

MEDIO DE CONTROL – Reparación directa / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LA NACIÓN RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – Por los daños supuestamente causados con ocasión de privación de la libertad en vigencia de la ley 906 de 2004 / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL – Por privación injusta de la libertad / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – No fue irrazonable, desproporcional o arbitraria / SENTENCIA ABSOLUTORIA – No es un factor de atribución de responsabilidad civil extracontractual al Estado / DAÑO ANTIJURÍDICO – No probado

(...) debe confirmarse la sentencia de primera instancia, porque no se encuentra acreditado el primero de los elementos de la responsabilidad del Estado, esto es, la existencia de un daño antijurídico, pues la medida de aseguramiento impuesta al señor José Hildebrando Morales Virgüez, resultó ser legal, razonable y proporcional, teniendo en cuenta que al momento de la imposición de la misma se contaban con evidencias suficientes de las cuales se podía inferir objetivamente que el imputado pudo ser el coautor de los delitos de concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas, sin que fuera desvirtuada esta inferencia razonable. Consecuencia de lo anterior, por sustracción de materia no hay lugar a estudiar si se configuró o no la causal eximente de responsabilidad de hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero, como quiera que no se probó el primero de los elementos de responsabilidad del Estado, el daño antijurídico. (...) si bien el juez de conocimiento llama la atención a la Fiscalía por el descuido advertido en el manejo de la investigación por no aportar a juicio los medios de convicción necesarios y que tenía a su alcance para sustentar su acusación, como lo sería el cotejo de voces o el dictamen pericial sobre los elementos encontrados en el allanamiento al inmueble del investigado, esta situación no puede catalogarse como una falla en el servicio que condujera a mantener al señor José Hildebrando Morales Virgüez privado de la libertad, puesto que la medida de aseguramiento cumplió con el grado de conocimiento requerido para imponerla, poniendo de presente de nuevo la regla del artículo 308 ib., donde sólo se exige una inferencia razonable, más no certeza como sí se exige en el fallo condenatorio, entonces, se trata de una probabilidad fundamentada, que no despeja la duda por completo ni desvirtúa la presunción de inocencia. De esta forma, respecto a la medida de aseguramiento ordenada en contra del señor José Hildebrando Morales Virgüez, conforme a las pruebas obrantes en el expediente se puede concluir que esta decisión resultó ser legal, razonable, necesaria al momento de su expedición y no se torna injusta (...) las demandadas tenían la obligación legal de decretar la medida restrictiva de la libertad en su contra, por lo que el daño alegado no resulta ser antijurídico, pues el accionante tenía el deber de soportarlo, dado que no demostró que su privación preventiva de la libertad resultó incuestionablemente infundada y/o arbitraria. (...) Si bien, los jueces de conocimiento absolviéron al señor José Hildebrando Morales (...) al no encontrarse acreditada la responsabilidad penal del acusado más allá de toda duda razonable (...) tal decisión obedeció a que la Fiscalía no allegó al juicio los medios de convicción necesarios y que tenía a su

alcance para sustentar su acusación, sin que ello per se sea un factor de atribución de responsabilidad civil extracontractual al Estado (...)

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños derivados de la privación injusta de la libertad, consultar: Corte Constitucional, sentencia SU 072 de 2018; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: José Roberto Sáchica Méndez. Radicación No. 66001-23-31-000-2011-00235-01(46.947). Providencia del 6 de agosto de 2020.

FUENTE FORMAL: Constitución Política (Art. 90); Ley 270 de 1996 (Art. 68).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá, D.C, seis (06) de abril de dos mil veintidós (2022)

Referencia	110013343063-2018-00396-01
Sentencia	SC3-220426
Medio de control	Reparación directa
Demandante	José Hildebrando Morales Virgüez y otros
Demandado	Nación – Fiscalía General de la Nación y otros
Tema	Privación injusta de la libertad. Ley 906 de 2004. SU-072 de 2018. Presunta comisión de los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, porte o tenencia de armas de fuego. Interceptación de audios. Cotejo de voces como medio de prueba. Sentencia absolutoria por duda razonable. En el momento en que se profirió la medida de aseguramiento, la misma resultaba ser legal, necesaria, razonable y proporcional. Inexistencia de antijuridicidad del daño. Revoca condena en costas.

Procede la Sala a proferir sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso de reparación directa instaurado por José Hildebrando Morales Virgüez y otros contra la Nación – Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial Dirección Ejecutiva de Administración judicial.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

El 31 de agosto de 2018, la parte actora presentó demanda de reparación directa contra la Nación – Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial Dirección Ejecutiva de Administración judicial, por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la privación injusta de la libertad que sufrió el demandante José Hildebrando Morales Virgüez.

Expresamente se solicitó en la demanda lo siguiente:

“ 1. Pretensiones frente a la Nación- Rama Judicial- Fiscalía General de la Nación.

1.1 Que se declare responsable administrativa y patrimonialmente a la Nación- Rama Judicial- Fiscalía General de la Nación, por la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor José Hildebrando Morales Virgüez , desde el 20 de septiembre de 2010 hasta el 25 de febrero de 2012 fecha en la que recobró nuevamente la libertad, con ocasión del proceso penal que se inició dentro del radicado Expediente número 110016000705201080006 y que terminó en primera instancia con sentencia absolutoria proferida el día 15 de enero de 2016 por el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Bogotá DC, bajo el radicado 2007-00033 por los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, porte o tenencia de armas de fuego debidamente confirmada el 26 de agosto de 2016 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá, fallo que quedó ejecutoriado el 2 de septiembre de 2016.

Como consecuencia de la anterior declaración a título de reparación directa se ordene lo siguiente:

1.1.1 Que se DECLARE a la Nación- Rama Judicial- Fiscalía General de la Nación, administrativamente responsable por los daños extra patrimoniales y materiales ocasionados al señor José Hildebrando Morales Virgüez, por la privación injusta de la libertad, solicitada por la Fiscalía General de la Nación, ante el Juez de Control de Garantías en audiencia realizada el 26 de septiembre de 2010 y que se prolongó hasta el día 25 de febrero de 2012, día en que nuevamente recobró la libertad el señor José Hildebrando Morales Virgüez.

1.1.2. Que se condene a la Nación- Rama Judicial- Fiscalía General de la Nación a pagar los perjuicios materiales y morales a los demandantes, de la siguiente forma:

1.1.2.1 Perjuicios Morales:

[a la víctima directa, cónyuge, hijos y madre 90 SMLMV y a los hermanos 45 SMLMV]

1.1.2.2 Perjuicios materiales.

1.1.2.2.1 Lucro cesante

[Renta presuntiva sobre los meses que duró privado de la libertad la víctima y los 3 meses promedio en que tarda en adaptarse a la sociedad 21 SMLMV]

1.1.2.2.2. Daño Emergente.

[Honorarios profesionales de abogado por 450 SMLMV]

1.1.2.3. Perjuicios inmateriales distintos a los de carácter moral, a título de daño a bienes constitucionalmente protegidos (Conocido también como perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia)- (Denominado anteriormente como "Daño a la vida de relación")

[A la víctima directa, cónyuge, hijos y madre 90 SMLMV y a los hermanos 45 SMLMV]

(...)

2. Pretensiones frente a la Nación- Rama Judicial- Consejo Superior de la Judicatura- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

2.1 Que se declare responsable administrativa y patrimonialmente a la Nación- Rama Judicial- Consejo Superior de la Judicatura Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor José Hildebrando Morales Virgüez, desde el 20 de septiembre de 2010 hasta el día 25 de febrero de 2012, fecha en que recobró nuevamente la libertad, con ocasión del proceso penal que se inició dentro del radicado Expediente número 110016000705201080006 y que terminó en primera instancia con sentencia absolutoria proferida el día 15 de enero de 2016 por el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Bogotá DC, bajo el radicado 2007-00033 por los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, porte

o tenencia de armas de fuego debidamente confirmada el 26 de agosto de 2016 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá, fallo que quedó ejecutoriado el 2 de septiembre de 2016.

Como consecuencia de la anterior declaración a título de reparación directa se ordene lo siguiente:

2.1.1 Que se DECLARE a la Nación- Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, administrativamente responsable por los daños extra patrimoniales y materiales ocasionados al señor José Hildebrando Morales Virgüez, por la privación injusta de la libertad, impuesta por la Juez 52 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, previa solicitud que le hiciera el delegado día 26 de septiembre de 2010 y que se prolongó hasta el 25 de febrero de 2012, día en que nuevamente recobró la libertad el señor José Hildebrando Morales Virgüez.

2.1.2. Que se condene a la Nación- Rama Judicial- Consejo Superior de la Judicatura- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, al pagar la totalidad de perjuicios materiales y morales a los demandantes (...)"

(...) ”.

Como fundamento de las pretensiones, sostiene que el día 20 de septiembre de 2010, se realizó la primera captura al señor José Hildebrando Morales Virgüez, por los delitos de concierto para delinquir y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o munición de uso privativo de las fuerzas armadas, mediante allanamiento a su residencia ubicada en la ciudad de Pasto- Nariño, por parte del CTI de la Fiscalía General de la Nación, siendo trasladado a la ciudad de Bogotá, donde el 21 del mismo mes y año el Juzgado 11 Penal Municipal con Función de Control de Garantías dentro del expediente No. 110016000705201080006, declaró la ilegalidad del allanamiento en el cual se produjo la captura, y por ende, libró la boleta de libertad.

Luego, el 24 de septiembre de 2010, se captura por segunda vez al señor José Hildebrando Morales Virgüez en un establecimiento de comercio de la ciudad de Pasto por parte de los agentes del CTI de la Fiscalía General de la Nación; siendo puesto a disposición del Juzgado 52 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, quien el 25 del mismo mes y año, adelantó audiencia preliminar de legalización de captura, imputación y medida de aseguramiento dentro del proceso con radicado No. 110016000097201000061, donde ordenó la detención carcelaria en el patio ERE2 de la cárcel la Picota, ingresando a la misma el 26 de septiembre de 2010.

El 1º de abril de 2011, es radicado escrito de acusación por parte de la Fiscalía 10 Especializada – Unidad Nacional contra el Terrorismo. Se realizó la audiencia de acusación el día 24 de noviembre de 2011.

Indica que el 24 de febrero de 2012, se solicitó la libertad del señor José Hildebrando Morales Virgüez por vencimiento de términos ante el Juzgado 38 Penal Municipal con Función de control de Garantías, razón por la cual, el día 25 de febrero del mismo año salió de la cárcel la Picota.

Señala que el día 27 de abril de 2014 se dio inicio al juicio oral por parte del Juzgado Segundo Especializado de Bogotá, profiriendo sentido del fallo en audiencia del 5 de noviembre de 2015, resaltando en esta diligencia el actuar tan burdo, irresponsable y aterrador de la Fiscalía General de la Nación frente a este caso, para ello, transcribe apartes de esta decisión.

Finalmente, el día 26 de agosto de 2016 se da lectura al fallo de segunda instancia proferido por parte del Tribunal Superior de Bogotá, quedando ejecutoriado el 2 de septiembre de 2016. (fls.18 a 40 Cp1)

2. Actuación procesal en primera instancia administrativa.

El 21 de noviembre de 2018, el Juzgado 63 Administrativo oral del Circuito de Bogotá inadmitió la demanda de la referencia (fl.54 vlt a Cp1). El 12 de diciembre de 2018 y el 6 de febrero de 2019, se admitió la demanda (fls. 183 y 193 Cp1).

Una vez surtido el trámite de notificaciones de que trata el artículo 171 del C.P.A.C.A., la Rama Judicial contestó la demanda el 14 de mayo de 2019 (fls. 207 a 216 Cp 1) y la Fiscalía General de la Nación contestó la demanda el 17 de mayo de 2019 (fls. 219 a 226 Cp1.)

El 9 de julio de 2019 se realizó audiencia inicial donde se fijó el litigio y se decretaron las pruebas pedidas por las partes. (fls.261 a 264 Cp1)

El 14 de agosto de 2019, se realizó audiencia de pruebas donde se incorporaron y practicaron las decretadas en audiencia inicial, para finalmente dar traslado a las partes para que alegaran de conclusión. (fls. 285 a 287 Cp1)

Las partes presentaron alegatos de conclusión. (fls. 297 a 314 Cp1)

3. Sentencia de primera instancia.

El 10 de octubre de 2019, el Juzgado 63 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas.

