



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

EDICTO

LA SUSCRITA SECRETARIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

NOTIFICA A LAS PARTES

SENTENCIA PROFERIDA EL: 30 DE JUNIO DE 2020
EN EL EXPEDIENTE: 50001233100020080006100
CLASE: REPARACIÓN DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE: LUIS NORBERTO CERMEÑO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
DEMANDANTE: DIVAR IZQUIERDO MARTINEZ Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO
NACIONAL Y NACIÓN- PROCURADURÍA GENERAL DE
LA NACIÓN

EL PRESENTE EDICTO, SE FIJA EN EL SITIO WEB DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL META, POR EL TÉRMINO DE TRES (03) DÍAS, HOY VEINTIDÓS (22) DE FEBRERO DE 2024, SIENDO LAS SIETE Y TREINTA DE LA MAÑANA (07:30 am).

CLAUDIA ANGERLY QUITORA VELOZA
Secretaria

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

El proceso permaneció fijado en EDICTO por el término legal y se desfija el día VEINTISÉIS (26) DE FEBRERO DE 2024 A LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 pm).

CLAUDIA ANGERLY QUITORA VELOZA
Secretaria



12

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

Proceso : 50001 2331 000 2008 00061 00
Medio de control : Reparación directa
Demandante : Dívar Izquierdo Martínez y otros
Demandado : Nación-Fiscalía General de la Nación, Nación-
Ministerio de Defensa-Ejército Nacional y Nación-
Procuraduría General de la Nación
Providencia : Sentencia de primera instancia

Decide de fondo el Tribunal Administrativo de Arauca el proceso de la referencia, luego de adelantado todo el trámite judicial.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Dívar Izquierdo Martínez y otras personas presentaron demanda (fl. 1-49) contra la Nación-Fiscalía General de la Nación, Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional y la Nación-Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de la acción de reparación directa.

1.1. Dentro de los hechos que se invocan, expresan que el 29 de abril de 2003, Dívar Izquierdo Martínez y otras personas fueron capturados por el Ejército Nacional sobre la vía de la vereda El Trueno, del Municipio El Retorno, y puestos a disposición del Fiscal de turno de San José del Guaviare y luego reclusos en el Centro Carcelario de esa ciudad.

Señalan que la Fiscalía 15 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado, mediante providencia del 7 de mayo de 2003, resolvió la situación jurídica de Izquierdo Martínez profiriendo en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva sin libertad, por el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, inciso primero, artículo 382 del C.P; que el 23 de julio del mismo año revocó dicha medida y ordenó su libertad mediante caución prendaria, y finalmente el 28 de abril de 2006 resolvió declarar precluida la investigación a favor del citado demandante, al no hallarse certeza sobre la cantidad de urea que se transportaba teniendo en cuenta la Resolución 005 de noviembre de 2002, y a la vez se determinó que la sustancia no era urea amoniaca y aquella no era la controlada en el mencionado acto administrativo de la Comisión Nacional de Estupefacientes.

Exponen que los daños ocasionados a los demandantes por el tiempo que estuvo detenido y vinculado al proceso, no fueron causados por el dolo o culpa grave imputable a Dívar Izquierdo Martínez, sino por suposiciones



fácticas, mentales, falta de instrucción y conocimientos del Ejército Nacional, además de la negligencia de la Fiscalía General de la Nación, que mantuvo detenida a una persona sin determinar de manera rápida y oportuna si de lo que se le acusaba era realmente prohibido por la Ley; y de la Procuraduría General de la Nación, por no participar en forma activa interviniendo en el proceso y ante las autoridades judiciales cuando era necesario, en defensa del orden jurídico y de los derechos y garantías fundamentales, como lo fue el debido proceso.

Como **pretensiones** solicitan que se declare responsable a las demandadas, y en consecuencia, condenarlas a pagarles los perjuicios morales y materiales.

2. La contestación de la demanda

2.1. El Ejército Nacional en su escrito (fl. 143-158), frente a los hechos manifiesta que deberán ser acreditados en el curso del proceso, toda vez que no existe ninguna evidencia que vincule a esta entidad en los sucesos que dieron origen a la acción, pues su actividad se limitó a poner a órdenes de la autoridad competente, sujetos que aparentemente ejecutaban conductas ilícitas y no le correspondía determinar su inocencia o su culpabilidad, pues esta área le compete a otras autoridades; que no existe falla del servicio que se le atribuya, pues las medidas de aseguramiento no originan responsabilidad patrimonial del Estado por cuanto éste hace uso de su soberanía para investigar y tomar medidas en cada caso particular, y que además, el demandante pudo controvertir dentro del expediente penal las decisiones mediante los recursos establecidos por la Ley.

Expresa que las autoridades penales profirieron sus decisiones en ejercicio del deber legal y constitucional de investigar y perseguir el delito; que en el presente caso el demandante fue privado de la libertad porque existían serios indicios de que había participado en actividades delictivas, razón por la cual la conducta es atribuible únicamente a la víctima, y que tampoco puede hablarse de responsabilidad objetiva del Estado, pues era necesario adelantar la investigación penal, porque la conducta del demandante no era clara y debía permanecer privado de la libertad, carga que tenía que soportar. Se opone a cada una de las pretensiones de la demanda, por no existir hasta el momento ninguna evidencia que permita inferir la responsabilidad del Ejército Nacional, y propone las excepciones de "falta de legitimación en la causa por pasiva", y "caducidad de la acción".

2.2. La Procuraduría General de la Nación contestó la demanda (fl. 77-83, 159-170); se opone a las pretensiones por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos; se refiere a los hechos y como argumentos de defensa aduce que el Ministerio Público debe intervenir en las actuaciones procesales penales y administrativas cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de las garantías fundamentales, que no es su obligación participar con sus conceptos y actuaciones en todos los asuntos de tipo penal, que si bien es cierto el demandante fue investigado



por el presunto delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, este no tenía la trascendencia social, económica o política para que interviniera, pues otras situaciones tuvieron prelación y revestían de mayor interés que su caso.

Agrega que el no haber intervenido la Procuraduría General de la Nación en el proceso penal o haberlo hecho de una manera que no colmaba las expectativas del demandante, de ninguna manera puede generar los perjuicios denunciados y reclamados, pues esta omisión no puede incidir en las determinaciones que tomen o dejen de tomar los funcionarios judiciales, que las actuaciones de la entidad en este caso están conforme a derecho, y que el demandante en ningún momento detalla las falencias, simplemente describe una actuación que por mandato constitucional se debe cumplir. Plantea las excepciones de "caducidad de la acción", e "ineptitud sustancial de la demanda".

2.3. La Fiscalía General de la Nación en su escrito (fl. 90-100) expresa que no le constan los hechos de la demanda, se opone a las pretensiones, señala que no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad a su cargo, que obró de conformidad con el artículo 250 de la Carta y la Ley 600 de 2000, la detención preventiva devenía como un paso siguiente dentro de la investigación; agrega que en la demanda se citan normas que no estaban vigentes al momento de los hechos y se refiere a la inexistencia de daño inmaterial y material por falta de prueba. Propone las excepciones de "falta de legitimación por pasiva".

3. Trámite procesal surtido

3.1. Las partes. La demandante la integran Dívar Izquierdo Martínez, Sandra Liliana Leal Herrera y Paula Valentina Izquierdo Leal.

La demandada: La Nación-Fiscalía General de la Nación, la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional y la Nación-Procuraduría General de la Nación.

3.2. La demanda se presentó ante el Tribunal Administrativo del Meta, se remitió por competencia al Juzgado Quinto Administrativo de Villavicencio, y luego de varias actuaciones procesales se envió al Tribunal Administrativo del Meta (fl. 114-115, 119, 121, 123), que declaró una nulidad (fl. 125-131); se profirió auto admisorio (fl. 132-133), se notificó (fl. 139-141), se fijó en lista (fl. 142), y se contestó (fl. 77-83, 90-100, 143-158, 159-170).

Se profirió auto de pruebas (fl. 172-175, 269), el proceso fue remitido en cumplimiento del Acuerdo No. CSJMA-14-218 del 2014 a un Despacho de descongestión (fl. 187-190) y luego retornó a uno permanente (fl. 199); las pruebas que se ordenaron fueron practicadas (fl. 179-180, 202, 222-223, 287-290), y se dio traslado para alegatos de conclusión y concepto (fl. 235, 253).



4. Los alegatos de conclusión

4.1. La Procuraduría General de la Nación en su escrito (fl. 237-242) reitera los argumentos de la contestación de la demanda, y agrega que la parte demandante no puede pretender que la intervención del agente del Ministerio Público en asuntos penales sea vinculante, en el sentido de ordenar imperativamente a la autoridad judicial o administrativa realizar o no un tipo de acto; otra cosa es conceptuar, y estos pronunciamientos no necesariamente deben ser acogidos como forma imperativa de decisión; invoca de nuevo la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto este organismo no fue el que adoptó las decisiones que hacen parte del debate que motivó esta demanda, tampoco estaba obligada a intervenir en el proceso, y porque su actuar no es vinculante, y las decisiones del proceso penal no dependían de la entidad.

4.2. La Fiscalía General de la Nación presentó alegatos (fl. 243-252), en los que señala que no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar responsabilidad en su cabeza, por cuanto su actuación se materializó en cumplimiento de un deber constitucional y legal vigente al momento de los hechos; que los pronunciamientos judiciales proferidos por la Fiscalía en la investigación penal adelantada corresponden a la naturaleza del proceso y a las pruebas decretadas y aportadas al mismo, donde no primó la arbitrariedad o conductas inapropiadas de los funcionarios instructores, por lo que no se configuró funcionamiento defectuoso alguno, falla del servicio imputable a la Fiscalía, como tampoco la existencia de un error jurisdiccional, y menos un daño antijurídico.

