bien, en lo que respecta a la responsabilidad administrativa y extracontractual que se endilga al MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, por la privación de la libertad que soportó el señor OMAR CÁCERES

²² Folios 19 y 20 cuaderno 2.

²³ Folios 31 a 33 cuaderno 2.

²⁴ Folios 48 a 50 cuaderno 2.

²⁵ Folios 82 a 88 cuaderno 2.

²⁶ Folio 107 cuaderno 2.

²⁷ Folio 108 cuaderno 1.

OSORIO entre el 16 de mayo de 2013 y el 21 de mayo de 2015, dirá el juzgado que la misma se fundamenta en la participación de efectivos de esa institución en la diligencia de registro y allanamiento surtida en el Rancho No. 47 del “Asentamiento Humano 12 de octubre” de la ciudad de Bucaramanga – Santander, en la primera fecha mencionada, la que arrojó como resultado la incautación de 44.4 gramos de marihuana en su poder.

La diligencia de registro y allanamiento se rige, en parte, por lo dispuesto en el artículo 219 de la Ley 906 de 2004 “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”, que literalmente enseña:

“Artículo 219. Procedencia de los registros y allanamientos. El fiscal encargado de la dirección de la investigación, según lo establecido en los artículos siguientes y con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, podrá ordenar el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave, el cual será realizado por la policía judicial. Si el registro y allanamiento tiene como finalidad única la captura del indiciado, imputado o condenado, sólo podrá ordenarse en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva.”

La norma anterior deja en claro algunas cosas. En primer lugar, que la diligencia de registro y allanamiento sirve al propósito de recabar elementos materiales probatorios y evidencia física que estén al interior de inmuebles, naves o aeronaves, incluso puede emplearse para formalizar la captura del indiciado, imputado o condenado, pero únicamente en relación con delitos pasibles de detención preventiva; en segundo lugar, que la autoridad competente para ordenarla es el fiscal encargado del caso, lo que se traduce en que no se puede llevar a cabo sin que exista orden previa impartida por dicha autoridad judicial; y, por último, que la ejecución de la orden de registro y allanamiento fue confiada por el legislador a la Policía Judicial, organismo que si bien pertenece a la Policía Nacional desarrolla labores de apoyo a las autoridades penales.²⁸

Por lo mismo, dado que la diligencia de registro y allanamiento únicamente se puede ordenar por el fiscal que conduce la investigación y que, la Policía Nacional, a través de sus funcionarios que actúan como policía judicial, solamente son los encargados de ejecutar la orden que en tal sentido haya impartido el referido fiscal, es evidente que se configura la excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, dado que los integrantes de la institución que adelantaron dicha diligencia no lo hicieron *motu proprio* o porque así lo decidieron voluntariamente, sino porque así se los ordenó la Fiscalía General de la Nación a través del fiscal asignado al caso.

El resultado de la diligencia de registro y allanamiento practicada en la residencia del señor OMAR CÁCERES OSORIO, en particular la captura que en flagrancia se materializó frente al mismo por haberse hallado en su poder 44.4 gramos de marihuana, no puede considerarse como un hecho atribuible al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL, pues como se dijo sus integrantes que participaron en el operativo lo hicieron en cumplimiento de un deber legal, al servicio de la Fiscalía General de la Nación, de suerte que si el hecho llega a configurar un daño antijurídico el examen de imputabilidad

²⁸ El artículo 201 del Código de Procedimiento Penal dice sobre Órganos de Policía Judicial Permanente: “*Ejercen permanentemente las funciones de policía judicial los servidores investidos de esa función, pertenecientes al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, a la Policía Nacional y al Departamento Administrativo de Seguridad, por intermedio de sus dependencias especializadas.*” (Negrillas del Despacho).

necesariamente debe hacerse con relación a esa entidad de control, por haber dado la respectiva orden.

Por ende, el juzgado declarará probada la excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, lo que conduce a negar las pretensiones en su contra.

Ahora, en cuanto a la responsabilidad que le pueda caber a la RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, debido a la privación de la libertad que soportó el señor OMAR CÁCERES OSORIO entre el 16 de mayo de 2013 y el 21 de mayo de 2015, un día después de cobrar firmeza el fallo penal absolutorio expedido a su favor, se recuerda que ya no estamos bajo la jurisprudencia que había implementado una suerte de responsabilidad objetiva en la materia, sino que por el contrario está en pleno vigor la posición jurisprudencial sentada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-072 de 5 de julio de 2018, que a su vez se valió del precedente jurisprudencial sentado por la misma corporación en la sentencia C-037 de 1996, según la cual la privación de la libertad no se hace injusta porque el implicado haya sido absuelto de toda responsabilidad penal, sino que la injusticia de la confinación debe examinarse al momento en que se produce la captura y se legaliza ante el juez de control de garantías.