Precisa que dentro de la actuación se encuentra demostrado el primer elemento de la responsabilidad consistente en el daño que se le causó al señor José Hildebrando Morales Virgüez al estar privado de su libertad desde el 24 de septiembre de 2010 al 25 de febrero de 2012, como consecuencia de la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva por parte del Juzgado Penal Municipal de Bogotá, por el delito de concierto para delinquir, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas.

Respecto de la imputación jurídica y el nexo de causalidad frente a las actuaciones realizadas por Fiscalía General de la Nación el a quo sostiene que esta entidad solicitó la legalización de la captura, la formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra del señor José Hildebrando Morales Virgüez, las cuales fueron aceptadas por el Juez de Control de Garantías, basado en información recolectada por la Policía Judicial, especialmente las interceptaciones de varios abonados celulares, que lograron demostrar la existencia de una organización criminal que se dedicaba a proveer, almacenar, ensamblar, comercializar, asesorar, financiar, legalizar, reparar y transportar material de guerra para la

FARC, y en el que al parecer hacía parte el señor Morales Virgüez, existiendo la configuración de diversos indicios que permiten dilucidar la responsabilidad de demandante en los delitos investigados.

Sobre la Rama Judicial sostiene que fue quien tomó la determinación de imponer la medida de aseguramiento en contra del señor José Hildebrando Morales Virgüez en establecimiento carcelario.

Así las cosas, concluye que el presunto daño aquí alegado es imputable tanto a la Fiscalía General de la Nación, como a la Rama Judicial, sin embargo, decide aplicar la sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 15 de agosto de 2018, para efectos de establecer si la conducta del investigado fue determinante en la configuración del daño por su actuar culposo o doloso, siendo causa eficiente en la producción del resultado.

Entonces, indica que las pruebas relacionadas con i) audios donde presuntamente se escucha hablando al investigado con miembros de una organización delictiva que revestía de peligrosidad, pues colaboraba entregando material de guerra a grupos al margen de la ley y ii) allanamiento en donde se encontró un taller de trabajo en que había una pulidora, una prensa y una gaveta en que se encontraron tornillos, así como al parecer partes de armas pequeñas, el cual era dirigido por el señor José Hildebrando Morales Virgüez, resultaban ser suficientes para que la Fiscalía iniciara la investigación respectiva y solicitara la medida de aseguramiento con el fin de garantizar la comparecencia del investigado; igualmente con estas pruebas el juez que impuso la medida de aseguramiento, tenía la convicción de la comisión de un delito y que era probable que el señor José Hildebrando Morales Virgüez era coautor del mismo, lo que hacía que su imposición no fuera desproporcionada y mucho menos ilegal.

Aclara, que el demandante no fue exonerado porque se hubiese demostrado su inocencia, sino por el hecho de no realizarse el cotejo de voces para demostrar sin duda alguna que quien se escuchaba en las grabaciones era aquél, ordenándose su libertad por duda probatoria.

Finalmente, condenó en costas y agencias en derecho a la parte actora (fls. 317 a 327 Cp3)

II. RECURSO DE APELACIÓN.

1. Fundamentos del recurso.

➤ Parte actora.

El 25 de octubre de 2019, la parte actora presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia.

Sostiene que no discute que existan normas que habilitan la restricción de la libertad de cara a los fines del proceso contempladas en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, sin embargo, arguye que la Fiscalía fue negligente en su despliegue de investigación y ello generó que se restringiera injustificadamente la privación de la libertad del señor José Hildebrando Morales Virgüez.

Indica que la Fiscalía solo contaba con un medio cognoscitivo con vocación probatoria, relacionado con las conversaciones telefónicas que a la luz de la Fiscalía comprometían la responsabilidad de este investigado.

Agrega que en virtud del ius poniendi, tan pronto la Fiscalía obtuvo la captura y el aseguramiento del señor José Hildebrando Morales Virgüez en centro carcelario, debió ejecutar los actos investigativos para esclarecer a través de peritos como la prueba de cotejo de voces si el interlocutor de esas llamadas era o no el imputado.

Insiste en que era necesario el cotejo de la voz, pues el mismo está íntimamente relacionado con la identificación plena del presunto responsable, aspecto que fue esencial en la absolución del aquí demandante.

Sostiene que la Fiscalía incurre en una grave omisión que determinó causalmente el resultado de la privación injusta de la libertad, al no hacer nada para confirmar o desvirtuar si los diálogos de interceptaciones de comunicaciones provenían del acusado, único medio con vocación probatoria, siendo de esta forma previsible el fracaso de la teoría de la Fiscalía.

Frente a esta negligencia, resalta lo expuesto por el Juez Penal con función de Conocimiento, quien reprocha en el fallo absolutorio la actuación de la Fiscalía de llevar a juicio al señor José Hildebrando Morales Virgüez sin haberse esmerado por dilucidar si la voz captada en las interceptaciones era o no su voz.

Señala que de cara a la sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 15 de agosto de 2018, el demandante no incurrió en ninguna conducta dolosa o culposa para la iniciación de la investigación o en la imposición de la medida de aseguramiento en su contra, puesto que, primero, los diálogos interceptados no permiten deducir la participación del investigado en las actividades criminales y que estas hubiesen sido realizadas por aquél, y segundo, los elementos encontrados en la residencia del señor José Hildebrando Morales Virgüez como una prensa, herramientas y tornillos, no implica una situación ilegal, además no se demostró con dictamen pericial la identidad y naturaleza de los objetos encontrados frente a los cuales se decía por parte de la Fiscalía que eran partes de armas pequeñas.

Concluye, que ninguna actuación irregular se le pudo atribuir al señor José Hildebrando Morales Virgüez, por tanto la Fiscalía y la Rama Judicial son llamadas a responder administrativa y solidariamente por los perjuicios causados a los demandantes, dado que el Juez de control de Garantías fue muy laxo en la exigencia demostrativa de que aquellos diálogos de los que solo se puso informe con transcripción más no el audio con el diálogo en mención, provenían del imputado, y la investigación de la Fiscalía fue muy "incipiente" dado que no se contaban con elementos cognoscitivos serios al momento de la imposición de la medida de aseguramiento.

Finalmente, solicita no ser condenado en costas. (fls. 334 a 343 Cp3)

2. Actuación procesal en segunda instancia.

Recibido el expediente en esta Corporación, el 24 de febrero de 2020 fue admitido el recurso de apelación presentado por la parte actora (fl. 352 Cp2). El 21 de septiembre del mismo año se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir el concepto correspondiente (Unidad digital No. 002).

El 7 de octubre de 2020, la Fiscalía General de la Nación presentó alegatos de conclusión, donde reitera que esta entidad cumplió con su deber legal conforme a la disposición normativa, por lo que no se puede predicar falla en el servicio, además la medida de aseguramiento no fue desproporcionada ni violatoria de procedimientos legales. (Unidad digital No. 5 y 6)

El 8 de octubre de 2020, presentó alegatos de conclusión la parte actora reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación. (Unidad digital 12 y 13)

En la misma fecha el apoderado de Rama Judicial presentó alegatos de conclusión, resaltando que el Juez de Control de Garantías adoptó las decisiones fundamentadas en una inferencia razonable conforme a los elementos materiales probatorios que se le presentan como respaldo a las solicitudes al momento de la audiencia por parte de la Fiscalía General de la Nación, elementos que gozan de presunción de autenticidad y veracidad, y por ello impuso la medida de aseguramiento. (unidad digital 14 y 15)

III. PROBLEMA Y TESIS JURÍDICA

1. Precisión del caso.

Los demandantes persiguen la declaratoria de responsabilidad administrativa y extracontractual de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, así como la consiguiente condena al pago de perjuicios materiales e inmateriales que les fueron ocasionados, con la privación injusta de la libertad del señor José Hildebrando Morales Virgüez.

El Juez 63 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas, sosteniendo que, primero, la Fiscalía tenía elementos probatorios suficientes para iniciar la investigación en contra del señor José Hildebrando Morales Virgüez, y en consecuencia, solicitar la medida de aseguramiento con el fin de garantizar la comparecencia del investigado, y segundo, con estas pruebas el juez que impuso la medida de aseguramiento, tenía la convicción de la comisión de un delito y que era probable que el señor José Hildebrando Morales Virgüez era coautor del mismo, lo que hacía que su imposición no fuera desproporcionada y mucho menos ilegal.

El apelante insiste en que la Fiscalía fue negligente en la investigación realizada en contra del señor José Hildebrando Morales Virgüez, pues solo contaba con un medio cognoscitivo con vocación probatoria, relacionado con las conversaciones telefónicas, el cual no fue sometido a un cotejo de voces para confirmar o desvirtuar si los diálogos de interceptaciones de comunicaciones provenían del acusado, siendo de esta forma previsible el fracaso de la teoría de la Fiscalía. Agrega que el investigado no incurrió en ninguna conducta dolosa o culposa para la iniciación de la investigación o en la imposición de la medida de aseguramiento en su contra. Concluye o que el Juez de control de Garantías fue muy laxo en la exigencia demostrativa de que aquellos diálogos de los que solo se puso informe con transcripción más no el audio con el diálogo en mención, provenían del imputado, y la investigación de la Fiscalía fue muy “incipiente” dado que no se contaban con elementos cognoscitivos serios al momento de la imposición de la medida de aseguramiento. Solicita no se condene en costas.

2. Problema jurídico.

Teniendo en cuenta el recurso de apelación presentado por la parte actora, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

- ¿Son administrativa y patrimonialmente responsables la Nación – Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación por los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes, como consecuencia de la privación de la libertad que sufrió el señor José Hildebrando Morales Virgüez, en el marco del proceso penal con radicado No. 1001600000020100092003?

3. Tesis de la Sala.

El criterio de la Sala es que debe confirmarse la sentencia de primera instancia, porque no se encuentra acreditado el primero de los elementos de la responsabilidad del Estado, esto es, la existencia de un daño antijurídico, pues la medida de aseguramiento impuesta al señor José Hildebrando Morales Virgüez, resultó ser legal, razonable y proporcional, teniendo en cuenta que al momento de la imposición de la misma se contaban con evidencias suficientes de las cuales se podía inferir objetivamente que el imputado pudo ser el coautor de los delitos de concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas, sin que fuera desvirtuada esta inferencia razonable.

Consecuencia de lo anterior, por sustracción de materia no hay lugar a estudiar si se configuró o no la causal eximente de responsabilidad de hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero, como quiera que no se probó el primero de los elementos de responsabilidad del Estado, el daño antijurídico.

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados la Sala estudiará: i) los presupuestos y cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado, ii) la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, iii) la responsabilidad patrimonial en el marco de la Ley 906 de 2004, iv) el cambio jurisprudencial con la sentencia de unificación de la Corte Constitucional. SU 072 de 2018, v) la aclaración respecto a la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 emitida por el Consejo de Estado, vi) la libertad probatoria y valoración de la prueba y vii) el caso en concreto.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Esta Subsección es competente desde el punto de vista funcional para conocer del presente proceso por la instancia, la naturaleza del asunto y la cuantía, dado que se trata del recurso de apelación de la sentencia proferida dentro de un proceso de reparación directa por el Juzgado 63 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, y el valor de la pretensión mayor individualmente considerada no supera los 500 SMLMV¹, al tenor de los artículos 153 y 157 de la Ley 1437 de 2011.

¹ Conforme al auto del 11 de octubre de 2018, por medio del cual se remite el proceso de la referencia por factor cuantía a los Juzgados Administrativos (fs. 44 a 46 Cp1)

2. Caducidad de la acción.

En concordancia con el ordinal i) del numeral 2º del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011, en los casos en los cuales se ejerce la acción de reparación directa, el término de caducidad de dos (2) años se cuenta desde el día siguiente del acaecimiento de la acción, hecho, omisión u operación administrativa causante del daño antijurídico, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

En los casos en los que el daño antijurídico que se alega es la privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado ha sido unánime en señalar que el término de caducidad debe contabilizarse desde el momento en el cual el sindicado recupera su libertad y/o la providencia absolutoria queda ejecutoriada - lo último que ocurra -²³.