Sobre la detención legítima del demandante y ausencia de error jurisdiccional, expresa que para proferir una medida de aseguramiento no es necesario que existan pruebas que conduzcan a la certeza sobre la responsabilidad penal del sindicado, pues este grado de convicción solo se requiere para proferir sentencia condenatoria, y respecto de la falla del servicio, esta debe ser de tal magnitud que según las circunstancias en que debe prestarse el servicio, la conducta de la administración sea considerada como anormalmente deficiente, y agrega que los supuestos esenciales del libelo demandatorio no permiten estructurar una responsabilidad patrimonial e indemnización de la entidad, puesto que no existe causal constitutiva de falta o falla en el servicio, en razón de no estar demostrado y comprobado en el desarrollo del presente proceso uno de los supuestos básicos para declararla responsable, el nexo causal, por lo que no es viable ni ajustado a derecho endilgarle responsabilidades.

4.3. El Ejército Nacional y los demandantes no radicaron alegatos.

5. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público emitió concepto (fl. 254-265); expone que en el presente caso se configuraron los elementos que permiten endilgar



responsabilidad al Estado por privación injusta de la libertad, toda vez que la detención de Dívar Izquierdo Martínez desde el 30 de abril de 2003 hasta el 23 de julio del mismo año, por la comisión del delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, como coautor, se generó dentro de una investigación que fue precluida porque no se identificó la sustancia como urea amoniaca, la cual era la sustancia controlada por la Resolución No. 005 de 2002, con lo que se evidencia que la medida de aseguramiento impuesta fue equivocada desde el principio, configurándose un daño que el ciudadano no estaba obligado de soportar, luego existe un rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Señala que respecto del elemento del nexo causal, se encuentra demostrado con las pruebas obrantes en el proceso que la conducta funcional desplegada por la Fiscalía General de la Nación, fue la causante directa y exclusiva del daño aquí reclamado, pues las decisiones de detención, revocatoria de la medida y preclusión dentro de la investigación fueron tomadas por este ente, no por falta de prueba, sino por beneficio en favor de los investigados, pues para el 11 de julio de 2003 se contaba con un experticio que daba cuenta de la no ilicitud de la sustancia transportada, por lo que la indagación concluyó el 28 de abril de 2006, cumpliéndose entonces *"los requisitos para la falla en el servicio, toda vez que con la decisión de preclusión se cumple con el requisito del nexo causal entre el daño y el hecho"*.¹

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la primera instancia, procede la Sala a decidir de fondo el presente proceso judicial.

1. El problema jurídico

Consiste en: ¿Son responsables las entidades demandadas, o alguna de ellas, por los daños que según reclaman los demandantes se les causaron con ocasión de la privación de la libertad de Dívar Izquierdo Martínez?

2. Análisis de aspectos procedimentales

2.1. Sentencia de fondo. El proceso cumple con el cometido encargado a la Administración de Justicia de dirimir la disputa puesta a su consideración².

¹ Las transcripciones que se incluyen en esta sentencia, así están escritas en el texto del que se tomaron; por lo tanto, los errores, imprecisiones y resaltados son del original, y con este aviso general, no se hará la advertencia específica cada vez que se amerite un (sic), para evitar su inútil y prolífica repetición; no obstante, se advierte que de algunas citas se suprimen notas de pie de página, por lo cual o no aparecen todas las del texto o las que aparecen no siempre tienen el mismo número que registra la sentencia o el documento original que se transcribe.

² Significa que se controló en forma exitosa la legalidad procesal en todos sus aspectos, como jurisdicción, competencia, demás presupuestos exigidos, y sin nulidades u otros trámites por decidir.



2.2. Sobre las excepciones. Las propuestas.

i). La de "falta de legitimación en la causa por pasiva" planteada por el Ejército Nacional y la Fiscalía General de la Nación. Esta es una institución jurídico procesal que se refiere a varios aspectos: (i). A la aptitud de una persona natural o jurídica para concurrir como parte a un litigio o proceso. Es la legitimación de hecho o procesal. (ii). A la relación directa que tenga la parte para obtener la pretensión, o para responder por ella. Es la legitimación material o sustancial.

Desde otro escenario procesal, la legitimación en la causa puede ser: (i). Activa: Si se ocupa la posición de demandante. (ii). Pasiva: Si es demandado, que es el caso de las excepcionantes.

Frente a ello y con el sustento de respaldo que aducen:

i). No se trata de la legitimación de hecho o procesal, toda vez que tales entidades tienen capacidad legal para comparecer al proceso (Artículo 159, CPACA), se les notificó la demanda, y han concurrido al mismo. Por lo tanto, tienen aptitud legal para ser parte demandada, y en ese aspecto, están legitimadas en la causa por pasiva.

ii). Pero sí se trataría de la legitimación material o sustancial, que no es una excepción propiamente dicha sino un argumento de defensa, pues hace alusión a si las demandadas pudieron tener participación en los hechos causantes del daño que se reclama, lo cual solo es dable decidirlo al final de la sentencia. En efecto, si se encuentra que se declarará la responsabilidad estatal, se determinará luego y solo en ese momento, cuál o cuáles de las entidades es o son las que serán condenadas y respecto de las demás, se negarán las pretensiones de la demanda. Por lo tanto, no prospera el argumento de defensa propuesto como excepción.

ii). También se planteó por el Ejército Nacional y la Procuraduría General de la Nación la de "caducidad de la acción", con el sustento que el hecho de la captura se presentó el 29 de abril de 2003 y la demanda se radicó el 12 de marzo de 2008, cuando ya habían transcurrido más de dos años.

El Consejo de Estado (M.P. María Adriana Marín, 31 de enero de 2019, expediente 52663), ha señalado que en este tipo de proceso el término de caducidad empieza a correr "a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado, lo último que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad". En este caso, es cierto que el 29 de abril de 2003 se efectuó la captura de Dívar Izquierdo Martínez (fl. 290 CD), pero esa fecha no marca el hito inicial para computar la caducidad, debido a las decisiones y trámites posteriores; porque fue el 28 de abril de 2006 cuando la Fiscalía 15 Especializada (fl. 45-49; pág. 325-333 EP; este es el Expediente Penal que se encuentra en el CD -Disco compacto- en el



fl. 290), resolvió precluir la instrucción a su favor, providencia que fue notificada por estado el 22 de junio del mismo año y como no fue apelada, quedó en firme el 27 de junio de 2006 (pág. 334 EP); no obstante, Izquierdo Martínez radicó oficio el 18 de mayo de 2006 en el que informó que se daba por notificado de la resolución (pág. 335 EP), y como quiera que la demanda se radicó el 12 de marzo de 2008 (fl. 50), con cualquiera de aquellas cuatro fechas, se hizo dentro del lapso de los dos años que exigía el artículo 136.8 del C.C.A; por lo tanto, se niega la excepción.

iii. Respecto de la "*Ineptitud sustancial de la demanda*" que planteó la Procuraduría General de la Nación, aduciendo que los demandantes no narran cual fue la conducta activa u omisiva desplegada por la entidad que originó el perjuicio, sin el nexo de causalidad que se debe demostrar en esta clase de proceso, no prospera, por cuanto el escrito demandatorio cumple con todos los requisitos que exigía el artículo 137 del C.C.A. con lo que no hay falta de los requisitos formales ni se adujo ni demostró tampoco indebida acumulación de pretensiones (Artículo 97.7, C.P.C); se agrega que ninguna disposición del C.C.A. hacía exigencias especiales sobre la forma o fondo en la que debían presentarse los hechos o los fundamentos de derecho en una demanda, ni establecía otros requerimientos especiales en dicho escrito como lo reclama la demandada; cosa distinta es que no se comparta su estilo o contenido, como lo hace la entidad estatal, lo cual no configura motivo descalificatorio por parte del Juez; en consecuencia, la demanda tiene plena aptitud legal para abordarse su estudio.

También se precisa que los fundamentos que se aducen respecto de la excepción planteada, son asuntos sustanciales de derecho y argumentos de defensa, que se dirimirán al momento de decidir el proceso, por cuanto son temas objeto del debate judicial. Por lo tanto, conforme con el resultado que se expondrá en las siguientes consideraciones, de manera consecuencial se tendrá la respuesta a los planteamientos efectuados en tales aspectos.

Y sobre **excepciones de oficio**, no se encuentra probada alguna para declarar (Artículo 164, C.C.A)³.

2.3. Proceso penal. Se aportó al expediente el proceso con radicado No. 90686 (fl. 289-290, EP en CD) que tramitó la Fiscalía 15 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado, seguido contra Dívar Izquierdo Martínez y otros, referido a los hechos que aquí se cuestionan. Se le dará

³ C.C.A corresponde al Código Contencioso Administrativo, vigente hasta el 2 de julio de 2012 pero que se aplica en los procesos iniciados antes de esa fecha, como el presente; CPACA hace referencia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normativa que reemplazó al C.C.A. Cuando se escriba C. Po, se hace alusión a la Constitución Política de Colombia; C.P.C es Código de Procedimiento Civil; CGP es Código General del Proceso; al mencionar C.C, es Código Civil, CST es Código Sustantivo del Trabajo, C. Co. es Código de Comercio y E. T. Estatuto Tributario. C. P. es Código Penal y CPP se refiere al Código de Procedimiento Penal. M. P. es el Magistrado Ponente en sentencias que se citan; de otra parte, "fl" indica el número de folio o página en donde se encuentra la prueba invocada, "c" se refiere a la carpeta o cuaderno que la contiene, "a" es Anexo, "c.pr" es cuaderno de pruebas y si no se refiere a alguno de ellos, es el cuaderno principal, y EP remite al expediente penal que se allegó al proceso. Al indicar a quo o ad quem, se trata de la primera o la segunda instancia, respectivamente.



valor probatorio, pues se pidió en la demanda (fl. 19-20) y fue decretado como prueba (fl. 173, 269).