Es decir que, resulta necesario verificar si para el 16 de mayo de 2013, cuando fue capturado el señor OMAR CÁCERES OSORIO, sí estaban reunidos todos los elementos requeridos para privarlo de la libertad.

Ese día, como ya se dijo, se adelantó por parte de la Fiscalía General de la Nación diligencia de registro y allanamiento en el Rancho No. 47 del “Asentamiento Humano 12 de octubre” de la ciudad de Bucaramanga – Santander, lugar en el que residía el señor OMAR CÁCERES OSORIO. Los elementos materiales probatorios incautados durante dicha diligencia fueron fundamentalmente dos: i) 44.4 gramos de marihuana, y ii) la cantidad de \$8.000.00. Además, no se incautó ningún elemento o material probatorio que sugiriera que el actor se dedicaba a la producción o comercialización de esa sustancia o de cualquier otra sustancia psicoactiva.

Los anteriores hallazgos bastaron para que la Fiscalía General de la Nación solicitara y el juez de control de garantías ordenara la captura y reclusión intramural del señor OMAR CÁCERES OSORIO, quien fue imputado por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes contemplado en el artículo 376 del Código Penal o Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

“Artículo 376. Modificado por el art. 11, Ley 1453 de 2011. <El nuevo texto es el siguiente> **Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.** El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena

será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Adicionado por el Art. 13, Ley 1787 de 2016. <El texto adicionado es el siguiente> Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias.”

Además, para la época en que se impuso al actor medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, estaba en vigor el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, que adoptó la siguiente definición:

“j) Dosis para uso personal: **Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo.** [Declarado Exequible por la Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994]. **Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos;** la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos. No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad.” (Negrillas no vienen con el original)

Ahora, al examinar la grabación aportada al proceso y contentiva de la Audiencia de Fallo adelantada en el proceso CUI-68001-60-00-159-2013-03161 N.I. 56399 contra OMAR CÁCERES OSORIO, por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, realizada por el Juzgado 4º Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento, se tiene que ese despacho absolvió a dicha persona porque la misma Fiscalía General de la Nación así lo solicitó, y porque los medios probatorios recabados, como son los 44.4 gramos de marihuana, los \$8.000.00 incautados en su residencia y que se trataba de una persona adicta a ese tipo de sustancias, no daban lugar para condenarlo por el delito imputado.

El anterior escenario revela que, si bien el señor OMAR CÁCERES OSORIO fue capturado en flagrancia el día 16 de mayo de 2013, al tener en su residencia identificada como el Rancho No. 47 del “Asentamiento Humano 12 de octubre” de la ciudad de Bucaramanga – Santander, un poco más de dos dosis de marihuana para uso personal, de ninguna manera puede considerarse conforme al ordenamiento jurídico la decisión de imponerle medida de aseguramiento y enviarlo a la cárcel por más de dos años.

De cara a los requisitos que debían satisfacerse conforme al artículo 308 del Código de Procedimiento Penal es dable afirmar que no era viable imponerle al señor OMAR CÁCERES OSORIO la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por lo siguiente:

En primer lugar, porque no se advertía ninguna circunstancia que indicara que la medida resultaba necesaria debido a que el implicado podía obstruir el debido

ejercicio de la justicia. Recuérdese que el señor OMAR CÁCERES OSORIO pertenecía a estratos socio-económicos muy bajos, además que fue caracterizado dentro del proceso penal como una persona adicta a sustancias como la incautada en su residencia, lo que significa que no existía ninguna posibilidad de que él pudiera interferir en el recto ejercicio de la administración de justicia, sobre todo porque su residencia ya había sido allanada y no existía manera alguna de que ocultara evidencias en su contra.

En segundo lugar, porque no estaba acreditado que el señor OMAR CÁCERES OSORIO constituyera un peligro para la seguridad de la sociedad. Obsérvese que el día en que se practicó la diligencia de registro y allanamiento a su residencia las autoridades no pudieron hallar más elementos materiales probatorios que 44.4 gramos de marihuana y \$8.000.00, es decir, que únicamente se incautaron dentro de su residencia cerca de dos dosis para uso personal de marihuana y una cantidad de dinero bastante baja, alrededor de lo cual no se encontró ningún elemento que indicara que este sujeto se dedicaba al procesamiento o comercialización de alguna sustancia psicoactiva. En pocas palabras, la Fiscalía General de la Nación allanó la casa de un adicto para despojarlo de dos dosis personales de marihuana.