En el presente asunto la caducidad debe contarse desde el 2 de septiembre de 2016, fecha en la cual quedó ejecutoriada el fallo de segunda instancia proferido el 26 de agosto de 2016 por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Penal dentro de la investigación adelantada contra el aquí demandante (fl.60 Cp1). Luego, el término de caducidad corría desde el 3 de septiembre de 2016 al 3 de septiembre 2018. No obstante, se presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación el día 3 de septiembre de 2018 (fls. 57 a 59 Cp1) restándole 1 día para que operara la caducidad. La constancia de que trata el artículo 2º Ley 640 de 2001 fue entregada el día 15 de noviembre de 2018, por lo que tenía plazo de presentar la demanda hasta el 16 de noviembre de 2018. La demanda fue radicada el 31 de agosto de 2018 (fl. 41 vltCp1) por lo que se tiene que la demanda fue presentada de forma oportuna, dentro de los dos (2) años siguientes.

3. Legitimación en la causa.

3.1. Por activa.

Los demandantes se encuentran legitimados en la causa por activa por tratarse de las víctimas del presunto daño antijurídico consistente en la privación injusta de la libertad del señor José Hildebrando Morales Virgüez, de conformidad con los siguientes medios probatorios:

Demandante	Parentesco con la víctima directa	Prueba
José Hildebrando Morales Virgüez	víctima directa	Cuaderno pruebas 2. Fls. 60 a 160 Cp2.
Medardo Humberto Morales Virgüez	Hermano	Registros civiles de nacimiento fls.278 y 280 Cp1
Elizabeth Morales Virgüez	Hermana	Registros civiles de nacimiento fls. 280 y 281 Cp1

² Al respecto consultar, por ejemplo, Sentencia del 14 de febrero de 2002. Exp: 13.622. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Dicho criterio ha sido reiterado por la Subsección en sentencia de 11 de agosto de 2011, Exp: 21801, así como por la Sección en auto de 19 de julio de 2010, Radicación 25000-23-26-000-2009-00236-01(37410), Consejero Ponente (E): Dr. Mauricio Fajardo Gómez; y en sentencia de 8 de febrero de 2017, radicación número 73001-23-31-000-2009-00278-01(42734) Consejero Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón.

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación número: 17001-23-31-000-2011-00251-01(42658)

Robert Javier Morales Virgüez	Hermano	Registros civiles de nacimiento fls.277 y 280 Cp1
José Andrés Morales Tarapues	Hijo	Registro civil de nacimiento fl. 273 Cp1.
Carlos Mario Morales Tarapues	Hijo	Registro civil de nacimiento fl. 274 Cp1.
Luis Fernando Morales Virgüez	Hermano	Registros civiles de nacimiento fls.275 y 280 Cp1
Mariela Virgüez de Morales	Madre	Registro civil de nacimiento fl. 280 Cp1.
Eliana Mariela Tarapues Ortega	cónyuge	Registro de matrimonio fl. 2 cuaderno pruebas 2.
Sebastián Morales Tarapues	Hijo	Registro civil de nacimiento fl. 276 Cp1.

3.2. Por pasiva.

La Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial se encuentran legitimadas en la causa por pasiva de hecho y material en la medida en que se encuentra acreditado que contra del señor José Hildebrando Morales Virgüez se adelantó un proceso penal en el marco de la Ley 906 de 2004 donde se profirió medida de aseguramiento en su contra y que concluyó con sentencia absolutoria. Por tanto, teniendo en cuenta que fue la Fiscalía General de la Nación quien adelantó las actuaciones dentro del señalado proceso penal que presuntamente conllevaron a la privación injusta de la libertad del accionante; y que la Rama Judicial fue la encargada de acoger dicha solicitud y restringir preventivamente la libertad del procesado, se acredita su calidad para comparecer como demandadas dentro del presente proceso.

4. Argumentación Jurídica.

4.1. Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado.

El Estado Social de Derecho tiene como característica esencial la inclusión de una carta de derechos constitucionales como los mecanismos idóneos y efectivos de protección de los mismos en cabeza de los titulares de tales derechos, asimismo está fundado en una concepción antropológica, pluralista y participativa del ejercicio del poder, de tal forma que su vocación esencial es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y la protección de todas las personas⁴.

La responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, dentro de este nuevo paradigma, fue "constitucionalizada"⁵ al incluirse en el artículo 90 de la Constitución la fórmula básica donde la persona es convertida en víctima debido al daño antijurídico que, por acción u omisión, le es imputable a la autoridad pública. Luego, dos elementos: daño antijurídico e imputación, son los que determinan la responsabilidad del Estado.

⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 2º.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C", sentencia del 26 de abril de 2017, Radicación número: 63001-23-31-000-2009-00240-01(42592). CP. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

El daño es la lesión o menoscabo del interés jurídico tutela y la antijuridicidad se predica del deber jurídico que debe soportar o no el lesionado, ya sea porque vulnera la Carta Política o la ley, o, porque es "irrazonable," sin depender "de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración."⁶ Mientras que la imputación es la atribución fáctica o jurídica que se hace al Estado por el daño antijurídico ocasionado por la acción u omisión de éste al administrado, conforme a los criterios jurídicos que se han establecido o lleguen a crearse para atribuir en caso concreto el daño antijurídico, como es la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción del riesgo excepcional.

Ahora bien, la relación de la persona con el Estado está fundada precisamente ese pacto original y en esa renovada confianza en la acción de las autoridades públicas en el respeto, garantía y protección de sus derechos constitucionales, de tal forma que luego de la vida, la libertad es inherente a la persona humana y como valor, principio y derecho fundamental opera como fundamento de las instituciones políticas⁷.

Luego, si primero es la persona y sus derechos que tienen un fin en sí mismo, el Estado y sus autoridades sólo pueden ser un instrumento para tal fin. Desde esta perspectiva la limitación a la libertad es una excepción pues la Constitución en esta materia ha dispuesto como garantía precisamente la reserva de ley, el debido proceso, la presunción de inocencia, el juez natural, entre otros⁸.

En consecuencia, en principio, toda afectación a la libertad personal es un daño que no tendría por qué soportarlo siempre que resulte antijurídico y le sea atribuido a la acción u omisión del Estado.

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

La responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad tiene su razón de ser desde la misma estructura y concepción de nuestro actual Estado Social de Derecho, que se fundamenta en principios esenciales como la dignidad y la libertad humana, donde se reconoce al individuo un papel determinante en el que claramente no puede ser instrumentalizado de ninguna manera, y la libertad personal constituye un baluarte incalculable en el desarrollo de cualquier proyecto de vida.

Por su parte, el principio de libertad se encuentra inescindiblemente ligado a la dignidad humana, que se desarrolla en un amplio catálogo de derechos o libertades fundamentales, constitucionalmente consagradas, que implican un ejercicio responsable de los mismos y de las autoridades al momento de reconocerlos en casos específicos. De tal manera, que se tienen postulados como el consagrado en el artículo 28 de la C.P. que reza:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁷ Constitución Política de Colombia, artículos 13 y 28.

⁸ Constitución Política de Colombia, artículos 28 a 33.

la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

A la luz de este precepto normativo, se advierten dos espectros de la libertad humana, pues por un lado hace un reconocimiento a ésta y su existencia en un sentido lato, y por otro lado, evidencia la posibilidad de limitarla, en razón de la necesidad social de investigar y sancionar las conductas punibles. Y es precisamente en este punto donde adquiere relevancia el concepto de carga pública, pues conforme al postulado constitucional todo ciudadano puede estar incurso de una investigación penal, en virtud de la cual puede afectársele su derecho fundamental a la libertad por autoridad competente, quien además al mismo tiempo es la garante y guardián de la misma, y le corresponde confrontar las pruebas e indicios que en su momento se presentan, a fin de evaluar la necesidad e idoneidad de la medida restrictiva de la libertad.

Ahora bien, es viable, y así lo previó el legislador, que en el ejercicio de la actividad jurisdiccional se cometan errores, y se incurra en una privación innecesaria e indebida de la libertad, ante cuyo evento es completamente legítimo exigir la reparar el daño causado, por quien fue detenido injustamente, de tal manera que el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 dispuso:

Art. 65. De la responsabilidad del Estado. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

A su vez, el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 señala que "quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios."; por su parte, el artículo 29 Constitucional consagra, entre otras, la presunción de inocencia.

4.3. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en el marco de la Ley 906 de 2004.

Al tenor de los artículos 90 de la Constitución Política y 66 de la Ley 270 de 1996, "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas", y "quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios".

La privación injusta de la libertad en su desarrollo jurisprudencial ha tenido tres etapas⁹: a) la teoría subjetiva o restrictiva, donde se debe demostrar o probar¹⁰ el error judicial causado por la decisión arbitraria o ilegal¹¹; b) La teoría del error judicial basado en el artículo 414

⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C", sentencia del 26 de abril de 2017, Radicación número: 63001-23-31-000-2009-00240-01(42592). CP. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 2 de mayo de 200, Expediente: 15989: "de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso"

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1 de octubre de 1992, expediente: 10923.

del Código de Procedimiento Penal¹²⁻¹³ fue ampliado pues permitió que la víctima pudiera demostrar la injusticia de la privación fundada en otras causas¹⁴; c) La objetiva bajo el título de imputación de daño especial por el evento de la privación injusta de la libertad, consignada en la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, con ponencia del Doctor Mauricio Fajardo Gómez, expediente No. 23.354.

Esta última postura se suscitó a raíz del debate que se dio frente a casos donde se absolvía al sindicado con fundamento en el principio de "indubio pro reo" pues esta no era una de las causales específicas de exclusión o de responsabilidad señaladas en la ley cuando se había decretado una medida de aseguramiento con privación de la libertad. Para resolver esta problemática la Sala Plena partió de la cláusula general de la responsabilidad Estatal establecida en el artículo 90 de la Constitución, la cual no admite que "preceptos infraconstitucionales" limiten o restrinjan su alcance, aun cuando sí pueden estar "precisados".

Cuando el sindicado de responsabilidad penal privado de la libertad es exonerado en aplicación del principio "in dubio pro reo", lo que se observa es que el proceso penal y todas las decisiones adoptadas dentro del mismo son estrictamente ajustadas a derecho; sin embargo, la injusticia de la privación de la libertad deriva de que la víctima no se encontraba en el deber jurídico de soportar los daños ocasionados por la detención preventiva, pues el Estado no pudo desvirtuar la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal, por lo tanto, "devendrá en intrascendente –en todo sentido– que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, se habrá irrogado un daño especial a un individuo".

Ahora bien, en relación con la administración de justicia, es posible evidenciar casos en los cuales puedan confluir en una misma situación, la configuración de un error jurisdiccional o un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia o de una determinada falla en el cumplimiento de las funciones a cargo del Estado, frente a lo cual, en la misma sentencia de unificación se precisó la impertinencia de considerar que, para la declaratoria de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad sea necesaria la concurrencia de alguna de las aludidas imputaciones, en atención a que el elemento estructural de la responsabilidad extracontractual del Estado, indistintamente del régimen o título que haya de aplicarse, es el daño antijurídico, argumentos que in extenso se transcriben a continuación para mayor claridad:

(...) para la Sala resulta palmario que la procedencia de la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad de las personas con ocasión de la instrucción de un proceso penal, no requiere para su operatividad de la concurrencia necesaria de un error jurisdiccional o de un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia o de una determinada falla en el cumplimiento de las funciones a cargo

¹² Otros casos de detención injusta, distintos de los tres previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, podrían ser, por vía de ejemplo, los siguientes: detención por delitos cuya acción se encuentra prescrita; detención por un delito que la legislación sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exige querrela de parte para el ejercicio de la acción penal, etc.