Además, se cumplen los lineamientos que sobre el particular ha establecido el Consejo de Estado, toda vez que permaneció a disposición de las partes para su respectiva contradicción, sin cuestionamiento alguno respecto de su contenido, se trata de pruebas conducentes, pertinentes y útiles para decidir el caso, y se tiene en cuenta lo establecido para darle valor a las versiones libres, indagatorias y declaraciones sin la gravedad del juramento, así como las valoraciones que correspondan sobre los demás elementos probatorios, y los estándares de convencionalidad en este tipo de casos, entre los criterios aplicables (M.P. Hernán Andrade Rincón, 28 de julio de 2011, rad. 19001 233100019970200101, 20510, M. P. Danilo Rojas Betancourth, 11 de septiembre de 2013, rad. 410013310001994 765401, 20601, M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 3 de diciembre de 2014, 7300123310002004 0211301, 45433, M. P. Ramiro Pazos Guerrero, 31 de agosto de 2017, rad. 13001233100020010149201, 41187).

2.4. Este proceso se recibió del Tribunal Administrativo del Meta para ser tramitado únicamente en cuanto a proferir la sentencia de primera instancia; todos los demás procedimientos, incluido el de notificación, se harán en esa Corporación Judicial remitente.

3. Principales pruebas

Del acervo probatorio allegado al expediente y valorado en el proceso, se destacan las siguientes:

- a. Registro civil de nacimiento de la menor Paula Valentina Izquierdo Leal (fl. 26).
- b. Documentos del proceso penal adelantado en contra de Dívar Izquierdo Martínez en la Fiscalía 15 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado-Radicado 90.686 (fl. 27-49, 290-CD).
- c. Oficio S-2013-72439 de la Policía Metropolitana de Villavicencio del 7 de febrero de 2013, sobre antecedentes penales (fl. 179-180).

4. El caso concreto

Mediante el ejercicio de la acción de reparación directa, los demandantes reclaman que se declaren responsables a la Nación-Fiscalía General de la Nación, la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional y a la Nación-Procuraduría General de la Nación, por los daños que dicen sufrieron en razón de los hechos que condujeron a la privación de la libertad de Dívar Izquierdo Martínez.



4.1. Responsabilidad del Estado por la función Jurisdiccional

4.1.1. La Constitución Política de Colombia (C. Po) establece el centro general de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado, en el artículo 90, que consagra: *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste"*.

Así culminó por ahora, luego de un largo proceso de discusión en donde estaban involucrados los más profundos temas de la sociedad, el reconocimiento expreso y normativo de la responsabilidad patrimonial que debía asumir el Estado, cuando por cualquier circunstancia, se causaran daños antijurídicos a sus asociados. De manera que luego de una inicial etapa en donde no era pensable endilgar responsabilidad al Estado, el tema se fue aceptando hasta llegar, en nuestro caso, a la consagración constitucional de 1991 que se ha transcrito. Sin duda alguna, fueron valientes Jueces de todos los niveles los que han estructurado el estado actual del asunto, por cuanto de manera especial, ha sido de plena construcción jurisprudencial el avance logrado, con muy contadas excepciones donde el legislador la ha establecido.

4.1.2. Uno de los temas preponderantes que se ha discutido con vehemencia en el Derecho colombiano, dentro de los múltiples casos de responsabilidad patrimonial del Estado, es cuando este actúa en función Jurisdiccional, y mediante la concreción legislativa (Artículos 65-70, Ley 270 de 1996) y el avance jurisprudencial, se tienen establecidas tres causas que pueden conducir a decisiones judiciales condenatorias en contra de las entidades estatales:

- Privación injusta de la libertad (Artículo 68, Ley 270 de 1996), que es uno de los temas objeto del presente proceso, sobre cuyos elementos se tratará más adelante, y que ha sido extendida a casos de retención de bienes muebles e inmuebles y de limitación de derechos distintos a la libertad física como el de la libre circulación.

- Error jurisdiccional (Artículos 66 y 67, ley 270 de 1996); además de pronunciamientos de la Corte Constitucional (Sentencia C-037 de 1996, C-590/05, T-781/11), el Consejo de Estado ha estructurado su propia línea jurisprudencial -En varios aspectos apartándose o abandonando los criterios de la Corte Constitucional-, y en una de sus sentencias⁴ (Otra expedida sobre el tema es del 6 de marzo de 2013, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rad. 7300123-31-000-2000-00639-01, 24841) ha precisado las condiciones que se requieren para estructurarlo al decidir, como materialización de la responsabilidad patrimonial del Estado.

⁴ Sección Tercera, Subsección C. Expediente No. 25000-23-26-000-2000-01756-02 (25707) del 13 de junio de 2013. M.P. Olga Mérida Valle de De La Hoz.



- Defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia (Artículo 69, Ley 270/96); la ha estructurado nuestra Alta Corte (2011, rad. 08001-23-31-000-1999-02324-01, 22322), y M.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz, 12 de febrero de 2014, rad. 25000-23-26-000-1996-12794-01, 28857, entre otras). Se puede presentar en múltiples escenarios; pero en relación con el tema que aquí se discute, se enmarcaría el caso de la terminación del proceso penal en favor del imputado o acusado por causa diferente a preclusión o absolución porque el hecho no existió, el procesado no lo cometió o el hecho no era delito o por duda, como sería cuando ocurre por prescripción de la acción punible.

De manera que, en ejercicio de la función Jurisdiccional que le corresponde al Estado, su responsabilidad patrimonial puede verse comprometida por estos tres factores generadores de la misma y se considera que los dos primeros son principales y el tercero tiene el carácter de residual.

4.1.3. En la demanda, se les endilga a las entidades cuestionadas dos de estas figuras jurídicas: El error jurisdiccional y la privación injusta de la libertad; además, a la Procuraduría General de la Nación, se le cuestiona omisión por no haber intervenido en el proceso penal.

4.2. Sobre el cargo de error jurisdiccional

El conjunto de hechos que se invoca en la demanda para hacer valer ante la Rama Judicial el derecho que se persigue (*Causa petendi*), se refiere de manera precisa a la figura jurídica de la privación injusta de la libertad, más que a la del error jurisdiccional, las cuales son diferentes en su origen, finalidad y elementos que las contienen, razón por la que el caso se decidirá a través de la primera de ellas (Privación injusta de la libertad).

Sin perjuicio de advertir que si en gracia de discusión se resolviera el proceso a través de la de error jurisdiccional, de entrada se observa que habría ocurrido la figura jurídica de la caducidad de la acción, pues sería su cómputo sobre una circunstancia diferente a la analizada en el numeral 2.2.ii. de estas consideraciones.

En efecto, en el caso del error jurisdiccional el hito para iniciar el cómputo del plazo sancionatorio extintivo del derecho a demandar sería el 21 de mayo de 2003, por cuanto es el día siguiente a aquel en el que quedó en firme la decisión de la Fiscalía 15 Especializada que resolvió la situación jurídica de Izquierdo Martínez y le impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva (pág. 44 EP), que en voz de los demandantes fue la providencia constitutiva del error que aducen.

Y como quiera que la demanda se radicó el 12 de marzo de 2008 (fl. 50), se hizo por fuera del plazo de los dos años que establecía el artículo 136.8 del C.C.A. Razón adicional para, se reitera, no a analizar el asunto a través de la figura jurídica del error jurisdiccional, en aras de aplicar los principios



pro homine, pro damato y pro actione y hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de Justicia.

4.3. Sobre el cargo de privación injusta de la libertad

4.3.1. Con fundamento en la regla constitucional del artículo 90, así como en la jurisprudencia que sobre la responsabilidad estatal se ha decantado por la Corte Constitucional (C-037 de 1996, C-333 de 1996) y por el Consejo de Estado en sentencias algunas de las cuales se citan en las presentes Consideraciones, permiten concluir que la privación de la libertad ordenada por autoridad competente que ha producido un daño antijurídico sin culpa de la víctima, puede tener consecuencias patrimoniales que el Estado, ya sea en cabeza de la Fiscalía General de la Nación o de la Rama Judicial, debe asumir, según las circunstancias especiales de cada caso.

La Ley 270 de 1996 fija la viabilidad legal de asignar dicha responsabilidad; en el inciso segundo del artículo 65 prescribe que *"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"*, y después establece: **"Artículo 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al estado reparación de perjuicios"**.

En esta materia la línea jurisprudencial del Consejo de Estado ha variado con el tiempo. Inicialmente (Exp. 11.601, septiembre 27 de 2000; exp. 13.168, diciembre 4 de 2006) se decidía por error judicial y con el régimen de responsabilidad objetiva cuando se daban los tres supuestos del inciso segundo del artículo 414 del C.P.P. de 1991 o la aplicación de *in dubio pro reo*, y en otros casos diferentes se resolvía por el subjetivo.

Hasta hace poco y con fundamento en la normativa constitucional (Artículo 29) e internacional de los Derechos Humanos (Como el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 7.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos) y en especial de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, así en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, pues a pesar de ello se rompía con las cargas públicas que una persona en el Estado Social de Derecho debe asumir cuando se compromete el ejercicio del derecho fundamental a la libertad, la condena al Estado se producía cuando se probaba la detención injusta y esta siempre lo era cuando se demostraba que quien la sufrió no tenía el deber de soportarla (M. P. Mauricio Fajardo Gómez, rad. 52001233100019960745901, 23354, 17 de octubre de 2013).