Esto, sin la menor duda, es prueba contundente de que el actor no podía considerarse un peligro para la seguridad de la sociedad, pues no existía el menor indicio de que se dedicara a la comercialización de la marihuana o de cualquier otra sustancia psicoactiva, peligrosidad que se difumina aún más si se tiene en cuenta que no fue sorprendido portando la sustancia en la calle como para pensar que quería venderla, sino dentro de su residencia, lo que lleva a sostener, de manera razonable, que sus problemas de adicción los saciaba en la intimidad de su hogar.

Y, en tercer lugar, porque tampoco era probable que el encartado no comparecería al proceso penal o que no cumpliría la sentencia que eventualmente se le impusiera. Sus problemas de adicción, junto a sus escasos recursos económicos, corroborados en el hecho de habersele incautado la cantidad de \$8.000.00, denotan que dentro de sus posibilidades no estaría la de huir del país o evadir la acción de la justicia.

Lo discurrido hasta el momento lleva al Despacho a colegir que la privación de la libertad que padeció el señor OMAR CÁCERES OSORIO entre el 16 de mayo de 2013 y el 21 de mayo de 2015 sí fue injusta, ya que la medida de aseguramiento de detención preventiva que se le impuso se muestra abiertamente desproporcionada, si se toma en cuenta el escaso material probatorio que le sirvió de fundamento, esto es dos dosis de marihuana para uso personal que estaban dentro de su residencia y la cantidad de \$8.000.00, y si se observa que se trataba de una persona adicta a ese tipo de sustancias, cuyo grado de peligrosidad es más consigo mismo que hacia el resto de la sociedad, pues no se acopió el menor indicio de que se dedicara a su comercialización, siendo tan contundente todo lo anterior que la Fiscalía General de la Nación, el día de la audiencia de fallo no tuvo más remedio de que pedir la absolución del imputado.

El juzgado, después de dilucidar la injusticia de la detención del actor, se pregunta: ¿Ese hecho es imputable tanto a la Rama Judicial como a la Fiscalía General de la Nación? La respuesta es sí.

Recuérdese que el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal dispone que “El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento...”. Esto significa, tal como ocurrió en el *sub lite*, que la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta

al señor OMAR CÁCERES OSORIO fue el resultado de la actuación conjunta entre la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, dado que el fiscal asignado al caso fue quien la solicitó y porque el juez de control de garantías fue la autoridad que la decretó. Por tanto, el daño antijurídico causado a la parte actora es imputable a estas entidades, frente a quienes se declarará la responsabilidad administrativa y extracontractual en un 50% para cada una de ellas.

6.- Indemnización de perjuicios

6.1.- Perjuicios morales

El Despacho retoma los parámetros fijados en la sentencia de 28 de agosto de 2013 en el expediente No. 25.022, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, según los cuales el sufrimiento moral en caso de privación injusta de la libertad es evidente y no requiere prueba en lo que se refiere a la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano.

Nadie puede dudar que la confinación en una cárcel, y más cuando ocurre de manera injusta como en este caso, trae sufrimiento moral a la víctima directa, así como a sus padres, hijos y cónyuge o compañero o compañera permanente y hermanos. Ellos, por tratarse del núcleo familiar más cercano a la persona que padece la reclusión injusta, no están obligados a probar ese padecimiento, pero sí se les exige la prueba del parentesco o de la relación conyugal o de compañeros permanentes.

La tasación de este perjuicio ha sido fijada en aquella jurisprudencia de la siguiente manera:

	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

Por tanto, como está probado que la víctima directa duró injustamente privado de la libertad entre el 16 de mayo de 2013 y el 21 de mayo de 2015, el Despacho condenará a las entidades demandadas a pagar a los demandantes, por concepto de perjuicios morales, lo siguiente:

i.- A favor de OMAR CÁCERES OSORIO (víctima directa), EMMA OSORIO (madre)²⁹, MARIELA GALVIS (compañera permanente)³⁰, OMAR DAVID

²⁹ Ver registro civil de nacimiento del folio 6 cuaderno 1.

³⁰ Ver declaración notarial del folio 7 cuaderno 1.