¹³ Decreto 2700 de 1991, artículo 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 17 de noviembre de 1995, expediente: 10056.

del Estado. Y es que la exigencia de yerros, de fallas, de actuaciones dolosas o gravemente culposas como presupuesto sine qua non exigible para que pueda configurarse la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, refleja cierta tendencia —equivocada, por supuesto, en criterio de la Sala— a confundir o entremezclar, indebidamente, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado —previstos en el inciso primero del artículo 90 constitucional— con los de la responsabilidad personal de sus agentes —consagrados en el inciso segundo ídem—, de suerte que con evidentes inconsistencia conceptual y transgresión constitucional, se exige para la declaratoria de la responsabilidad del primero, aquello que realmente sólo cabe constatar como requisito insoslayable de cara a la deducción de responsabilidad de los segundos. (...)

De otro lado, como en anteriores oportunidades lo ha expuesto la Sala, resulta pertinente explicar por qué no se requiere, ineludiblemente, la concurrencia de un error jurisdiccional o de una detención arbitraria u ordenada mediante providencia contraria la ley para que se pueda abrir paso la declaratoria judicial de responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona, puesto que a tal efecto lo único que se hace menester, atendiendo a lo preceptuado por el varias veces mencionado artículo 90 constitucional, es que se acredite la causación de un daño antijurídico a la persona privada de su libertad y que ese detrimento resulte imputable a la acción o a la omisión de la autoridad judicial respectiva. (...)

j. Todos los argumentos hasta aquí expuestos, los cuales apuntan a sustentar que el título jurídico de imputación a aplicar, por regla general, en supuestos como el sub judice en los cuales el sindicado cautelarmente privado de la libertad finalmente resulta exonerado de responsabilidad penal en aplicación del principio in dubio pro reo, es uno objetivo basado en el daño especial · como antes se anotó · , no constituye óbice para que se afirme, que en determinados supuestos concretos, además del aludido título objetivo de imputación consistente en el daño especial que se le causa a la persona injustamente privada de la libertad —y, bueno es reiterarlo, la injusticia de la medida derivará de la intangibilidad de la presunción constitucional de inocencia que ampara al afectado, de la excepcionalidad de la privación de la libertad que se concreta en su caso específico y a nada conduce, toda vez que posteriormente se produce la absolucón, con base en el beneficio que impone el postulado in dubio pro reo, pero con evidente ruptura del principio de igualdad—, también puedan concurrir los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, por error jurisdiccional o por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia. Subrayado fuera del texto original.

Por otra parte, la misma sentencia de unificación dejó planteada la posibilidad de que la privación injusta de la libertad tuviera como título de imputación la falla del servicio y ésta será, seguramente, la etapa mixta que se presenta cuando “en tales eventos, como insistentemente lo ha señalado esta Sala cuando el caso puede ser resuelto ora a través de la aplicación de un régimen objetivo, ora al amparo de uno subjetivo de responsabilidad, el contenido admonitorio y de reproche que para la entidad pública reviste la condena con base en este último título de imputación además de la ilicitud del proceder de la misma

entidad en el caso concreto determina y aconseja que el fallo se sustente en la falla en el servicio y no el régimen objetivo que hubiere resultado aplicable”.

Así las cosas, frente a personas sujetas a detención preventiva dentro de proceso penal y exoneradas mediante sentencia absolutoria o pronunciamiento equivalente o en aplicación del principio *in dubio pro reo*, en principio¹⁵, el título de imputación aplicable será el de daño especial¹⁶ excepto que se demuestre la ilicitud del proceder de la entidad caso en el cual será la falla del servicio.

4.4. Sentencia de unificación de la Corte Constitucional, sobre casos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad: SU 072 de 5 de julio de 2018.

Dado que la Corte Constitucional profirió sentencia de unificación el 5 de julio pasado, sobre la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, específicamente sobre los títulos de imputación aplicable; se hace referencia a la misma, con el fin de construir de manera integral el marco teórico de esta sentencia y definir su alcance en la solución del caso que ahora ocupa la atención de la Sala.

En dicha sentencia la Corte estudió dos acciones de tutela presentadas en contra de fallos expedidos por el Consejo de Estado en procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad.

En uno de los expedientes acumulados la Fiscalía General de la Nación afirmó que dicha corporación judicial incurrió en un defecto sustantivo, **luego de aplicar el régimen de responsabilidad objetiva a un investigado absuelto por aplicación del principio *in dubio pro reo***, a pesar de que la jurisprudencia constitucional le había dado un alcance diferente al artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

En el otro expediente, los accionantes consideraron que alto tribunal demandando, al resolver el proceso de reparación directa que promovieron por la privación injusta de la libertad de una ciudadana (absuelta por atipicidad subjetiva y de la cual son herederos), omitió aplicar una sentencia de unificación, según la cual la responsabilidad del Estado en tales casos es objetiva, sin que en su caso particular fuera procedente concluir que hubo culpa exclusiva de la víctima.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ratificó que el artículo 90 de la Constitución

¹⁵ Esta tesis fue confirmada por la Corte Constitucional en sentencia SU-072 de 2018 puesto que sostuvo que bajo el principio de *iura novit curia* es al juez a quien le corresponde determinar en cada caso particular y según las circunstancias concretas, bajo qué régimen de responsabilidad se juzga el caso, pues el artículo 90 de la Constitución y el artículo 68 de la LEAJ, no determinan un único y excluyente régimen. Ver comunicado 25 de 2018 www.corteconstitucional.gov.co

¹⁶ “En conclusión, si se atribuyen y se respetan en casos como el sub judice los alcances que en el sistema jurídico nacional corresponden tanto a la presunción constitucional de inocencia como al principio-valor-derecho fundamental a la libertad —cuya privación cautelar está gobernada por el postulado de la excepcionalidad, según se ha expuesto—, resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia al proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego absolver de responsabilidad penal al sindicado en aplicación del principio *in dubio pro reo*, haya sido un proceder ajustado o contrario a Derecho, en el cual resulte identificable, o no, una falla en el servicio, un error judicial o el obrar doloso o gravemente culposo del agente judicial, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, devendrá en intrascendente —en todo sentido— que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, se habrá irrogado un daño especial a un individuo. Y se habrá causado un daño especial a la persona preventivamente privada de su libertad y posteriormente absuelta, en la medida en que mientras la causación de ese daño redundará en beneficio de la colectividad —interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias—, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad, a aquella persona en quien, infortunadamente, se concretó el carácter excepcional de la detención preventiva y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el tantas veces aludido artículo 90 constitucional”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, expediente No. 23.354.con ponencia del Doctor Mauricio Fajardo Gómez.

Política **no establece un régimen de imputación estatal específico**, como tampoco lo hacen el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y la Sentencia C-037 de 1996, cuando el hecho que origina el presunto daño antijurídico es la privación de la libertad, por lo que es el juez administrativo el que debe establecer **el régimen de imputación a partir de las particularidades de cada caso**.

En otras palabras, consideró la Corte que, **“definir una fórmula automática, rigurosa e inflexible para el juzgamiento del Estado en hechos de privación injusta de la libertad contraviene el entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 y de paso el régimen general de responsabilidad, previsto en el artículo 90 constitucional”**.

Señaló que “determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia, el Estado deba ser condenado de manera automática, a partir de un título de imputación objetivo, **sin que medie un análisis previo del juez que determine si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede el precedente constitucional fijado”**.

Indicó la Corte respecto del artículo 65 de la Ley 270 que esta disposición por ser de “menor jerarquía” no puede limitar el alcance del artículo 90 de la Constitución, sin embargo, se ocupó de establecer el alcance sosteniendo que, primero, la Constitución no “establece un título de imputación específico”¹⁷⁻¹⁸; segundo, el Consejo de Estado ha sido consistente en que cuando se trata de la privación injusta de la libertad se puede aplicar un “sistema de responsabilidad objetiva o uno de falla del servicio”, es decir, este criterio “coincide con la jurisprudencia constitucional”, asimismo, ha señalado cuatro eventos de absolución donde debe acudir al título de imputación objetiva; tercero, “se acota que el Consejo de Estado pasa por alto que la falla en el servicio es el título de imputación preferente¹⁹ y que los otros dos títulos –el riesgo excepcional y el daño especial-, son residuales, esto es, a ellos se acude cuando el régimen subjetivo no es suficiente para resolver una determinada situación²⁰; cuarto, “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”; quinto, son las particularidades del caso las que exigen del juez administrativo que elija “qué título

¹⁷ Sentencia C-333 de 1996. Cfr. C-957 de 2014.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 19 de abril de 2012, expediente 19001-23-31-000-1999-00815-01 (21515) en la cual se dijo que: “(...) el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación. // En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia”. (Resaltado fuera del texto original). Estas consideraciones fueron reiteradas en sentencias del 23 de agosto de 2012, expediente 18001-23-31-000-1999-00454-01 (24392); del 7 de septiembre de 2015. Expediente: 85001-23-33-000-2013-00035-01(51388), Subsección C y del 25 de septiembre de 2017, expediente 25000-23-26-000-2005-02078-01(42316), Subsección B.

¹⁹ Sentencia C-254 de 2003. En SU-443 de 2016 se aceptó dicha premisa al indicarse que: “El Consejo de Estado se ha pronunciado en su jurisprudencia sobre la importancia de esta cláusula general de responsabilidad del Estado, consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política. De esta forma, ha indicado que en aquellos casos en que, como resultado de una actividad lícita del Estado, se haya ocasionado un daño a un tercero, y por lo tanto, no sea posible aplicar los criterios de la falla en el servicio o de la ilegalidad de los actos administrativos, podrá aplicarse la teoría del daño especial como título de imputación”.

²⁰ Sentencia del 26 de mayo de 2010, 13001-23-31-000-1995-00023-01(18105). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera afirmó. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2004, Radicación: 05001-23-31-000-1992-1484-01(15791); Actor: Ana Julia Muñoz de Peña y otros; Demandado: Nación - Mindefensa - Policía Nacional. (...); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de marzo de 2005, Radicación: 85001-23-31-000-1995-00121-01(14808); Actor: María Elina Garzón y otros; Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Y más reciente, la Subsección B, sentencia del 14 de septiembre de 2017, expediente 13001-23-31-000-2003-01929-01(43413), en la cual se hicieron las siguientes referencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de julio de 1993, Exp. 8163 y del 16 de julio de 2008, Exp. 16423.

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**"; sexto, hay dos casos – "el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica"- donde "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", los demás deben juzgarse según sus particularidades; sin embargo, deben hacerse armonizaciones según "desafíos normativos"; séptimo, en conclusión, insiste la Corte Constitucional en que la "única interpretación posible 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*²¹, 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 sentido podemos concluir que esta alta Corte establece que no se puede determinar un régimen único de responsabilidad ya sea objetivo o subjetivo, no obstante, sin importar el mismo, el juez deberá verificar si la medida fue legal, razonable y proporcional, de acuerdo con las normas aplicables para cada caso en concreto.

Sobre este tema, la Convención Americana de DDHH, ha señalado que la legitimidad de la detención preventiva no deviene solamente del cumplimiento de los requisitos legales formales, sino que también se haya adoptado bajo un juicio de proporcionalidad, convicción y necesidad²².

Justamente, sobre este punto, el Consejo de Estado²³ ha definido dichos parámetros de la siguiente manera:

En cuanto a la **necesidad** de la prisión preventiva, la Corte IDH ha precisado, de tiempo atrás, que la restricción de la libertad no debe ir "más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva", pues en tal caso vulneraría el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH), además del artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ha precisado la jurisprudencia interamericana, además, que la detención solo es necesaria cuando no existan medidas de menor gravedad que permitan garantizar los fines del proceso.

(...) La privación de la libertad no debe prolongarse cuando desaparezcan los motivos que la hicieron necesaria. Pero, aun cuando subsistan las razones que dieron lugar a la detención preventiva, esta no debe tener una duración que equivalga a la pena, con lo que el imputado tendría un trato tan gravoso como el que hubiera tenido una persona condenada. De no ser así, la medida resultaría **desproporcionada**, lo que constituiría una vulneración de los

²¹ 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".

²² CIDH, caso López Álvarez Vs. Honduras.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 16 de diciembre de 2020, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, Rad. 05001-23-31-00-2011-01510-00(51218).

artículos 8.2 y 7.5 de la Convención ADH, como lo ha considerado la Corte IDH.