Persistía como regla general el régimen objetivo de daño especial cuando la terminación del proceso o investigación penal ocurría por preclusión o absolución debido a que el hecho no existió, el sindicado o imputado no lo cometió o la conducta no constituía delito, o por la aplicación del principio *in dubio pro reo*. En los demás se utilizaba el de falla del servicio. No obstante, el carácter de objetivo no implicaba la fórmula mecánica de



"absolución es igual a condena al Estado", por cuanto se debían estudiar las circunstancias particulares de cada caso y podían tener cabida las causales eximentes de responsabilidad.

Sin embargo, los criterios anteriores fueron revaluados con posterioridad, y de manera expresa con la Sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018, rad. 66001233100020110023501, 46947, M. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, que consagró:

"PRIMERO: MODIFÍCASE LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y **UNIFÍCANSE** criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:

- 1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;
- 2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,
- 3) Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

En virtud del principio *iura novit curia*, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto".

Con lo dispuesto y con las precisiones que efectuaron en sus respectivas aclaraciones de voto la Magistrada Marta Nubia Velásquez Rico y el Magistrado Guillermo Sánchez Luque, se tiene *"que ahora, bajo la nueva postura, la antijuridicidad del daño ya no dependerá de la absolución o preclusión de la investigación por los eventos antes descritos ni por alguna otra, sino porque dicha antijuridicidad deberá ser establecida: i) a partir de la conducta de la víctima y/o ii) desde la validez o legalidad de la medida de aseguramiento, (...) además, la postura anterior no fue ajena al análisis de antijuridicidad del daño con fundamento en dicho precepto constitucional, solo que la concibió de una forma distinta"*.

Y que el Juez de la causa deberá concentrar el análisis del caso en la existencia o no de una falla en el servicio, y que solo en el evento de que no exista dicha falla, *"deberá expresarlo y no necesariamente estará obligado a aplicar un régimen objetivo, sino que deberá, mediante la carga argumentativa propia de cada caso, exponer las razones por las cuales considera que bajo el análisis de falla en el servicio el estudio del tema quedó abordado y definido"*; así que *"el juez de la responsabilidad patrimonial del Estado deberá analizar la imputación, en el entendido que solo le será atribuida (...) a título de falla del servicio y que el juez no puede,*



so pretexto del principio de iura novit curia, aplicar otros títulos de imputación, sin desconocer el texto de la ley estatutaria”.

No obstante, dicha Sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018 fue dejada sin efecto por una decisión de tutela (M. P. Martín Bermúdez Muñoz, 15 de noviembre de 2019, rad. 11001031500020190016901); a hoy no se ha proferido fallo de reemplazo (Página web del Consejo de Estado, consulta de procesos).

Sin embargo, se debe tener en cuenta que esta última providencia en vía de tutela, consagró que ella misma “no tiene ninguna incidencia respecto de la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado”, y de ahí, en lo que se unificó en la SU no se esperan modificaciones, pues la orden de tutela solo afecta lo que resolvió de manera puntual *inter partes* respecto de la culpa pre y procesal de la víctima para negar las pretensiones en aquel proceso de reparación directa.

De ahí que a pesar que no procede aplicar la SU del 15 de agosto de 2018, en virtud de otros precedentes ahora los casos de privación injusta de la libertad se resuelven en primer momento por el régimen de la falla del servicio –Título de imputación preferente– donde es de gran importancia definir la conducta del afectado; y solo en circunstancias excepcionales y con la debida e idónea carga argumentativa que lo justifique, se podrá pasar a continuación a encauzar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo otro título de imputación –El objetivo de daño especial, que es residual–, como lo consagran la Corte Constitucional (Sentencia SU-072 de 2018) y el Consejo de Estado (M. P. Alberto Montaña Plata, 4 de junio del 2019, rad. 39626; M. P. Martín Bermúdez Muñoz, 8 de mayo de 2020, rad. 730012331000 2008 0068201, 45153).

Así que sobre el anterior aspecto, recientemente el Consejo de Estado (M.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, 28 de mayo de 2020, rad. 110010315000 2019 0514101) precisa: “Por consiguiente, la parte demandante no puede suponer que la absolución de responsabilidad penal del investigado constituya per se un veredicto automático de responsabilidad extracontractual del Estado (...). Al decidir esta clase de asuntos, el juez administrativo no puede prescindir del análisis de los hechos que rodearon la decisión de la privación de la libertad, se insiste, sin incidir en su ya declarada ausencia de responsabilidad penal”. Y en el mismo sentido, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, 11 de junio de 2020, rad. 110010315000 2020 0043801: “Empero, la absolución del acusado no significa que la privación de la libertad del hoy actor haya sido injusta. Recordemos que, según la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, no toda absolución deviene en una privación injusta de la libertad. Por lo que resulta indispensable “(...) ir más allá, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, para determinar, entre otras cosas, si el daño padecido con la privación de la libertad fue o es antijurídico (...)”.



En razón de la hoy vigente postura, que ya se había planteado desde 1996 (Sentencia C-037 de 1996) y aun antes, en 1989 como se cita en M. P. Guillermo Sánchez Luque, 5 de junio de 2020, rad. 05001-23-31-000-2000-01864-01, 45540⁵, la Subsección B de la Sección Tercera (M. P. Alberto Montaña Plata, 4 de junio del 2019, rad. 39626) adoptó una metodología de análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, que se ha reiterado en estos últimos meses en múltiples oportunidades (M. P. Martín Bermúdez Muñoz, 23 de abril de 2020, rad. 54001-23-31-000-2008-00477-01, 43122; y del mismo Ponente, 21 de mayo de 2020, rad. 25001-23-26-000-2009-01049-01, 42462; 28 de mayo de 2020, rad. 25000-23-26-000-2008-00667-01, 44982, entre otras varias), con la cual se deciden los casos, analizando: i) La legalidad de la privación de la libertad; ii) La entidad imputada; iii) La culpa de la víctima; y, iv) La determinación de los perjuicios y la reparación.

4.3.2. Sin embargo, un análisis integral de las sentencias del Consejo de Estado (M. P. Alberto Montaña Plata, 4 de junio del 2019, rad. 39626; Martín Bermúdez Muñoz, 15 de noviembre de 2019, rad. 110010315000 2019 00169 01, M. P. María Adriana Marín, 19 de junio de 2020, rad. 11001 03-15-000-2020-01417-00 y de otras citadas en estas consideraciones), y de la Corte Constitucional (C-037 de 1996 y SU-072 de 2018), permite ajustar y precisar el esquema de análisis, al estudio de los siguientes elementos para determinar en cada caso, si se declara la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad:

I. El daño: Se debe probar la restricción efectiva y real del derecho; y será antijurídico, según la sentencia del 4 de junio de 2019, en el evento de no lograrse desvirtuar la presunción de inocencia, pues significaría que la persona no estaba en el deber normativo de padecer la medida; sin embargo, *"de conformidad con las conclusiones de la Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional⁶, en casos como el presente, en que operó la absolucón en virtud del principio in dubio pro reo, no debe operar automáticamente un título de imputación objetivo, sin que sea vedada su aplicación"*. Para el Tribunal Administrativo de Arauca, con tal circunstancia no se agota la casuística sobre el tema, pues pueden surgir otras que se abordarían en cada caso y que podrían concluir en la no antijuridicidad del daño a pesar de la absolucón, preclusión o prescripción.

II. La imputación: Integrada por los siguientes elementos de análisis:

2.1. La legalidad de la medida de privación de la libertad, donde también se estudian su razonabilidad y proporcionalidad; se debe tener claro que acorde con la citada sentencia del 4 de junio de 2019, si la autoridad penal *"no arribó a la certeza de la comisión del delito por parte*

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de julio de 1989, Rad. 2.852 [fundamento jurídico II], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 237 y Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de julio de 2017, Rad. 54.932 [fundamento jurídico 12 y 13], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 717.

⁶ Ya citada sentencia SU-72 de 2018.



del señor Rodríguez López, sin embargo, ello no conlleva en sí mismo un desacierto por parte de la administración; al contrario, ello confirma que los estándares probatorios son diferentes en uno u otro momento procesal, pues mientras para imponer medida de aseguramiento, la norma vigente exigía la acreditación de dos indicios graves de responsabilidad⁷, mientras que para emitir una sentencia condenatoria se requería prueba que condujera a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado⁸. Y es que debe ser así: el Juez de la reparación directa no puede desconocer la circunstancia (Probatoria, jurídica) que afrontaba en tiempo real el operador penal al momento de adoptar la medida de aseguramiento, para analizarla después en otro momento y ambiente y cuando ya se cuenta con amplio acervo probatorio, normativo, jurisprudencial y doctrinal, esto es, en el que se resolvió sobre la responsabilidad punible del asegurado, e incluso cuando ya hace rato se terminó el proceso. El Juez de la privación de la libertad debe situarse en cada uno de esos precisos momentos.

2.2. La culpa de la víctima; para determinar si con su actuar, el afectado incidió en la causación del daño, esto es, en la privación de su libertad. Si lo hizo, no se cumplen todos los elementos de la responsabilidad estatal y la privación no habrá sido injusta, con lo que se negarán las pretensiones; si no lo hizo, y así la medida haya sido legal, razonable y proporcionada, es decir no hubo falla del servicio, la aludida sentencia consideró que *"sin predicarse un error en la decisión por medio de la cual se impuso medida de aseguramiento, (...) // 108. En conclusión, en el presente asunto, a los demandantes se les ocasionó un daño que reviste las características de especial, anormal y antijurídico, en el sentido que, se vulneró el derecho fundamental a la libertad del señor Jairo Enrique Rodríguez López sin que su actuar fuera causa eficiente de la privación de la libertad, por lo que, por el régimen de responsabilidad objetivo del daño especial, se deberá declarar la responsabilidad patrimonial del Estado"*. Ante este criterio, también se planteó en la Sala del Tribunal Administrativo de Arauca que el elemento decisorio debe ser el de la legalidad de la medida; esto es, si la restricción del derecho fue legal, razonable y proporcionada, no hay privación injusta, así la conducta de la víctima no la haya propiciado.