CÁCERES GALVIS (hijo)³¹, GLORIA MILENA CÁCERES GALVIS (hija)³², INGRID KARINA CÁCERES GALVIS (hija)³³, GENDIRYER CÁCERES GALVIS (hija)³⁴ y EMMA FABIANA CÁCERES GALVIS (hija)³⁵, la cantidad de CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMLMV), para cada uno de ellos.

ii.- A favor de CARLOS MANUEL CÁCERES OSORIO (hermano)³⁶, REINALDO CÁCERES OSORIO (hermano)³⁷, EDISSON CÁCERES OSORIO (hermano)³⁸, ÁLVARO CÁCERES OSORIO (hermano)³⁹, HERNANDO CÁCERES OSORIO (hermano)⁴⁰, MARÍA EUGENIA CÁCERES OSORIO (hermana)⁴¹, MABEL CÁCERES OSORIO (hermana)⁴², VALERIN SARAY SILVA CÁCERES (nieta)⁴³, MAILY SOFÍA LIZARAZO CÁCERES (nieta)⁴⁴, ISABELLA ROMERO CÁCERES (nieta)⁴⁵, DAMIÁN ALEXANDER GALVIS CÁCERES (nieta)⁴⁶, DIEGO ALEJANDRO QUINTERO CÁCERES (nieta)⁴⁷ y MARÍA CAMILA MÉNDEZ CÁCERES (nieta)⁴⁸, la cantidad de CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (50 SMLMV), para cada uno de ellos.

6.2.- Lucro cesante y afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados a la libertad, familia, honra, buen nombre

Con la demanda igualmente se solicita la indemnización de los perjuicios ocasionados por el lucro cesante dejado de percibir por la víctima directa durante todo el tiempo de su reclusión, así como la afectación a bienes constitucionalmente protegidos como la libertad, la familia, la honra y el buen nombre.

El lucro cesante, según lo dispuesto en el artículo 1614 del Código Civil, corresponde a “*la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.*”. Esto significa que la víctima directa de una privación injusta de la libertad tiene el derecho a que se le resarza el perjuicio derivado de la improductividad económica por todo el tiempo de su reclusión.

Sin embargo, para que lo anterior proceda es necesario que la parte actora cumpla con la carga de la prueba, en el sentido de demostrar que la persona injustamente detenida tenía una actividad económica vigente con antelación a que se produjera su captura, la cual no pudo seguir ejerciendo por virtud de su reclusión. La actividad económica no puede presumirse, ninguna regla jurídica o jurisprudencial así lo permite, de modo que la insatisfacción de la carga de la

³¹ Ver registro civil de nacimiento del folio 8 cuaderno 1.

³² Ver registro civil de nacimiento del folio 9 cuaderno 1.

³³ Ver registro civil de nacimiento del folio 10 cuaderno 1.

³⁴ Ver registro civil de nacimiento del folio 11 cuaderno 1.

³⁵ Ver registro civil de nacimiento del folio 12 cuaderno 1.

³⁶ Ver registro civil de nacimiento del folio 19 cuaderno 1.

³⁷ Ver registro civil de nacimiento del folio 20 cuaderno 1.

³⁸ Ver registro civil de nacimiento del folio 21 cuaderno 1.

³⁹ Ver registro civil de nacimiento del folio 22 cuaderno 1.

⁴⁰ Ver registro civil de nacimiento del folio 23 cuaderno 1.

⁴¹ Ver registro civil de nacimiento del folio 24 cuaderno 1.

⁴² Ver registro civil de nacimiento del folio 25 cuaderno 1.

⁴³ Ver registro civil de nacimiento del folio 18 cuaderno 1.

⁴⁴ Ver registro civil de nacimiento del folio 16 cuaderno 1.

⁴⁵ Ver registro civil de nacimiento del folio 17 cuaderno 1.

⁴⁶ Ver registro civil de nacimiento del folio 14 cuaderno 1.

⁴⁷ Ver registro civil de nacimiento del folio 15 cuaderno 1.

⁴⁸ Ver registro civil de nacimiento del folio 13 cuaderno 1.

prueba en esta materia conduce a la inevitable conclusión del fracaso de la pretensión indemnizatoria por lucro cesante.

En el *sub lite* la parte actora pretende que se indemnice al señor OMAR CÁCERES OSORIO el lucro cesante por todo el tiempo que permaneció en la cárcel. Empero, no se aportó ninguna prueba para acreditar que para el día en que fue detenido ejercía algún tipo de actividad económica, ni la cantidad de dinero que recibía a cambio de esa actividad. Por tanto, se negará esta pretensión.