(...) Aparte, ha advertido la Corte IDH que el artículo 7.5 de la Convención ADH conlleva "una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud los procesos penales en los que el imputado se encuentre privado de libertad". Ello impide mantener a un sujeto bajo privación preventiva de la libertad por un tiempo superior al **razonable**, lo que se determina a partir de factores como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso. La complejidad del caso, a su vez, se define teniendo en cuenta los hechos, así como las dificultades probatorias que la investigación conlleve, lo que, su vez, constituyen unos parámetros de diligencia de las autoridades. La necesidad de mantener en prisión al detenido podrá, en todo caso, imputársele al detenido, cuando obstaculice deliberadamente la investigación, mas no por la mera imposición de recursos.

En conclusión, se retomará una tesis mixta frente a la anterior tesis de responsabilidad objetiva del Estado en los casos donde el procesado haya sido absuelto por el principio de *in dubio pro reo*, por consiguiente resulta imperioso estudiar si se encuentra acreditado el primer elemento de la responsabilidad patrimonial, esto es, el daño antijurídico, que parte de analizar si la imposición de la medida de aseguramiento fue proporcional, razonable y apropiada.

La excepción a dicha regla general serán los casos donde se haya absuelto al procesado porque **i)** el hecho no existió o **ii)** la conducta era objetivamente atípica. En esos dos supuestos, privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionado. Allí, se aplica un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.

4.5. Aclaración respecto a la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 del Consejo de Estado y la sentencia del 6 de agosto de 2020, mediante la cual se cumplió con el fallo de tutela proferido por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Se tiene que la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 15 de agosto de 2018, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del proceso tramitado bajo el número de radicado No. 2011-00235-01 (46947) fue dejada sin efectos a través de la sentencia de tutela del 15 de noviembre de 2019, dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2019-00169-01 Demandante: Martha Lucía Ríos Cortés y otros Demandado: Consejo de Estado - Sección Tercera, ordenando a la demandada que en el término de 30 días, profiriera un fallo de reemplazo en el que, al resolver el caso concreto y teniendo en cuenta las consideraciones que sustentan esta decisión valore la culpa de la víctima sin violar la presunción de inocencia de la accionante.

A través de sentencia del 06 de agosto de 2020, la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió nuevo pronunciamiento judicial, en cumplimiento de la orden de tutela emitida, esta vez, sin que fuera de unificación²⁴. En esta oportunidad, y siguiendo los postulados establecidos por la Corte Constitucional en sentencia SU 072 de 2018, reiteró que, en todo caso, "el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento", por lo que

²⁴Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: José Roberto Sábica Méndez. Radicación No. 66001-23-31-000-2011-00235-01(46.947). Providencia del 6 de agosto de 2020.

debía analizarse si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido, pues en caso de no serlo, se podría llegar a ver comprometida la responsabilidad del Estado.

En este sentido, señaló la máxima Corporación que el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, como quiera que debe determinarse si la medida restrictiva y transitoria de la libertad resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico atribuible a la administración.

Así las cosas, si bien no resulta procedente dar aplicación a la sentencia de unificación antes referenciada, lo cierto es que la nueva sentencia constituye precedente reiterativo de la posición judicial que ha adoptado la Corte Constitucional y la justicia contencioso administrativa, motivo por el cual, conforme a los hechos probados en la demanda se realizará el respectivo juicio de imputación que corresponda conforme a los postulados antes enunciados y siguiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia de SU 072 de 5 de julio de 2018.

V. CASO CONCRETO.

1. Medios de prueba relevantes.

En el curso del proceso fueron allegadas las siguientes pruebas, a las cuales se confiere mérito probatorio conforme a la ley y a la jurisprudencia²⁵:

- 1.1. Carta de fecha 1º de marzo de 2011 suscrita por el señor Jaime Gutiérrez manifestado que recibió del señor José Hildebrando Morales Virgüez la suma de \$2.000.000 por concepto de pago de honorarios dentro del proceso No. 11001600009720100061. (fl. 14 Cuaderno pruebas 2)
- 1.2. Oficio No. 113 COMEB-OFAJU-SEC del 24 de mayo de 2018, suscrito por el responsable del grupo de gestión legal del interno del COMEB, donde informa que el señor José Hildebrando Morales Virgüez estuvo privado de la libertad en el Complejo Carcelario y penitenciario Metropolitano en su condición sindicado por los delitos de Concierto para delinquir, fabricación tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, estando a cargo del juzgado 38 Penal Municipal de Bogotá con el proceso No. 11001600009720100061 con fecha de captura 24 de septiembre de 2010, fecha de ingreso 26/09/2010 y fecha de salida 25 de febrero de 2012. (fl. 17 cuaderno pruebas 2)
- 1.3. Copia de extractos de noticias para los meses de septiembre y octubre de 2010, relacionados con la captura del señor José Hildebrando Morales Virgüez. (fls. 18 a 33 cuaderno pruebas 2)
- 1.4. Sentencia del 15 de enero de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, dentro del proceso con radicado No. 110016000000201000920 NI: 2011-00024, donde se decide absolver al señor José Hildebrando Morales Virgüez de los delitos de Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de unos privativo de las fuerzas armadas agravado y concierto para delinquir agravado, resaltándose de la misma lo siguiente:

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Magistrado Ponente Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Expediente 25.002.

I. HECHOS

(...) **Mediante información suministrada por una fuente humana no formal, la Sección de Análisis Criminal -SAC- adscrita al CTI, pone en conocimiento de las autoridades la existencia de una organización criminal dedicada al tráfico de material de guerra;** y tras adelantar labores de vigilancia y seguimiento, así como interceptación de **llamadas telefónicas, inspecciones judiciales y búsqueda selectiva en base de datos; se logró establecer que la mayoría de sus miembros pertenecen o pertenecieron a las Fuerzas Militares de Colombia o a los organismos de seguridad del Estado**, que por su conocimiento, rango, posición o contactos facilitaban las funciones de proveer, almacenar, ensamblar, comercializar, financiar, legalizar, reparar y transportar el material de guerra e intendencia para ser entregado a los frentes guerrilleros y bandas criminales con injerencia en Cundinamarca, Meta, Antioquia, Cauca, Valle del Cauca, Nariño, Norte de Santander, Atlántico y Caquetá; así como el no registro de los antecedentes penales de algunos de ellos en la base de datos del DAS; y por cuya labor obtenían ganancias por más de \$100'000.000 de pesos mensuales, dándole apariencia de legalidad mediante su transferencia a las cuentas de ahorro de familiares del cabecilla, identificado como HORACIO LÓPEZ CALLE/ alias "Gafas", siendo sus personas de confianza, Jhony Fred Yossa Moreno, Edinson Vásquez Pastrana, alias "Pitucho" y su esposa, Mónica Patricia Vásquez Serrano.

(...) Respecto al aquí acusado, José Hildebrando Morales Virgüez quien fuera suboficial del ejército Nacional, la Fiscalía le atribuyó ser el encargado de reparar y ajustar las armas de corto y largo alcance comercializadas ilegalmente por alias "Gafas" "nacho" "Esteban " o "Gordo" en razón a que de acuerdo a la Fiscalía tenía experiencia en la reparación y ensamblaje de armas de guerra.

(...) **4.1. De la imputación y acusación.**

(...) El 1º de abril de 2011, la Fiscalía presentó escrito de acusación, **y el 7 de julio del mismo año, se imprueba preacuerdo presentado por las partes (...)**

4.4 Alegatos finales:

4.4.1. Fiscalía:

Refirió la delegada Fiscal que en el presente evento, la acreditación de la materialidad de las conductas halla sustento en las interceptaciones telefónicas realizadas por funcionarios del CTI, de las cuales se deduce la permanente vinculación del acusado con miembros de la organización delincriminal así como con su líder, siendo relevante su rol desempeñado dentro de la misma en la reparación de las armas traficadas atendiendo su conocimiento como

suboficial del Ejército Nacional, resaltando que el carácter ilícito de la organización se deduce del lenguaje cifrado perceptible de los audios interceptados, indicando que se reúnen los elementos que configuran el delito de Concierto para delinquir, pues de las probanzas allegadas se logró advertir que entre el acusado y el grupo criminal compartían una comunión ideológica por fuera del servicio, siendo cuestionable que un ex miembro de las FFAA facilitará tareas delictivas encaminadas al armado y reparación de material bélico con destino al grupo insurgente de las FARC, por lo que solicita se profiera condena en contra del acusado como coautor de los delitos de Tráfico de armas de uso privativo de las FFMM y Concierto para delinquir agravado en atención a su condición de ex suboficial.

(...)

VI. CONSIDERACIONES

(...)

5.1.1. Del concierto para delinquir agravado. (...)

En el caso sub judice, luego de adelantarse las labores investigativas, **tales como seguimiento de personas, inspecciones a otros procesos, búsqueda selectiva en base de datos e interceptaciones telefónicas**, conforme a lo declarado el 28 de abril de 2014 por la Investigadora del CTI, Silvia Yamile Suárez Rodríguez; pudo establecerse la existencia de una organización criminal dedicada al tráfico de material bélico, liderada por Horacio López (...) entre otros, con destino al grupo armado al margen de la Ley FARC.

(...) Conversaciones a las que también hizo alusión ante este estrado, Jhon Alonso Aguilar Pardo, Investigador que participó en el monitoreo de algunas líneas telefónicas, quien manifestó que en una de las llamadas los interlocutores hablan si un material que les llegó se encuentra o no anillado, o si se deben cambiar los disparadores de los fusiles, en otra se dialoga respecto a si ya se encuentra listo un material el cual solo faltaba "templarlo", así como que los motores no los pudieron arreglar; advirtiéndose así el diálogo constante entre los diferentes miembros de la organización con el fin de planear la venta de armamento y municiones o de realizarla de forma efectiva.

(...) 5.2. De la responsabilidad del procesado. (...)

En efecto, la investigadora Silvia Yamile Suárez Rodríguez, manifestó que suscribió el Informe ejecutivo de fecha 26 de enero de 2010, el cual le fue puesto de presente para refrescar memoria, donde se anexa la información de la fuente no formal frente a la existencia de la organización criminal, en el que se identifica a diferentes integrantes de la banda, mencionando a Alías primero, esposo de alias Rocio", y **tras posteriores labores de inspección del personal registrado en el Comando del Ejército Nacional, cuyo resultado fue consignado por ella en el Informe de investigador de campo del 10 de Septiembre de 2010, se**

estableció que habían 4 miembros activos — del Ejército Nacional y 6 retirados, extrayendo las hojas de vida de cada uno de ellos, dentro de las cuales se encuentra la del aquí acusado, retirado de la fuerza pública y especialista en armamento.