2.3. La entidad responsable. Si se establece y decide la declaratoria de responsabilidad, se condenará a las entidades estatales que ordenaron y si es del caso, mantuvieron la privación de la libertad considerada injusta.

III. Los perjuicios y su reparación. Se estará a lo que se acredite en el expediente y a los criterios de unificación jurisprudencial sobre el tema.

4.3.3. La aplicación de los criterios vigentes, que han conformado un cambio sustancial en este tipo de proceso (Régimen aplicable e implicación de la conducta del afectado), ha dado lugar a decenas de acciones de tutela contra providencias judiciales de nuestra Jurisdicción que los han acogido

⁷ Ley 600 de 2000. Artículo 356.

⁸ Ley 600 de 2000. Artículo 232.



incluso desde antes del 15 de agosto de 2018; y las distintas Secciones del Consejo de Estado han respaldado las nuevas decisiones proferidas. Entre ellas: M. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, 14 de mayo de 2020, rad. 110010315000201904846-01, 21 de ese mes y año, rad. 11001031500020200133400 y 11 de junio de 2020, rad. 11001-03-15-000-2020-00438-01; M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 2 de abril de 2020, 110010315000202000438-00; M. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, 28 de mayo de 2020, rad. 1100103150002019051410125), 25 de junio de 2020, rad. 11001-03-15-000-2020-00894-01, y 9 de julio de 2020, rad. 11001-03-15000-2020-02358-00; M. P. Carlos Enrique Moreno Rubio, 18 de junio de 2020, rad. 11001-03-15-000-2020-00805-00; M. P. Marta Nubia Velásquez Rico, 19 de junio de 2020, rad. 11001031500020200175700 y rad. 11001031500020200184900; M. P. Rafael Francisco Suárez Vargas, 25 de junio de 2020, rad. 11001031500020200185200; M. P. Gabriel Valbuena Hernández, 9 de julio de 2020, rad. 11001031500020200155100.

De otra parte y sobre el momento de aplicación de estos criterios vigentes, especialmente frente a casos ocurridos antes de su adopción, "4.1.5. *Conviene precisar que, por regla general, las modificaciones jurisprudenciales tienen efecto inmediato y son aplicables hasta que son nuevamente modificadas, por cuanto solo de esta manera se logra la efectividad del derecho a la igualdad y el principio de seguridad jurídica. Como se sabe, en los términos del artículo 230 de la Constitución Política, la jurisprudencia es una de las principales fuentes del derecho y, por ende, tiene una fuerza vinculante para todas las autoridades que tienen la obligación de observarla*" (M. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, 28 de mayo de 2020, rad. 11001031500020190514101) y también, M. P. Gabriel Valbuena Hernández, 18 de junio de 2020, rad. 11001-03-15-000-2019-05316-01 y 9 de julio de 2020, rad. 11001-03-15-000-2020-01551-00.

A lo que se suma que en el mismo sentido y en situación similar, ya la Sección Segunda del Consejo de Estado advirtió al definir reglas de aplicación y efectos de los nuevos criterios que se adoptaban, entre otros, sobre los procesos que no hayan concluido (M. P. César Palomino Cortés, 25 de abril de 2019, rad. SUJ-014 -CE-S2-2019, 68001233300020150056901) que el cambio de jurisprudencia se debe acoger de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial; así, ahora no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de la nueva postura, pues el derecho particular pretendido aquí no se consolidó, este proceso está en trámite, y no hay cosa juzgada.

Agrega el Tribunal Administrativo de Arauca que los cambios de jurisprudencia obedecen a los criterios que adoptan nuestras Altas Cortes teniendo en cuenta las circunstancias especiales de los temas que abordan, pues la interpretación judicial no es pétrea, ni puede pretenderse su unanimidad, y las modificaciones no significan violación a principios como la confianza legítima, buena fe, seguridad jurídica, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico; máxime cuando sobre el tema que aquí se discute



ya la Corte Constitucional –SU 072 de 2018, recordando incluso que así lo estructuró la sentencia C-037 de 1996- se había pronunciado en el mismo sentido que ahora asume nuestra Jurisdicción y el mismo Consejo de Estado lo aplicaba en sentencias que se citan en estas consideraciones.

4.3.4. Hechos relevantes probados

4.3.4.1. Sobre la privación de la libertad de Dívar Izquierdo Martínez:

a. Dívar Izquierdo Martínez fue capturado por miembros del Ejército Nacional el 29 de abril de 2003 junto con otras tres personas, y previa diligencia de Derechos del capturado (pág. 12 EP), puesto a disposición de la Fiscalía General de la Nación el 30 de abril de 2003 (fl. 27; pág. 2-3 EP).

b. El mismo 30 de abril de 2003, la Fiscalía 15 Especializada dispuso la apertura de instrucción en contra de Dívar Izquierdo Martínez y de las otras tres personas capturadas, por el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, artículo 382 del Código Penal (pág. 20 EP), y emitió la orden de encarcelamiento por dicho delito y por el motivo de flagrancia (fl. 28; pág. 16 EP). En una de sus decisiones, ordenó *"Remitir las muestras aportadas al Instituto de Medicina Legal, a efecto de establecer científicamente qué clase de sustancia es"*.

c. El 2 de mayo de 2003 se adelantó la diligencia de indagatoria –Es viable analizarla aquí como prueba como lo ha admitido el Consejo de Estado, así se rinda sin la gravedad del juramento- de Dívar Izquierdo Martínez (pág. 29-33 EP), quien expresó:

"Pues doctor primero que todo eso en el llano, en Granada eso mi hermano tiene unas arroceras y lo hemos pasado como abono, allá se ha pasado como abono eso se le hecha al arroz, no lo veía así mucho problema, y pues yo nunca había viajado por acá, pero en Granada está muy mal el trabajo para los carros y pues el señor nos ofreció el viaje el fletecito y pues aceptamos o lo acepté, porque necesitaba plata y además doctor ahí, cargamos al pie del parque, en pleno centro de Granada y allá hay ley yo no le vi nada como de problema a eso (...) **PREGUNTADO:** ¿Pasando el Puente del Nowen que caminos utilizaron ustedes? **CONTESTO:** Ahí nos metimos por una trochita pero no conozco, dijo métanse por acá pero no conozco. **PREGUNTADO:** ¿Por qué se metieron por esa trocha? **CONTESTO:** El era el dueño de la carga y no sé, él venía adelante en uno de los carros, nosotros seguíamos, él decía por acá. **PREGUNTADO:** ¿Cuántos retenes encontraron ustedes de Granada hasta cuando cogieron la trocha después del Puente del Nowen? **CONTESTO:** Por ahí como tres. Vi uno a la salida de Granada, vi al Ejército; vi al Ejército también como en Concordia y vi soldados también en el puente largo ese. **PREGUNTADO:** ¿Y en el puente del Pororio había reten, un puente antes de llegar a Concordia? **CONTESTO:** Si habían soldados. **PREGUNTADO:** ¿Cómo hicieron ustedes para pasar por todos esos retenes con esa carga? **CONTESTO:** Ahí si lo que le diga es mentiras porque nosotros pasábamos y no nos decían nada. **PREGUNTADO:** ¿Indique si la carga fue revisada en alguno de dichos retenes? **CONTESTO:** No, en el de Granada miraron así, yo vi como que miraron, nosotros pasamos despacio. **PREGUNTADO:** ¿Por qué cantidad de dinero fue contratado Usted? **CONTESTO:** Seiscientos mil pesos. **PREGUNTADO:** ¿Quién lo contrató? **CONTESTO:** El señor FREDY, no sé más, no lo conozco, lo conocí en el viaje. **PREGUNTADO:** ¿Qué destino llevaba esa urea? **CONTESTO:** El Retorno. **PREGUNTADO:** ¿Por qué cree Usted que si la urea iba para el municipio de



El Retorno ustedes se hayan desviado por una complicada y larga trocha y hayan aceptado transitar con sus vehículos llevando un peso de más de una tonelada? **CONTESTO:** Doctor, el señor, el dueño de la carga, como digo yo no conozco, el señor no dijo que nos metiéramos por ahí, es la primer vez que vengo. **PREGUNTADO:** ¿Indique si Usted observó alguna documentación de la carga que transportaba? **CONTESTO:** No, yo cargué, a mí me dijeron cargue aquí y no más (...) **PREGUNTADO:** ¿Qué distancia del sitio donde dejaron los carros en la vereda El Trueno al casco urbano del municipio de El Retorno? **CONTESTO:** Yo le calculo unos diez quince minutos, no conozco: caminando. **PREGUNTADO:** ¿Y si estaban tan cerca del casco urbano por qué no ingresaron de una vez con los carros, porque los dejaron a las afueras? **CONTESTO:** El señor nos dijo que en el retén después de las seis de la tarde no dejaban pasar a nadie, o sea carros, uno pasa a pie. **PREGUNTADO:** ¿Indique si en el recorrido entre Granada y el Puente del Nowen en los retenes militares los uniformados pedían alguna documentación? **CONTESTO:** No. **PREGUNTADO:** ¿Indique si en ese mismo recorrido el señor FREDY se bajaba del carro y hablaba con los militares en los retenes previo a pasar? **CONTESTO:** Yo venía así de terceras y no veía bien; íbamos tres carros y eso iba a una distancia más o menos; nosotros pasábamos pero no lo veía nada si él se bajaba. (...) **PREGUNTADO:** ¿Explique cómo es posible que si ustedes no conocen el Guaviare y dan a entender que no tienen ninguna referencia de este departamento, ni del camino que tendrían que coger para llevar esta sustancia, cómo hizo para fijar el precio del flete? **CONTESTO:** Uno pregunta ahí, pregunta más o menos cuanto puede valer un viaje, por ahí a la gente. **PREGUNTADO:** ¿Indique en qué sitio fue adquirida la urea? **CONTESTO:** No sé la dirección pero es al pie del parque, no se el nombre, queda al pie del parque como a media cuadra del parque, es un negocio de venta de abonos (...)"