De otro lado, todos los demandantes solicitan que les sean indemnizados los perjuicios ocasionados por la afectación a los bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados a la libertad, familia, honra, buen nombre, los que consideran vulnerados con la privación injusta de la libertad que experimentó la víctima directa.

El juzgado no considera viable la pretensión anterior. En primer lugar, porque bienes jurídicos como la honra y el buen nombre del señor OMAR CÁCERES OSORIO ya venían siendo afectados por él mismo con antelación a la imposición de la medida de aseguramiento, pues como se constató en el proceso penal y lo admitió el propio implicado, se trata de una persona con un marcado gusto por las sustancias alucinógenas, quien acostumbra tenerlas en su poder para la satisfacción de sus propias necesidades, hecho del que precisamente se valieron las autoridades penales para adelantar el proceso penal en su contra, solo que con desconocimiento del principio de proporcionalidad y de los presupuestos jurídicos necesarios para decretar la confinación.

En segundo lugar, porque bajo el rótulo de la afectación al bien jurídico de la libertad no es procedente otorgar una indemnización adicional a la que se conferirá por perjuicios morales, dado que la última cubre ciertamente los perjuicios producidos con motivo de la reclusión.

En tercer lugar, porque el Despacho duda mucho que el bien constitucional y convencionalmente protegido de la familia en realidad se haya visto afectado. Entendido ese concepto como el sentimiento de amor y solidaridad en torno al cual se reúnen las personas que comparten lazos de sangre o de afinidad, en el *sub lite* existen serios indicios de que la familia conformada por todos los demandantes no estaba precisamente reunida en torno a su integrante el señor OMAR CÁCERES OSORIO.

Nótese que dicho sujeto fue aprehendido, en la diligencia de registro y allanamiento, en posesión de algo más de dos dosis de marihuana, en lo que se tuvo como su lugar de residencia esto es en el Rancho No. 47 del “*Asentamiento Humano 12 de octubre*” ubicado en el municipio de Bucaramanga – Santander, sitio en el que fue sorprendido solo, sin la compañía de ninguna otra persona. Además, el registro fotográfico que el Investigador de Campo de la Fiscalía hizo de dicho lugar deja ver que es, como el propio implicado lo acepta, un lugar bastante humilde en el que habita una persona que sufre la adicción por sustancias alucinógenas.

De igual modo, aunque el señor OMAR CÁCERES OSORIO es el padre de un hogar conformado no solo por su compañera permanente sino también por cinco hijos e hijas, la mayoría adultos, todo indica que por sus problemas de adicción se refugió en el Rancho No. 47 de ese asentamiento humano, lejos del hogar de su pareja, pues al verificar la declaración extraproceso que los dos rindieron ante la Notaría 7ª de Bucaramanga – Santander, se constata que ante dicha autoridad fedataria se suministró una dirección de domicilio diferente a aquella en la que fue hallado el actor con algo más de dos dosis personales de marihuana.

Lo dicho no puede tomarse como contradictorio frente al reconocimiento de la indemnización por perjuicios morales por la afectación que sufren los familiares más cercanos de la víctima directa a raíz de su reclusión intramural; es sencillamente la demostración de que el bien jurídico de la familia ya venía resquebrajado por los problemas de adicción que sufre el señor OMAR CÁCERES OSORIO, con lo que no resulta razonable suponer que el bien jurídico de la familia resultó afectado por la privación injusta de la libertad que se le impuso.

Y, para finalizar, aunque puede tratarse de un indicio de bajo impacto, el Despacho se tomó la tarea de ver el video de la audiencia de fallo, diligencia en la que solamente se advierte la presencia de un funcionario judicial (que no es enfocado), de la fiscal del caso, del abogado de confianza designado por el imputado y del señor OMAR CÁCERES OSORIO (que tampoco es enfocado). Por ser un día crucial en el futuro penal del implicado, se esperaba que sus familiares más cercanos lo estuvieran acompañando, esperando el veredicto del juez; sin embargo, según se pudo ver en la grabación, ninguno de ellos se hizo presente ese día, lo que lleva a pensar que el bien jurídico de la familia no era tan fuerte como se sostiene en la demanda, al menos no para considerar que resultó seriamente afectado por la detención de aquél.

En fin, el Despacho constata que no existe ninguna razón para otorgar la indemnización reclamada por los demandantes, en lo que se refiere a esta parte, dado que si bien la privación de la libertad resultó injusta, no alcanzó a afectar los bienes jurídicos referidos en la demanda.