(...) Es así como de los audios reproducidos por la testigo en comento, resaltó la investigadora la **existencia de una relación constante entre el aquí acusado y Luis Horacio López, líder de la organización, del que introdujo como prueba IB (No.4 para el despacho), la inspección realizada el 12 de Agosto de 2010 a la noticia criminal 2010-80006 (2008-00922) en la Fiscalía 59 Seccional de Medellín, producto de la cual se le incautó material bélico, indicando la testigo que de las conversaciones se desprende que la función desarrollada por el procesado era la de armero, para lo cual se trasladaba a campamentos de las FARC, saliendo desde Pasto con Alías Gafas.**

De la revisión de los audios se extrae claramente que los interlocutores entablan conversaciones respecto de todo lo concerniente a los arreglos de un material bélico al que se refieren mediante lenguaje en clave tal como se dejó expuesto en el acápite pertinente a la materialidad del punible de Concierto para delinquir y que fuera analizado por el investigador Jhon Alonso Aguilar Pardo, quien suscribió los informes contentivos de las interceptaciones acotadas, **señalando que el abonado 312 2431326 era el utilizado por el aquí acusado, conocido con el Alías Mi Primero, quien al parecer era quien se encargaba de reparar las armas para comercializarlas, siendo la persona de confianza de Alias Gafas.**

(...) producto de la escucha de los audios refirió la investigadora líder que se realizó un organigrama contenido en la prueba ID(No.6 para el despacho), **en el que se ubicó al acusado como uno de los proveedores y armero de la organización, a quien le fueron incautadas unas máquinas troqueladoras y se le encontró un mini taller que incluía un motor de pulidora, una prensa y partes de armas pequeñas, para el momento del allanamiento;** sin embargo, refirió que no estuvo presente en el mismo, pero tuvo conocimiento que se le halló un sobre de manila marcado con el nombre de MÓNICA, quien es la esposa del jefe de la organización, **así como implementos para la reparación de armamento, conforme a la fijación fotográfica realizada.**

(...) Pues bien, conforme a lo señalado por la investigadora líder, al unísono con los demás testigos de cargo, el estrado puede **concluir que la identidad del aquí acusado fue inferida por parte del grupo investigador a partir de una conversación en la cual el hermano del líder de la organización, Alías JULIÁN, llama al individuo que se conocía como MORALES y éste le da sus datos,**

siendo la forma en la que se enteran que está en Pasto y determinando así que su identidad corresponde a la de JOSÉ HIDELEBRANDO MORALES VIRGÚEZ, **en virtud a una inspección realizada al Comando del Ejército Nacional, de donde extrajeron su hoja de vida y verificaron que su especialidad era la de armero, indicando Jhon Alexander Ramos que halló correspondencia del aquí acusado con la organización en razón a que su especialidad como armero coincidía con el hecho que la estructura comercializaba las armas por partes con el fin de evitar ser sorprendida por las autoridades, no habiendo más miembros con dicha especialidad.**

(...) Nótese igualmente que si bien es cierto la investigadora SILVIA YAMILE SUAREZ refirió que en el allanamiento practicado al inmueble ocupado por el justiciable se encontró un motor de pulidora, una prensa **y partes de armas pequeñas, también lo es que no se acreditó en manera alguna que dichas herramientas fueran utilizadas para reparar armas, y mucho menos se estableció más allá de toda duda que las partes encontradas en efecto correspondieran a elementos bélicos en virtud a que la mencionada testigo refirió no ser perito y la fiscalía tampoco allegó estudio pericial alguno que indicara si en efecto las partes encontradas correspondían a material bélico o no, circunstancias que estructuran pluralidad de dudas razonables con relación a la naturaleza del material encontrado el día del allanamiento.**

(...)” (fls. 65 a 83 Cp1)

- 1.5. Sentencia de segunda instancia proferida el 26 de agosto de 2016, por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Plena, dentro del proceso con radicado No.11001600000020100092003, confirmado la decisión de la sentencia impugnada de fecha 15 de enero de 2016, por el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Bogotá, dentro del cual se resalta las siguientes consideraciones:

“(…)

VI. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN.

(…) La sección de análisis criminal SAC, adscrita al CTI Cundinamarca y Amazonas, puso en conocimiento la existencia de una organización criminal dedicada al tráfico de material de guerra, explosivos, armas y municiones, en distintos departamentos que tenía como destino las FARC.

Grupo delincuencia liderado por alias "GAFAS", "ESTEBAN", "EL GORDO" o "NACHO", y en el que participaban, entre otros, su esposa MÓNICA PATRICIA VÁSQUEZ, y **servidores activos y retirados de la Fuerza Pública.**

con la testigo SILVIA YAMILE SUÁREZ RODRÍGUEZ se probó **que, mediante las inspecciones judiciales realizadas y la consulta a**

base de datos del Comando del Ejército Nacional, el acusado era miembro e integraba la organización criminal con el alias de "PRIMERO", toda vez que se interceptaron varios abonados telefónicos que arrojaron elementos de la estructura y existencia del grupo, lo que permitió conocer que éste traficaba y comercializaba armas de fuego, en cuyas operaciones sus miembros se comunicaban e identificaban por sus alias, mas no por sus nombres.

Explicó que los métodos de investigación criminal utilizados (**como las interceptaciones, vigilancias y seguimientos, inspecciones judiciales, búsquedas selectivas en bases de datos, y análisis y descifrado de vocabulario, y de la información arrojada en las comunicaciones**) permitieron individualizar a 33 personas, miembros y colaboradores de la organización criminal, a partir de 5 mil audios obtenidos, conforme a los cuales se determinó que el grupo se organizaba jerárquicamente y con repartición de funciones específicas, como eran proveer, almacenar, ensamblar, comercializar, asesorar, financiar, reparar y transportar material de guerra e intendencia con destino a distintos frentes de las FARC, con presencia en algunos departamentos del territorio.

(...) Asimismo, se probó a partir de las interceptaciones, que la organización comercializaba distintos materiales bélicos, respecto de las cuales, sus miembros, **en los que se incluye el procesado, se comunicaban utilizando un lenguaje secreto y que fue analizado y descifrado por los investigadores.**

(...) En tal sentido, este sujeto, alias GAFAS conseguía el material de guerra e intendencia con diferentes militares y civiles, teniendo como fin abastecer, entre otros, la frente 36 de la FARC.

Este hombre sostuvo comunicación directa con el acusado, controlaba el manejo de los contactos, el transporte, la logística, la comercialización de los materiales de guerra y los temas de las finanzas. Así, en el desempeño de dicho rol, se probó que mantuvo conversaciones con JOSÉ HILDELBRANDO MORALES, 10 que se supo a través de las interceptaciones reproducidas en juicio.

(...) **Indicó que se probó con la investigación de ocho meses que JOSÉ HILDELBRANDO MORALES VIRGÜEZ sostenía conversaciones con LUIS HORACIO LÓPEZ CALLE, las cuales eran secuenciales,** pues las tenían una tras otra, de alta confianza, y a partir de ellas se tuvo noticia que pactaron los términos a utilizar en las mismas, y que se conocían telefónicamente y en persona, porque estaban en distintas ciudades y departamentos. (...)

Dicha realidad se vislumbra con el testimonio de SILVIA YAMILE SUÁREZ RODRÍGUEZ, quien expuso el álbum fotográfico del lenguaje cifrado, las diligencias de investigación realizadas en Antioquia, Cauca, Valle del Cauca

y otras, el organigrama del grupo delictivo, la relación de teléfonos celulares objeto de interceptación y el material incautado el 20 de septiembre de 2010.

(...)

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...) Tal proyección, inicia la Sala indicando que a partir de las versiones de los investigadores de policía judicial, surtidas en el juicio, más concretamente lo depuesto por la investigadora SILVIA YAMILE SUÁREZ RODRÍGUEZ, se observa la demostración inequívoca de la existencia de una agrupación criminal dedicada a la comercialización ilícita de armas de fuego ensambladas o segmentadas, de uso privativo de las Fuerzas Armadas, las que tenían como destino el grupo irregular denominado FARC-EP , concretamente, los Frentes 51 en Cundinamarca, 53 en Antioquia, 21 que opera en Tolima, Cauca, Medellín y nordeste antioqueño, 38 y 36, los que también tienen acción en Antioquia y Nariño.

(...) Todo este cúmulo de información se obtuvo a partir de distintos actos de investigación, esto es, inspecciones judiciales a procesos seguidos en contra de los integrantes de la empresa criminal, al Comando del Ejército Nacional y a la Registraduría Nacional del Estado Civil; **allanamientos a las residencias de los miembros de la organización, búsquedas selectivas en base de datos, seguimientos y vigilancias a personas capturadas e incautaciones de material de guerra.**

De dichas labores, participaron los agentes pertenecientes al grupo de investigadores de la Sección de Análisis Criminal- SAC- Cundinamarca del CTI, esto son, los ya mencionados SILVIA YAMILE SUÁREZ RODRÍGUEZ, JHON ALEXANDER RAMOS, JHON ALFONSO AGUILAR CANO, RAMIRO HERNANDO SERRANO ROBLEDO Y SANDRA MERCEDES GÓMEZ RUBIO.

Operativos que fueron posibles a partir del monitoreo y análisis de las grabaciones de comunicaciones interceptadas, a los miembros del grupo delictual.

Además, según lo depuesto por SILVIA YAMILE SUÁREZ, contaba la empresa con otros integrantes, que o bien retirados, ora activos, pertenecían a grupos de seguridad del Estado, como el extinto DAS, el CTI y las Fuerzas Armadas de Colombia.

Miembros dentro de los cuales existían los que se encargaban de actividades de armería, como son el mantenimiento, ensamblaje, reparación, ajustes, rearme y desarme de los materiales de combate, objeto del ilícito tráfico. **En este orden, SILVIA YAMILE SUÁREZ**

explicó que para dicho cometido la organización contaba con sujetos activos o retirados de la Fuerza Pública, entre otros estamentos, del Ejército Nacional.

(...) Luego, conforme se desarrolló la investigación, se obtuvieron grabaciones de comunicaciones interceptadas de miembros de la empresa criminal, y a partir del análisis de tales audios, se decidió realizar la inspección judicial al archivo del Comando del Ejército Nacional de Pasto - Nariño, en donde se halló la hoja de vida de JOSÉ HILDEBRANDO MORALES VIRGÜEZ, la que informa que era Sargento Viceprimero retirado de las Fuerzas Militares, especializado en armamento.

Circunstancia esta última que, al igual que su identidad plena, fue estipulada por las partes, de manera que, no hay duda de que el encartado ostenta conocimientos especializados en armería.

Entonces, según la teoría del ente acusador, respecto de la contribución de JOSÉ HILDEBRANDO MORALES VIRGÜEZ en la empresa criminal, bajo los roles de reparador (armero) y traficante (proveedor) de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, existe evidencia física en disco compacto, entregada por el analista RAMIRO HERNANDO SERRANO a la investigadora SILVIA YAMILE SUÁREZ RODRÍGUEZ, con interceptaciones a las comunicaciones presuntamente sostenidas por el procesado, al utilizar la línea de celular 3122461326.

(...) **Lo anterior, habida cuenta que ellos realizaron el trabajo técnico de interceptación, análisis y monitoreo de las comunicaciones, respecto de las cuales SILVIA YAMILE SUÁREZ RODRÍGUEZ basó su conocimiento, junto con los demás hallazgos, para afirmar que quien participaba en estas era JOSÉ HILDEBRANDO MORALES VIRGÜEZ.**

(...) De manera que, si bien son concluyentes y certeras las interceptaciones telefónicas, en vincular al sujeto hablante con las acciones de la empresa criminal, respecto de sus funciones como armero, especialmente las de 24⁴⁸ 28⁴⁹ 29⁵⁰ 30⁵¹ y 31⁵² de julio de 2010, no puede concluirse a partir de las mismas que se trata, **indudablemente**, de JOSÉ HILDEBRANDO MORALES VIRGÜEZ. (...)

Además, de acuerdo con lo declarado por los testigos JHON ALEXANDER RAMOS, RAMIRO SERRANO ROBLEDO y su líder SILVIA YAMILE SUÁREZ, a partir de lo escuchado en la **llamada referida de 24 de agosto de 2010, dicha información se corroboró en las labores posteriores, tras la obtención de la identidad y profesión del aquí acusado, al inspeccionarse el Comando del Ejército Nacional en Pasto, en donde se obtuvo la hoja de vida, a partir de la cual se estableció que el hablante se llama JOSÉ**

HILDEBRANDO MORALES VIRGÜEZ y que era Sargento Viceprimero retirado del Ejército Nacional, especialista en armamento; e igualmente, con los allanamientos a la residencia de éste ubicada en la mencionada ciudad y en la de LUIS HORACIO LÓPEZ CALLE, en Bogotá, realizadas simultáneamente a las 4 de la mañana el 20 de septiembre de 2010, en donde fueron hallados elementos que, según los deponentes, conectan el contenido de las llamadas con lo allí encontrado.