d. El 7 de mayo de 2003, la Fiscalía 15 Especializada al resolver la situación jurídica de Izquierdo Martínez, le impone la medida de aseguramiento de detención preventiva en calidad de coautor del delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos del artículo 382 del C.P. (fl. 29-33; pág. 6, 39-44 EP), y el siguiente día profiere la orden de detención en su contra (fl. 34; pág. 46 EP). En los "Fundamentos de la decisión" restrictiva, expuso:

"Aunque son coherentes sus relatos en este punto, también debe considerarse que la urea es una sustancia controlada no sólo en el departamento del Guaviare sino también en el departamento del Meta, pues con la misma resolución del año de 1.996 el Consejo Nacional de Estupefacientes empezó a regular su comercio, su distribución, su consumo y de manera especial su transporte en todas estas regiones de la Orinoquía colombiana.

Otra circunstancia de público conocimiento desvirtúa la supuesta causal de exclusión de responsabilidad planteada por los conductores, pues hasta hace escasos seis meses el control de insumos que eran transportados por el sur del departamento del Meta y hacia los departamentos de la Orinoquía, forzosamente eran controlados en el batallón 21 Vargas de Granada, debiendo cumplir los transportadores engorrosos procedimientos que implicaban su forzosa permanencia en aquella localidad, incluso por espacio de varios días, siendo esta situación relevante y significativa para cualquier persona de la región, sobre las restricciones legales que existen sobre los insumos como el incautado, máximo cuando parte de los implicados afirma dedicarse al transporte y haber movilitado esta clase de sustancias con anterioridad.

La subterfugio manera en el que el cargamento es llevado por una trocha al municipio de El Retorno es igualmente relevante de la conciencia de ilicitud, no solo por parte de los conductores sino por el propio señor FREDY RIOS ALVAREZ, quien sin ser



comerciante, decide asumir esta dispendiosa empresa ilícita. No es aceptable que los señores conductores JOSE JOAQUIN UREÑA CARDONA, WALTER ANTONIO CARAVALI, DÍVAR IZQUIERDO MARTINEZ se excusen en decir que no sabían por dónde eran llevados, pues la seguridad de haber acordado un precio justo o aproximado en el flete tiene precisamente el soporte de tener alguna idea de la región a donde se dirigían con la carga; y, al asumir someter transitar sus carros por sitios inhóspitos, con la pesada carga, con el obvio consumo exagerado de energías y de tiempo para absurdamente recorrer pequeñas distancias, debe ello necesariamente entenderse como un conocimiento pleno de ilicitud por parte de todos los implicados señores.

Además, el hecho que haya un gran número de retenes militares entre el municipio de Granada y el Puente del Nowen significa o que se utilizaron también vías alternas para esquivar dichos controles o que se empleó alguna forma de corrupción para poder pasar la notoria carga sin los requisitos legales, pues no es comprensible que en otros casos las mismas autoridades hacen un control permanente a los insumos que pasan por la vía principal y no lo hayan hecho a la urea que era transportada en estos camperos.

En ese orden de ideas, encuentra esta Fiscalía Delegada que los descargos de los implicados señores no configuran una causal de exclusión de responsabilidad, o de inculpabilidad en este caso, por los hechos que flagrantemente fueron privados de su libertad; y contando con un informe militar al cual los implicados señores directamente le han reconocido validez y credibilidad, se encuentran entonces satisfechos los requisitos del artículo 356 del procedimiento penal para imponer en contra de los señores JOSE JOAQUIN UREÑA CARDONA, WALTER ANTONIO CARAVALI, DÍVAR IZQUIERDO MARTINEZ y FREDY RIOS ALVAREZ medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio alguno, en calidad de coautores, por el delito señalado en el inciso primero del artículo 382 del código penal del Tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, para el que se tiene señalada una pena que oscila entre los 6 y los 10 años de prisión y multa de 2 mil a 50 mil salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Y con base en ello, decidió lo siguiente:

“PRIMERO: Imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en calidad de coautores por el punible de Tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, inciso primero, artículo 382 del código penal, en contra de los señores JOSE JOAQUIN UREÑA CARDONA, WALTER ANTONIO CARAVALI, DÍVAR IZQUIERDO MARTINEZ y FREDY RIOS ALVAREZ. Librense las correspondientes órdenes de detención. (...)”.

e. La decisión de medida de aseguramiento no fue impugnada.

f. El 10 de julio de 2003, el apoderado de Dívar Izquierdo Martínez y de los otros dos conductores capturados, pidió la revocatoria de la medida de aseguramiento que a ellos se les impuso, con el fundamento de haber sobrevenido una prueba, consistente en que el investigado Fredy Ríos Álvarez le manifestó al Despacho el 3 de mayo de 2003 que él era el propietario de los abonos incautados y que las demás personas –Los tres conductores- estaban prestándole el servicio de acarreo, se recibieron declaraciones de varias personas favorables sobre la conducta y el trabajo de los conductores, que solo existe un indicio en contra de aquellos –La incautación de los elementos en sus vehículos- cuando tal decisión debe



basarse en al menos dos indicios y como existe duda, se debe resolver en favor del imputado (pág. 148-155 EP).

g. El 23 de julio de 2003, la Fiscalía 15 Especializada resolvió revocar la medida de aseguramiento previa garantía de caución prendaria; pero no la adoptó por los planteamientos del defensor, pues contrario a lo expuesto por este, consideró que el criterio de propiedad de la sustancia que reconoció Fredy Ríos Álvarez no los eximía pues son responsables del transporte ilegal de la urea incautada, el transporte de buena fe es un asunto de culpabilidad, y su manifestación de no conocer que era una sustancia controlada implica una confesión calificada que no evita la medida de aseguramiento; que las declaraciones recibidas de otros conductores muestran que los capturados no fueron engañados, sabían qué clase de carga transportaban y los requisitos que se exigían para movilizarla (fl. 35-44; pág. 197-206 EP). Agregó:

"En ese orden de ideas los requisitos señalados en el artículo 356 por los cuales se impuso la medida de aseguramiento a los señores DIVAR IZQUIERDO MARTINEZ, JOSE JOAQUIN UREÑA Y WALTER ANTONO CARAVALI permanecen intactos, pues está probado con la captura flagrante, confirmada con las propias confesiones parciales de los implicados señores, que ellos fueron quienes transportaron ilegalmente la urea incautada. La imputación en su contra entonces no ha dependido de ningún indicio, y nisiquiera de un sólo indicio, por lo que con tales fundamentos expuestos por el señor defensor no se encuentra respaldo probatorio para revocar la medida de aseguramiento impuesta.

De otro lado, en relación con artículo 355 del procedimiento penal, esta Fiscalía Delegada venía considerando como implícito la imposición de la medida de aseguramiento, dado que la pena mínima tan alta, de seis años, que deben enfrentar los procesados, por el Tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, era la forma como se garantizaba la comparecencia del sindicado al proceso. (...)

Pero con decisión de la Corte Constitucional, sobre la constitucionalidad condicionada del artículo 365 del procedimiento penal, se tiene que la suerte de la medida de aseguramiento depende de la posibilidad de entrar a establecer si con ella se garantiza la comparecencia al proceso o si por el contrario existe certeza que los procesados lo harán voluntariamente; si garantiza la ejecución de la pena privativa de la libertad e impide la fuga del procesado o por el contrario existe certeza que ellos comparecerán voluntariamente ante las autoridades respectivas una vez sean condenados para recibir su correspondiente sanción privativa de la libertad; y si garantiza impedir que el procesado entorpezca la actividad probatoria y deforme los elementos probatorios importantes para la instrucción o por el contrario se tenga certeza que se comportará con pulcritud y lealtad procesal.

Sabiendo que los señores DIVAR IZQUIERDO MARTÍNEZ, JOSE JOAQUIN UREÑA CARDONA y WALTER ANTONIO CARAVALI no tienen antecedentes penales, no están relacionados con alguna organización delictiva, que su retención se produjo en el desarrollo de una empresa delictiva particular, que las ganancias que querían obtener no son significativas y que hasta ahora su actuación procesal ha sido leal. (...) En igual sentido cree esta Fiscalía Delegada que se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia C-30 de 28 de enero del 2.003 (...) siendo la caución una forma de asegurar la comparecencia al proceso y la ejecución de la pena en el evento en que la decisión sea revocada mediante los recursos de ley. (...)



Finalmente, como con esta decisión se ha dado una interpretación al artículo 355 del procedimiento penal, en la que se implica considerar que de alguna forma se puede prescindir de la medida de aseguramiento aún tratándose de un delito relacionado con el narcotráfico y con una pena mínima tan alta, se dispone que la revocatoria de la medida de aseguramiento se produzca sólo cuando esta decisión quede en firme para que mejor criterio de otros órganos de control o de segunda instancia tengan oportunidad de manifestarse al respecto".

h. El 28 de julio de 2003 Dívar Izquierdo Martínez, consignó el valor estipulado por caución prendaria (fl. 218 EP).

i. Se profirió por el despacho comisionado la orden de libertad el 5 de agosto de 2003 (pág. 235 EP), y ese mismo día Dívar Izquierdo Martínez la recobró, y suscribió acta de compromiso (pág. 240 EP).

j. El lapso en el que estuvo privado de la libertad fue del 29 de abril al 5 de agosto de 2003, para un total de tres (3) meses y seis (6) días.