Por último, lo discurrido hasta ahora lleva a afirmar que las excepciones planteadas por las entidades demandadas no se declararán prósperas, y que la denominada Culpa exclusiva de la víctima no es de recibo porque si bien el señor OMAR CÁCERES OSORIO fue aprehendido en su residencia con algo más de dos dosis de marihuana, según el análisis efectuado por el juzgado ello no era suficiente para cobijarlo con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, toda vez que la medida resultó ser abiertamente desproporcionada y sin observar los presupuestos requeridos para su imposición, ciertamente porque las autoridades penales allanaron la casa de un adicto para despojarlo de 44.4 gramos de marihuana y con base en ello adelantar en su contra un proceso penal que lo tuvo confinado por un poco más de dos años, para que al final fuera la misma Fiscalía General de la Nación la que solicitara que fuera absuelto.

7.- Costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe que *“la sentencia dispondrá sobre la condena en costas”*. Lo anterior significa que, en casos como este, en que las entidades demandadas resultan vencidas, no procede la imposición automática de condena en costas, pues es necesario valorar la conducta asumida por las mismas al enfrentar el medio de control impetrado en su contra.

En este caso el Despacho no considera viable condenar en costas a la RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, pues aunque resultaron vencidas, no se advierte temeridad alguna en el ejercicio de su defensa.

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

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR IMPROBADAS las excepciones de mérito formuladas por la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL** y la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de *Falta de legitimación en la causa por pasiva*, formulada por el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL**.

TERCERO: DECLARAR que la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL** y la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, son administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios causados a los demandantes, con motivo de la privación injusta de la libertad del señor **OMAR CÁCERES OSORIO**, quien permaneció detenido entre el 16 de mayo de 2013 y el 21 de mayo de 2015, acusado del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.

CUARTO: CONDENAR a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL** y la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, cada una en un cincuenta por ciento (50%), a pagar a los demandantes lo siguiente:

i.- A favor de **OMAR CÁCERES OSORIO** (víctima directa), **EMMA OSORIO** (madre), **MARIELA GALVIS** (compañera permanente), **OMAR DAVID CÁCERES GALVIS** (hijo), **GLORIA MILENA CÁCERES GALVIS** (hija), **INGRID KARINA CÁCERES GALVIS** (hija), **GENDIRYER CÁCERES GALVIS** (hija) y **EMMA FABIANA CÁCERES GALVIS** (hija), la cantidad de **CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMLMV)**, para cada uno de ellos.

ii.- A favor de **CARLOS MANUEL CÁCERES OSORIO** (hermano), **REINALDO CÁCERES OSORIO** (hermano), **EDISSON CÁCERES OSORIO** (hermano), **ÁLVARO CÁCERES OSORIO** (hermano), **HERNANDO CÁCERES OSORIO** (hermano), **MARÍA EUGENIA CÁCERES OSORIO** (hermana), **MABEL CÁCERES OSORIO** (hermana), **VALERIN SARAY SILVA CÁCERES** (nieta), **MAILY SOFÍA LIZARAZO CÁCERES** (nieta), **ISABELLA ROMERO CÁCERES** (nieta), **DAMIÁN ALEXANDER GALVIS CÁCERES** (nieto), **DIEGO ALEJANDRO QUINTERO CÁCERES** (nieto) y **MARÍA CAMILA MÉNDEZ CÁCERES** (nieta), la cantidad de **CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (50 SMLMV)**, para cada uno de ellos.

QUINTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin condena en costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE
Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.

Correos electrónicos

Reparación Directa
Radicación: 110013336038201700206-00
Demandantes: Omar Cáceres Osorio y otros
Demandadas: Nación – Rama Judicial y otros
Fallo de primera instancia

Accionante: remantillap@hotmail.com ; tatianagonzalez20@hotmail.com
Accionado: jrugelef@deaj.ramajudicial.gov.co , deajnotif@deaj.ramajudicial.gov.co , jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co , maria.pedraza@fiscalia.gov.co ; decun.notificación@policia.gov.co ; sandra.gonzalez4326@correo.policia.gov.co
Ministerio Público: mferreira@procuraduria.gov.co

Firmado Por:

Henry Asdrubal Corredor Villate
Juez Circuito
038
Juzgado Administrativo
Bogotá D.C., - Bogotá, D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **32e2d8fc0e9ea7a70fb4fd5753d868c767abe5ccb9db61af261baa55364e55ab**
Documento generado en 25/08/2021 04:38:47 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>