Empero, sobre el primer aspecto, esto es, que el interlocutor se identificó como "JOSÉ MORALES", y consecuentemente se halló en el Comando del Ejército Nacional de Pasto - Nariño, información sobre la identidad, profesión y especialidad del encartado, **insiste la Sala en que se trata de unos indicios contingentes, porque ofrecen multiplicidad de posibilidades, en la medida que, la única forma de tener certeza de que JOSÉ HILDEBRANDO MORALES VIRGÜEZ era uno de los hablantes de la llamada, es que se hubiera determinado que él es el único JOSÉ MORALES, entre servidores activos y retirados del Ejército Nacional, con especialidad en armamento o armería.**

(...) **Igual situación ocurre con lo relacionado con el acto de allanamiento hecho en la residencia del procesado, en el que participó RAMIRO HERNANDO SERRANO ROBLEDO, en cuanto a que allí se halló un taller de trabajo en el que había una pulidora, una prensa, y una gaveta en la que se encontraron herramientas y tornillos, así como, al parecer, partes de armas pequeñas, e igualmente, un sobre de manila dirigido a JOSÉ HILDEBRANDO, remitido por MÓNICA PATRICIA VÁSQUEZ SERRANO, y 3 memorias de almacenamiento de datos, USB.**

Objetos que, según la teoría del ente acusador, específicamente las herramientas y fragmentos de armas, eran presuntamente usadas en la ilícita actividad que JOSÉ HILDEBRANDO MORALES VIRGÜEZ ejecutaba para la estructura criminal, en virtud de las reparaciones de los materiales bélicos traficados por esta; argumento que no obtuvo corroboración probatoria en el proceso, en la medida que no se trajo al juicio medio de convicción que informara que, en efecto, las herramientas, pulidora y prensa encontradas son propias para ser utilizadas en labores de arreglo de armas de fuego y que las piezas halladas son partes de este tipo de artefactos. (...)

Adicionalmente, JHON ALEXANDER se contradice y muestra evidente incertidumbre acerca de su conocimiento, lo que debilita su versión, pues indicó no estar seguro cuál fue la primera ocasión en la que vio al procesado, esto es, si fue en el evento social que tuvo lugar el 4 de septiembre de 2010 en el barrio Carvajal, o si lo fue cuando se realizaron las diligencias de capturas.

Y es que, al respecto JHON ALEXANDER RAMOS afirmó que a partir del seguimiento que se hizo de personas y cosas, o "labor de calle", le permitió individualizar a distintas personas pertenecientes a la red delincencial, que no se tenían identificadas, incluyendo a José Hildebrando Morales.

(...) De modo que, la conclusión relativa a que JOSE HILDEBRANDO MORALES VIRGÜEZ era el sujeto que en las conversaciones telefónicas se le conocía como " MI PRIMERO" " MI SARGENTO" -2 MI PRIMI", "JOSÉ" y/o "JOSECITO" o JOSÉ MORALES, está sustentada en deducciones contingentes que dejan espacio para la duda, la perplejidad y la incertidumbre.

(...) Y en el caso sub examine, contrario a lo afirmado por la censora, del análisis conjunto de los medios de convicción, **no se alcanza la certeza probatoria para condenar que exige el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, pues de su valoración y alcance no surge suficientemente demostrado que el acusado se haya comportado como armero de la estructura delictual de marras.**

(...) Por consiguiente, como en el caso sub examine surge una duda insalvable respecto de la responsabilidad del acusado en la ejecución de las conductas de concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas, por las cuales fue llamado a juicio, se impone resolver dicha duda en su favor, emitiendo fallo de carácter absolutorio. (...)

Por último, la Colegiatura llama la atención a la representante de la fiscalía por el descuido advertido en el manejo de la presente investigación, ya que no se preocupó por allegar al juicio los **medios de convicción necesarios y que tenía a su alcance para sustentar su acusación, quedando evidenciado un profundo vacío probatorio que pudo suplirse con el despliegue de una adecuada diligencia**, la cual pretendió trasladar a esta Corporación." Negrilla fuera de texto. (fls. 87 a 160 Cp1)

- 1.6. Interrogatorio de parte al señor José Hildebrando Morales Virgüéz, quien procede a decir sus generales de ley; posteriormente contesta las preguntas formuladas por el apoderado de la Rama judicial, frente a las cuales manifiesta que fue investigado por la Fiscalía General de la Nación, por lo que se le realizaron dos capturas, la primera en un allanamiento a su casa, la cual fue declarada ilegal, y la segunda en un establecimiento en la ciudad de Pasto; aclara que la Fiscalía ante el Juez de control de Garantías leyó unas supuestas interceptaciones donde afirmaban que el pertenecía a una organización, sin embargo nunca fueron escuchadas estas conversaciones, ni tampoco en el desarrollo de la audiencia; indica que la juez de Garantías quiso realizar un cotejo de la voz pero la Fiscalía renunció a tomar el mismo; señala que el señor Fiscal realizó una lectura de las interceptaciones pero

los audios no fueron escuchados en audiencia; **indica que su defensor no interpuso recurso de apelación contra la decisión que impuso la medida de aseguramiento.** (fls. 285 a 287 Cp1)

2. Análisis jurídico y probatorio.

Procede la Sala a enunciar los hechos que resultaron probados dentro del expediente:

- El demandante José Hildebrando Morales Virgüéz fue privado de su libertad desde el 26 de septiembre de 2010 al 25 de febrero de 2012 (1.2) dentro del proceso adelantado en su contra por la conducta punible de Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas y concierto para delinquir agravado. (1.2)

- La Fiscalía General de la Nación inició investigación la cual finalizó con sentencia absolutoria proferida el 15 de enero de 2016 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, dentro del proceso con radicado No. 110016000000201000920 NI: 2011-00024 (1.4), siendo confirmada en segunda instancia el 26 de agosto de 2016, por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Plena, esto como quiera que con los medios probatorios obrantes en el expediente, no se alcanza la certeza probatoria de demostrar que el acusado sea responsable por las conductas de concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas (1.5)

En este orden, para resolver este argumento la parte actora resulta necesario desarrollar cada uno de los elementos de la responsabilidad extracontractual, así:

2.1. Del daño.

El primer elemento que se debe constatar es la existencia del daño, el cual además, debe ser antijurídico, pues "un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado"²⁶

Para que un daño sea indemnizable, deben acreditarse los siguientes presupuestos: i) que es antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesione un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limite a una mera conjetura.²⁷

Dentro del sub lite se encuentra acreditado el daño ocasionado al demandante José Hildebrando Morales Virgüéz en lo que se refiere a la privación de la libertad y a la que fueron sometido desde el 26 de septiembre de 2010 al 25 de febrero de 2012 (1.2) como consecuencia del proceso adelantado por la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial por el delito de concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas. (1.4 y 1.5)

2.2. Estudio de la antijuridicidad del daño e imputación.

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. CP: Hernán Andrade Rincón. Sentencia del 16 de julio de 2015. Exp. No. 28.389. Ver también: i) radicado No. 38.824 del 10 de noviembre de 2017, ii) radicado No. 50.451 del 10 de noviembre de 2017 y iii) radicado No. 42.121 del 23 de octubre de 2017.

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. MP: Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia del 8 de mayo de 2019. Radicado No. 47.390.

Tal como ha sido señalado por la jurisprudencia contencioso administrativa y constitucional, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria por aplicación del principio de *in dubio pro reo* o equivalente, no deviene de forma automática la declaratoria de responsabilidad del Estado, pues independientemente del régimen de responsabilidad que se ha aplicado, el primer elemento que debe demostrarse es la antijuridicidad del daño ocasionado.

Teniendo en cuenta que el caso *sub lite* gira en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño ocasionado con la privación de la libertad del señor José Hildebrando Morales Virgüéz, conforme a la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU-072 de 5 de julio de 2018, **se deberá analizar** si la decisión que privó de la libertad al demandante fue legal, razonable y proporcionada, por lo que tenía el deber jurídico de soportarla, máxime cuando las sentencias penales absolutorias a favor del demandante fueron sustentadas en el principio de *in dubio pro reo*, debido a que la valoración de las pruebas arrojó dudas insalvables sobre su culpabilidad.

Por lo tanto, la Sala debe analizar si la detención preventiva de la que fue objeto el demandante resultó necesaria, proporcional y razonable, según se pasa a estudiar.

El artículo 308 de la Ley 906 de 2004, establece que:

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 partícipe 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 (negrita fuera del texto original).

Ahora, si bien es cierto, no se allegó dentro del sub lite la audiencia donde se ordenó la medida de aseguramiento en contra de señor José Hildebrando Morales Virgüéz²⁸, encuentra la Sala que con los elementos materiales probatorios obrantes en el expediente se puede estudiar, si la referida decisión cumple con los presupuestos legales antes esbozados.

Entonces, conforme a las sentencias del 15 de enero de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, dentro del proceso con radicado No.

²⁸ Pese a que el expediente penal se allegó dentro del sub lite, el juez de primera instancia no lo tuvo como prueba como quiera que ya se había cerrado la etapa probatoria y con las pruebas obrantes en el expediente eran suficientes para decidir el fondo del asunto (fls.321 y 322 Cp3) situación frente a la cual las partes no manifestaron nada al respecto, y tampoco en segunda instancia solicitaron que se tuviera en cuenta esta prueba.

110016000000201000920 NI: 2011-00024 y del 26 de agosto de 2016 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Plena (1.4 y 1.5) se puede extraer que la referida medida de aseguramiento, se fundamentó en las siguientes inferencias:

- i) El seguimiento y vigilancia, así como interceptaciones telefónicas, inspecciones judiciales y búsqueda selectiva de datos realizados por la Policía Judicial, al igual que información suministrada por fuente humana, se logra establecer la existencia de una organización criminal dedicado al tráfico del material de guerra donde sus miembros pertenecen o pertenecieron a las Fuerzas Militares de Colombia o a organismos de seguridad del Estado, quienes facilitaban las funciones proveer, almacenar, ensamblar, comercializar, financiar, legalizar, reparar y transportar el material de guerra e intendencia para ser entregado a los frentes guerrilleros y bandas criminales con injerencia en varios departamentos de Colombia.
- ii) Conforme a los audios interceptados por los investigadores de la Policía judicial a varios miembros de la organización criminal, se concluyó que: a) existía una relación constante entre el señor José Hildebrando Morales Virgüéz y el señor Luis Horacio López, líder de la organización; b) el abonado 312 2431326 era el utilizado por el aquí demandante acusado dentro del proceso penal, conocido con el Alías Mi Primero, quien al parecer era quien se encargaba de reparar las armas para comercializarlas; c) se identificaban en los audios que el hermano del líder de la organización llamaba a un individuo que se conocía como "MORALES", y además en ocasiones el interlocutor se identificaba como "JOSÉ MORALES"; d) el procesado señor José Hildebrando Morales Virgüéz se comunicaba utilizando lenguaje secreto el cual fue analizado y descifrado por los investigadores; e) como consecuencia de estas interceptaciones se realizaron allanamientos, y lo encontrado en los mismos conectan con el contenido de las llamadas.
- iii) Como consecuencia de las interceptaciones telefónicas y seguimientos a varios de los miembros de la empresa criminal, se realizó un allanamiento al lugar de residencia del demandante José Hildebrando Morales Virgüéz donde se incautó material bélico, máquinas troqueladoras, se le encontró un mini taller que incluía un motor de pulidora, una prensa, partes de armas pequeñas e implementos para reparar el armamento²⁹.
- iv) Se realizaron inspecciones por la misma policía judicial con las cuales se pudo demostrar que el señor José Hildebrando Morales Virgüéz fue ex suboficial del Ejército Nacional, y tenía experiencia en la reparación y ensamblaje de las armas de guerra (especialista en armamento).
- v) Se realizó seguimiento por parte del investigador Jhon Alexander Ramos denominado "labor de calle" el cual permitió individualizar a distintas personas pertenecientes a la red delincencial, incluyendo al aquí demandante.

²⁹ Pese a que la parte actora se advierte que el allanamiento realizado el 20 de septiembre de 2010, fue declarado ilegal, la Sala desconoce los fundamentos de esta decisión, pero en todo caso, estos elementos incautados en dicha diligencia fueron valorados por los jueces de conocimiento dentro de las sentencias de primera y segunda instancia, sin manifestar nada al respecto sobre su ilegalidad, razón por la cual, es viable tenerlos en cuenta dentro de esta decisión.

Lo anterior quiere decir, que obraban elementos probatorios en el expediente penal, con los cuales tuvo sustento la Fiscalía General de la Nación para solicitar la medida de aseguramiento, pues no solo se trató de una interceptación de llamadas como erradamente lo manifiesta el apelante, sino también de inspecciones judiciales, allanamientos, seguimientos y vigilancias, informes de distintos investigadores, búsqueda selectiva en base de datos y análisis descifrado de vocabulario, las cuales valoradas en forma conjunta permitían inferir razonablemente que el aquí demandante José Hildebrando Morales Virgüéz, podía ser autor o partícipe de la conducta delictiva de concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas, por lo que se advierte, que la medida no es irrazonable, desproporcional o arbitraria.