4.3.4.2. Sobre otros aspectos específicos del trámite procesal referido a Dívar Izquierdo Martínez, se encuentra:

a. El 14 de mayo de 2003, Fredy Ríos Álvarez, otro de los capturados y quien se presentó como el dueño de los 80 bultos de urea y contratante de los tres conductores dentro de estos Dívar Izquierdo Martínez, con la coadyuvancia de su apoderada, le expresó a la Fiscalía su deseo de acogerse a la audiencia de sentencia anticipada (pág. 58 EP).

b. En diligencia del 27 de mayo de 2003, Fredy Ríos Álvarez aceptó el cargo por el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos del artículo 382 del C. P. en calidad de coautor y a título de dolo, con la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 10 del artículo 58 del C.P. por actuar en coparticipación criminal (pág. 104-108 EP). Ese mismo día se ordenó la ruptura de la unidad procesal para seguir el caso por separado entre aquél y los tres conductores capturados (pág. 110 EP).

c. Un primer resultado de examen de laboratorio de estupefacientes practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, recibido el 3 de junio de 2003 en la Fiscalía 15 Especializada, determinó que la muestra estudiada tenía urea (pág. 120 EP).

d. Pero el 11 de junio de 2003, la Fiscalía 15 Especializada le remite al Cuerpo Técnico de Investigaciones -CTI- de la Fiscalía General de la Nación y al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, otras muestras del material incautado (pág. 129-130 EP), que si bien se ordenaron desde el inicio de la investigación, solo se tomaron por el despacho comisionado el 5 de junio de 2003 (pág. 125-127 EP).

e. En resultado de examen de laboratorio de estupefacientes practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, recibido el 21 de julio de 2003 en la Fiscalía 15 Especializada, se determinó que las



muestras estudiadas eran positivo en urea y que en ellas se encontró urea (pág. 196 EP). Y en dictamen rendido por el Cuerpo Técnico de Investigación, recibido el 21 de agosto de 2003 en la Fiscalía 15 Especializada, se determinó que las muestras estudiadas contenían urea (pág. 271-272 EP).

f. El 8 de octubre de 2003, la dependencia instructora dispuso el cierre de la investigación y dio traslado para alegatos de conclusión (pág. 287 EP), providencia que quedó ejecutoriada el 20 de enero de 2004 y el traslado corrió del 21 al 30 de ese mes y año (pág. 288 EP).

g. El 28 de abril de 2006, la Fiscalía 15 Especializada al calificar el mérito del sumario, precluyó la instrucción en favor de Dívar Izquierdo Martínez y de los otros dos conductores, por el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos (fl. 45-49; 325-334 EP). Consideró:

"Revisado el proceso con detenimiento, se observa que no existe la practica de diligencia alguna que determine con certeza la cantidad de UREA transportada en los tres vehículos en que se transportaban los aquí investigados, pues si bien se habla de una totalidad de 80 bultos, no se determino el peso de cada uno de estos bultos. Ello resulta de suma importancia si se tiene en cuenta que en la resolución 005 de noviembre de 2002 se determina que la ilicitud se inicia una vez se supere el Transporte de (100) Kilos de UREA AMONIACAL. Aspecto este que resulta importante resaltar, no se determino en la investigación, es decir no se sabe con precisión la cantidad de UREA transportada por los hoy sindicados.

Ahora bien de la misma manera se observa que milita en la investigación el experticio técnico adiado a Julio 11 de 2003 en el cual determina el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (folio 138.co) que las muestras remitidas corresponden a UREA, sin mas especificaciones, sustancia esta que no resulta equivalente con la estancia controlada en la resolución 005 de noviembre de 2002, esto es UREA AMONIACAL. A la misma conclusión arribo el Cuerpo Técnico de Investigaciones Fiscalía General de la Nación- División Criminalística, Laboratorio Área de Química Aplicada (folio 195 c.o.), quien precisa que la sustancia objeto de experticia es UREA, de lo cual es dable señalar que esta no es la sustancia a la que hace referencia la mencionada resolución emanada de la Comisión Nacional de Estupeficientes.

Se debe precisar que de tiempo a tras de manera exegetica se relaciono la UREA como precursor para la elaboración de sustancias estupeficientes, posteriormente en la resolución 005 de noviembre de 2002 se determino que la sustancia a controlar, era tan solo la UREA AMONIACAL, excluyendo de dicho control las demás variedades de UREA".

h. La anterior decisión fue notificada el 22 de junio de 2006 (pág. 334 EP); Dívar Izquierdo Martínez ya había radicado oficio en el que se daba por notificado el 18 de mayo de 2006 (pág. 335 EP). La providencia no fue apelada y quedó en firme el 27 de junio de ese año (pág. 334 EP).

4.3.5. La verificación en el caso, de los elementos exigidos

I. El daño: Se acreditó en el expediente la restricción efectiva y real de la libertad de Dívar Izquierdo Martínez entre el 29 de abril y el 5 de agosto de 2003, para un total de tres (3) meses y seis (6) días, por medida de



aseguramiento de detención preventiva en calidad de coautor del delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos del artículo 382 del C.P. proferida por la Fiscalía 15 Especializada dentro del proceso 90.686 (fl. 29-33; pág. 6, 39-44 EP) .

El proceso terminó con la decisión del 28 de abril de 2006, proferida por la Fiscalía 15 Especializada al calificar el mérito del sumario, a través de la cual resolvió precluir la instrucción en favor de Divor Izquierdo Martínez y de los otros dos conductores, porque consideró que ni por la cantidad ni por la variedad de la sustancia incautada se configuraba el delito investigado (fl. 45-49; 325-334 EP). Significa lo anterior, que la Fiscalía General de la Nación no desvirtuó la presunción de inocencia de Divor Izquierdo Martínez respecto de los hechos por los cuales ordenó su privación de la libertad.

No obstante, en este caso especial ello no estructura la antijuridicidad del daño, de manera principal porque la privación de la libertad de Izquierdo Martínez no terminó por cuenta de dicha decisión de preclusión, pues ya se había adoptado la revocatoria de la medida casi tres años antes, el 23 de julio de 2003, al encontrar el funcionario instructor que con base en esa entonces reciente sentencia de la Corte Constitucional (C-30 de 2003), la caución prendaria cumplía frente a los imputados la misma función de la detención preventiva (fl. 35-44; pág. 197-206 EP). En lugar de ello y como se verá en el acápite siguiente, en el presente caso la "antijuridicidad" del daño, se determina por la ilegalidad de la medida de aseguramiento, pues la decisión que ordenó la privación de la libertad tuvo falencias y fue irregular, con lo que no cumplió con los requisitos que exigía el Código de Procedimiento Penal de la época, situaciones estas que además, conducen a tener la falla del servicio como el régimen de responsabilidad aplicable para resolver el presente proceso.

De otra parte, constituye un daño antijurídico toda lesión o menoscabo de un interés legítimo protegido por el Derecho, sea patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación legal de soportar o su padecimiento no está justificado por el ordenamiento normativo.

En esta ocasión, la libertad personal es un derecho fundamental que está tutelado, es decir, protegido, por el ordenamiento jurídico colombiano (Constitución Política, Preámbulo y artículos 1, 2, 5, 13, 28) y en el internacional (Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos), por lo tanto, cualquier restricción ilegal o injusta al mismo se constituye como un daño antijurídico; razón por la cual cuando a una persona se le priva de la misma en forma arbitraria, se está en presencia de este tipo de daño, como es el caso referido al que aquí se reclama, máxime cuando están todas las autoridades de Colombia obligadas a proteger la libertad de todas las personas, por expreso mandato constitucional, especialmente en el inciso segundo del artículo 2 y el artículo 28. No obstante, se debe tener presente que el derecho aludido también



admite que queda restringida (Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004), con lo que no siempre se genera responsabilidad patrimonial del Estado, pues las normas generales permiten que las autoridades judiciales puedan vincular a determinadas personas a un proceso penal cuando sea estrictamente necesario, e incluso imponer una medida de aseguramiento cuando se establezca que en extrema y última medida es de impositiva aplicación y se cumplan las condiciones para ello, con el fin de garantizar su comparecencia al proceso penal, o impedir que siga delinuyendo o evitar que destruya la investigación, en garantía del interés público.

Por lo tanto, se probó el daño antijudicial que se reclama, así como también sus partes constitutivas. Certo, pues está demostrada y es real la privación injusta de la libertad por la cual se demandó; de carácter personal, porque la sufrió tanto la víctima directa como sus efectos los padecieron demandantes; directo, en cuanto afectó a unos individuos dados, quienes sufrieron la consecuencia de la restricción de su ser querido; efectiva, pues los beneficios que daba su libertad no eran una expectativa de tenencia.

También es determinado, ya que el monto resarcitorio puede ser establecido con precisión o estimado mediante presunciones, indemnizable, toda vez que tiene contenido económico, representado en perjuicio de distinta índole (Materiales, morales, entre otros) que se pueden presentar porque constituyó una pérdida entonces; anormal, ya que no está dentro de las cuentas de alguien sufrir la restricción del derecho por causas externas debido a decisiones judiciales.