Ahora bien, la parte actora estructuró su recurso de apelación básicamente en que la Fiscalía General de la Nación fue negligente en ejecutar actos investigativos para esclarecer por ejemplo a través de la prueba de cotejo de voces, si el interlocutor de esas llamadas era o no el aquí demandante antes imputado, situación que de igual forma fue advertida por los jueces penales que conocieron el asunto.

Al respecto, se debe señalar que el no realizarse y/o solicitar la prueba de cotejo de voces dentro del proceso penal, no hace que la medida de aseguramiento se torne antijurídica, dado que en esa etapa procesal se contaban con otros elementos probatorios, como lo eran los seguimientos y vigilancias, trabajos de campo, inspecciones, allanamientos, entre otros, con los cuales se podía tener inferencia de que quien intervenía en las comunicaciones telefónica legalmente obtenidas era el aquí demandante José Hildebrando Morales, y por ende, se tenía una inferencia razonable de su responsabilidad penal.

Sobre este medio de prueba la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal ha sostenido que si bien el cotejo científico de voces quizás sea el mecanismo ideal para la identificación de los interlocutores de la conversación telefónica, ello no excluye que, esa convicción pueda lograrse a través de otros elementos probatorios, en otras palabras, no se exige una prueba en particular para identificar a las personas que intervienen en una comunicación telefónica, dado que esto se puede probar con otros medios probatorios que permitan establecer o llegar al convencimiento del Juez quiénes eran los que intervenían en las conversaciones telefónicas debidamente interceptadas, tal como lo dispone el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, en virtud del principio de libertad probatoria “Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.”.³⁰

En este orden, si bien el juez de conocimiento llama la atención a la Fiscalía por el descuido advertido en el manejo de la investigación por no aportar a juicio los medios de convicción necesarios y que tenía a su alcance para sustentar su acusación, como lo sería el cotejo de voces o el dictamen pericial sobre los elementos encontrados en el allanamiento al inmueble del investigado, esta situación no puede catalogarse como una falla en el servicio que condujera a mantener al señor José Hildebrando Morales Virgüéz privado de la libertad, puesto que la medida de aseguramiento cumplió con el grado de conocimiento requerido para imponerla, poniendo de presente de nuevo la regla del artículo 308 ib., donde sólo se exige una inferencia razonable, más no certeza como sí se exige en el fallo condenatorio,

³⁰ Sentencia del 2 de junio de 2021, proferida por la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal, **SP2348-2021, radicación No.49546**, acta No. 136, Magistrado Ponente Hugo Quintero Bernate.

entonces, se trata de una probabilidad fundamentada, que no despeja la duda por completo ni desvirtúa la presunción de inocencia.

De esta forma, respecto a la medida de aseguramiento ordenada en contra del señor José Hildebrando Morales Virgüéz, conforme a las pruebas obrantes en el expediente se puede concluir que esta decisión resultó ser legal, razonable, necesaria al momento de su expedición y no se torna injusta por las siguientes razones:

1) Se contaban con elementos probatorios suficientes para la fecha en que se profirió la medida de aseguramiento con los cuales se podían inferir razonablemente que el imputado pudo ser el autor del delito de concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas. En concreto, se evidenció que **i)** existía una organización criminal dedicado al tráfico del material de guerra siendo sus miembros personas de las Fuerzas Militares de Colombia o a organismos de seguridad del Estado, quienes facilitaban las funciones proveer, almacenar, ensamblar, comercializar, financiar, legalizar, reparar y transportar el material de guerra e intendencia para ser entregado a los frentes guerrilleros y bandas criminales con injerencia en varios departamentos de Colombia **ii)** conforme a las interceptaciones realizadas a varios miembros de este organización criminal se pudo establecer que el abonado 312 2431326 era el utilizado por el aquí demandante quien tenía relación constante con el líder de la organización y con su hermano, además que en audios el interlocutor se identificaba como "JOSÉ MORALES" donde se utilizaba un lenguaje secreto **iii)** conforme a las interceptaciones se realizó allanamiento a la vivienda del procesado José Morales donde se incautó según los investigadores partes de armas pequeñas e implementos para reparar el armamento **iv)** se estableció que el aquí demandante era ex suboficial de Ejército Nacional, y tenía experiencia en la reparación y ensamblaje de las armas de guerra (especialista en armamento), **y)** se realizó seguimiento por parte de investigadores donde se pudo individualizar al señor José Hildebrando Morales Virgüéz como miembro de la red delincencial (1.4 y 1.5), es decir, para el Juez de control de garantías se infería razonablemente que el imputado pudo ser autor de la conducta delictiva que se investigaba.

Entonces, para la Sala el juicio del juez con funciones de control de garantías, a partir de las evidencias presentadas por el ente acusador, superó el estándar establecido para la construcción de una inferencia razonable de autoría o participación, como quiera que se verificó la posible realización de la conducta descrita en el tipo penal que fue imputado al señor José Hildebrando Morales Virgüéz (art. 340 y 366 del C.P).

No se puede pasar por alto, que dado el delito que se estaba investigando la medida lo que buscaba era la protección del bien jurídico denominado seguridad colectiva y orden público, en vista que nos encontrábamos frente a una persona que probablemente se encontraba vinculada a una organización criminal (No.1 art 30 de la ley 906 de 2004) además era procedente la detención preventiva en establecimiento carcelario como quiera que los delitos a investigar eran de competencia del juez penal del circuito especializado quien conoció en primera instancia (1.4) (No.1 art. 313 ib.)

Luego, en principio, se tiene que la Fiscalía tenía una razón legal para solicitar la medida de detención preventiva y el Juez para imponerla, pues era necesaria, proporcional y razonable:

a) Necesaria: para asegurar la protección de la comunidad, la seguridad colectiva y el orden público dados los delitos imputados y su incidencia en la vulneración de este bien jurídico.

b) Proporcional: porque la medida era procedente dado que la conducta del sindicado había sido tipificada como concierto para delinquir agravado, el cual tiene una pena de prisión de 8 a 18 años (art. 340 inc. 2 CP) y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas que tiene pena de 11 a 15 años. (art. 366 Cp)

c) Razonable: dada la gravedad del delito y bajo las circunstancias que se presentaron los hechos era procedente decretar la medida restrictiva de la libertad, por inferirse razonablemente la autoría.

En esta línea de argumentos, los elementos materiales probatorios existentes contra el procesado permitían deducir a la entidad demandada la posible participación del demandante en los delitos investigados, consecuencia de ello, las demandadas tenían la obligación legal de decretar la medida restrictiva de la libertad en su contra, por lo que el daño alegado no resulta ser antijurídico, pues el accionante tenía el deber de soportarlo, dado que no demostró que su privación preventiva de la libertad resultó incuestionablemente infundada y/o arbitraria.

2) Si bien, los jueces de conocimiento absolviéron al señor José Hildebrando Morales de los delitos de concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas al no encontrarse acreditada la responsabilidad penal del acusado más allá de toda duda razonable(1.4 y 1.5), tal decisión obedeció a que la Fiscalía no allegó al juicio los medios de convicción necesarios y que tenía a su alcance para sustentar su acusación, sin que ello *per se* sea un factor de atribución de responsabilidad civil extracontractual al Estado

3) Con todo, la defensa del procesado no cuestionó la inferencia razonable de autoría o participación en el tipo penal ante el juez de control de garantías pues no interpuso el recurso de apelación contra la decisión que decretó de la medida de aseguramiento, conforme a lo dispone el artículo 177 de la Ley 906 de 2004 (1.6) sino antes por el contrario trato de suscribir un preacuerdo con la Fiscalía, no obstante el mismo fue improbadado por los jueces de conocimiento. (1.4)

De esta forma, al momento de la imposición de la medida se contaba con sustento fáctico y jurídico para inferir la posible comisión de los delitos de concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas, por parte del señor José Hildebrando Morales, imponiéndose, como se señaló previamente, la medida cautelar personal de privación de su libertad. Por esta razón el cotejo de voces o el dictamen pericial sobre los elementos encontrados en el inmueble del investigado, eran medios de prueba que debían debatirse dentro del juicio oral, pero no resultaban ser necesarios para el decreto de la medida cautelar.

En virtud de todo lo anterior, y teniendo en cuenta que no hay lugar a estudiar si se configura o no la causal eximente de responsabilidad de hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero, como quiera que no se probó el primero de los elementos de responsabilidad del Estado (daño antijurídico), **la Sala procederá a confirmar la**

sentencia de primera instancia del 10 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado 63 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C.

3. Costas Procesales.

Debe precisarse la composición de las costas del proceso tiene que ver con la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (art. 361 CGP).

Dentro de la primera clasificación se encuentran los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación denominados "gastos ordinarios del proceso"³¹ y otros como son los gastos en que se incurran para el traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia, las pólizas, copias, entre otros.

Respecto a la segunda clasificación está tiene que ver a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, los cuales deberán ser reconocidos siguiendo los parámetros establecidos en el numeral 4º del artículo 366 del CGP.

Ahora, el artículo 188 del CPACA³² establece que: "la sentencia dispondrá sobre las condenas en costas", es decir, no existe la orden o deber de condenar objetivamente a la parte vencida, pues lo dice es que el juez "dispondrá", que significa: "mandar lo que se debe hacer"³³. Obsérvese que esta disposición es distinta a los señalado en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., la cual sí establece que el juez "condenará en costas a la parte vencida en el proceso". Luego, mientras el primer concepto es una simple indicación o criterio orientador para la decisión, el segundo es una orden o deber.

En segundo lugar, conforme la parte final del artículo 188 del C.P.A.C.A., la liquidación y ejecución se rige por el C.G.P., es decir, por el numeral 8º de artículo 365 del C.G.P., por lo tanto, "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". Es decir, para que opere la condena en costas de la parte vencida deberá al momento de la sentencia haberse "causado" y "probado".

Respecto a este tema el Consejo de Estado concluyó "(...) la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, **la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación**, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada"³⁴

Por último, haciendo una interpretación conforme a la constitución del artículo 188 del C.P.A.C.A., en el sentido de que la jurisdicción contenciosa administrativa tiene como objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política (Art. 103 C.P.A.C.A.), como la justicia y el acceso a la administración de justicia (Art. 2 y 230 C.P.), pedirle al demandante que sólo acuda al juez si tiene la plena certeza de ganar el proceso o a la parte

³¹ Artículo 171 No. 4 en concordancia con el artículo 178 del CPACA.

³² "CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"

³³ Ver www.rae.es

³⁴ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015).REF: EXPEDIENTE No. 250002342000201301936-01

demandada que se allane a la demanda es atentar contra el derecho fundamental al juez natural para que le defina, de manera definitiva, sus derechos. Si no fuera de esta manera, ¿Qué sentido tendría que todo ciudadano tenga derecho a participar en los asuntos que le afectan si ni siquiera puede de manera espontánea acudir a su juez natural? (Art. 2 y 95 C.P.).

En conclusión, para hacer compatible el C.G.P. con el C.P.A.C.A., conforme al artículo 306, debemos interpretar el artículo 188 CPACA, no como el deber objetivo de condenar a la parte vencida en el proceso contencioso administrativo, sino que se debe valorar la conducta de la parte vencida, la existencia de pruebas sobre la causación de gastos y costas en el curso del proceso y el derecho del acceso a la administración de justicia.

Por lo tanto, al no demostrarse un actuar temerario o una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, como tampoco se probó que las costas se causaron, y en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia, esta Sala, revocará la decisión proferida por el a quo de condenar en costas y agencias en derecho, igualmente no condenará en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, **la Subsección "C" del de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida el 10 de octubre de 2019, por el Juzgado 63 Administrativo Oral de Bogotá, respecto a la condena en costas y agencias en derecho, conforme a lo expuesto anteriormente.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia proferida el 10 de octubre de 2019 por el Juzgado 63 Administrativo Oral de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Una vez firme la presente providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones en el sistema de Samai.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Magistrado

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Magistrada

FERNANDO IREGUI CAMELO

Magistrado

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la Sala de la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.