Lo cual constituye -El daño antijudicial- el primer elemento de la responsabilidad que se le atribuye a las autoridades demandadas; pero el que por sí solo, no tiene la virtud de hacerlas responsables, aún

IX. La imputación

2.1. La legalidad de la medida de privación de la libertad. El Código de Procedimiento Penal vigente en la fecha de los hechos estaba contenido en la Ley 600 de 2000, que en sus artículos 325, 326 y 327 establece los fines, los requisitos y la procedencia de la detención preventiva como medida de aseguramiento, prescripciones legales que se debían cumplir y analizar de manera expresa al adoptar la decisión restrictiva del derecho.

En este caso, si bien es cierto que se establece que podían existir en el expediente instructivo más de dos indicios graves de responsabilidad con base en los pruebas legalmente obtenidas hasta el momento de adoptar la medida y que esta podía ser procedente por el mínimo de penas de prisión que contemplaba el delito imputado, como lo expresó el Fiscal 15 Especializado, no es menos cierto que el funcionario instructor se concentró en describir la existencia de causas de ausencia de responsabilidad (Artículo 325, C.S.P.), pero omitió el cumplimiento de establecer en la providencia que la medida se justificaba porque era necesaria, razonable y proporcionada para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso.



la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria" (Artículo 355, C.P.P).

Y si a lo anterior se agrega que el análisis efectuado al resolver la situación jurídica era propio pero de una decisión calificatoria o absolutoria como si estuviera ya resolviendo sobre la responsabilidad del entonces apenas imputado, deja en evidencia y resalta la falta de sustento respecto de las razones que hacían imperiosa la adopción de la privación de la libertad de Izquierdo Martínez, pues en ninguna parte de la providencia se pronuncia respecto de los riesgos que se correrían al dejarlo en libertad por posible fuga o no comparecencia, o por continuación de actividades delictuales o por obstrucción o perturbación procesal o probatoria.

Quiere decir que al no establecer en siquiera un solo aspecto, cuando podía disponer de los elementos suficientes para hacerlo, que la decisión de la detención preventiva era necesaria, razonable o proporcionada, la medida de aseguramiento que la ordenó deviene en ilegal, pues no cumplió con los fines exigidos en la normativa penal (Artículo 355, C.P.P), para lo que no era suficiente contar con indicios y la procedencia medida en el caso, como bien lo exigen la Corte Constitucional (Sentencia 037 de 1996 y SU 072 de 2018) y el Consejo de Estado en las múltiples sentencias citadas en estas consideraciones.

2.2. La culpa de la víctima. En el expediente no aparece demostrado que con su actuar y ya vinculado al proceso penal, Dívar Izquierdo Martínez incidió en la causación del daño antijurídico que reclama, esto es, en la privación de su libertad. Para ello, se tiene en cuenta que a pesar de haberse incautado en su vehículo una sustancia que inicialmente se tuvo como prohibida de transportar, con los elementos probatorios con que contaba el Fiscal 15 Especializado al momento de imponer la medida de aseguramiento, pudo establecer el funcionario instructor que entre los tres conductores existió concordancia en sus afirmaciones sobre los hechos, y que Fredy Ríos Álvarez desde su propia indagatoria, ya le había expresado que él era el dueño de la sustancia incautada, que él la había comprado, había relatado las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que contrató los servicios de transporte de los tres conductores y que él fue cuando ocupaba un lugar en el vehículo de la caravana que iba adelante, quien de manera directa frenteaba el paso ante retenes militares y les mostraba y dirigió las rutas que tomaron y los cambios de vías por los que los hizo transitar y los sitios donde pernoctaban.

De otra parte y ante la no impugnación de la decisión que le impuso la medida de aseguramiento, como lo ha expresado el Consejo de Estado (M. P. Martín Bermúdez Muñoz, 23 de abril de 2020, rad. 54001-23-31-000-2008-00477-01, 43122), "22.- Contrariamente a lo sostenido por el a quo, la Sala destaca que la interposición de los recursos de ley no es un presupuesto para poder demandar la responsabilidad del Estado por



privación de la libertad, según lo dispuesto en los artículos 67.1 y 70 de la Ley 270 de 1996. Por tal razón, la omisión en su interposición tampoco puede configurar la culpa exclusiva de la víctima". No obstante, esta postura es acogida en la Sala por mayoría, ya que se expuso el criterio que las disposiciones citadas por nuestra Alta Corte solo la excluyen en casos de error jurisdiccional, pero no ante los otros dos factores generadores de responsabilidad en ejercicio de esta función, la privación injusta de libertad y el defectuoso funcionamiento de la administración de Justicia.

Por lo tanto, como se demostró en el expediente que la privación de la libertad de Dívar Izquierdo Martínez fue ilegal, y por ello deriva en injusta, se impone acoger las pretensiones de la demanda y así se declarará en la parte resolutive.

2.3. La entidad responsable. En el expediente aparece acreditado que la autoridad estatal que ordenó y mantuvo la privación de la libertad de Dívar Izquierdo Martínez, fue la Nación-Fiscalía General de la Nación, lo cual efectuó a través de la Fiscalía 15 Especializada mediante la providencia del 7 de mayo de 2003, cuando al resolverle la situación jurídica, le impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva en calidad de coautor del delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos del artículo 382 del C.P. (fl. 29-33; pág. 6, 39-44 EP), y al siguiente día profiere el orden de detención en su contra (fl. 34; pág. 46 EP).

Por lo tanto, es la entidad que será condenada.

Respecto del demandado Ejército Nacional, se encuentra que se limitó a efectuar la captura del hoy demandante y de inmediato ponerlo a órdenes de la Fiscalía General de la Nación. Ninguna decisión adoptó sobre la privación de su libertad, y el órgano instructor tenía plena competencia y autonomía procesal para decidir. Por lo tanto, se negarán las pretensiones formuladas en su contra.

Lo anterior también es aplicable a la demandada Procuraduría General de la Nación, pues tampoco profirió decisión alguna ordenando la detención preventiva de Izquierdo Martínez, ni estaba en su competencia revocarla ni la obligación perentoria de cuestionarla. Y contrario a lo que expuso la demanda, el órgano de control si bien puede participar en los procesos penales, lo haría solo mediante conceptos que no tienen fuerza vinculante para el funcionario instructor; y en este caso, nadie puede garantizar que de haber intervenido, sus consideraciones hubieran sido en favor de los aquí imputados.

4.4. Por lo tanto, y ante el problema jurídico que se planteó, se responde que la Nación-Fiscalía General de la Nación es responsable por los daños que reclaman los demandantes con ocasión de la privación de la libertad de Dívar Izquierdo Martínez.

4.5. Los perjuicios y su reparación

En la demanda se pidieron perjuicios morales, y materiales en sus dos modalidades de daño emergente y lucro cesante.

4.5.1. Perjuicios Morales. Se presumen en favor de la persona detenida, de su cónyuge o compañero o compañera permanente y de sus parientes más cercanos que son los que están en el nivel 1 y 2 de las tablas que ha estructurado el Consejo de Estado a partir del 28 de agosto de 2014 para efectos de la indemnización de perjuicios inmateriales, esto es, quienes acrediten estar dentro del primer y segundo grado de consanguinidad, por el dolor, la angustia, la aflicción, el padecimiento y la tristeza que sufren cuando un ser querido está privado de la libertad, impedidos de recibir y darle su cariño de manera personal y directa y por las penurias que se padecen en las cárceles colombianas.

La aplicación de la presunción jurisprudencial se concreta y acredita con la prueba del parentesco, pero la parte demandada puede desvirtuar la existencia del perjuicio moral reclamado, pues dicha presunción admite prueba en contrario. Así, el padre, la madre, el cónyuge o compañera o compañero permanente, los hijos tienen con la persona que estuvo privada de la libertad en forma injusta una relación conyugal y paterno-filial (Cónyuge o compañero o compañera permanente, padres e hijos al ser de primer grado de consanguinidad) y se encuentran en el nivel 1, y nuestra Alta Corporación Judicial estableció que para la acreditación solo se requerirá la prueba del estado civil, la que efectivamente fue aportada respecto de los beneficiarios que se determinan más adelante (Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 36149, M.P. Hernán Andrade Rincón (E)), y se cuantifica conforme con la tabla que dicha providencia estableció, teniendo en cuenta que el lapso en el que estuvo privado de la libertad Izquierdo Martínez fue del 29 de abril al 5 de agosto de 2003, para un total de tres (3) meses y seis (6) días.

Se les concederán a Dívar Izquierdo Martínez, afectado directo; Sandra Liliana Leal Herrera, en su calidad de cónyuge, pues si bien no se anexó el registro civil de matrimonio, se considera probada con la partida de matrimonio y la mención en la diligencia de indagatoria (fl. 25; pág. 29-33 EP), y Paula Valentina Izquierdo Leal, en su condición de hija, que se acredita con el registro civil de nacimiento de la menor (fl. 26). A cada uno de ellos, el equivalente a 50 SMLV.

4.5.2. Daños materiales-Daño Emergente. El Código Civil consagra en el artículo 1613 que *"La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante"*, y el artículo 1614 establece que *"Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento"*. Los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, siempre deben estar probados y es el



detrimento patrimonial que se sufre por las erogaciones realizadas o la disminución efectiva que se padece.

Se piden \$6.000.000 por este concepto, aduciendo gastos para el pago de honorarios profesionales por la defensa en el proceso penal.

En el expediente no se probó la erogación de suma alguna que deba indemnizarse, por lo que no se conceden.

4.5.3. Daños materiales-Lucro cesante. El Código Civil consagra en el artículo 1613 que *"La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante"*, y el artículo 1614 establece que *"Entiéndese (...) por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento"*.

Los daños materiales en la modalidad de lucro cesante pueden presentarse como consolidados (los que existen, es el perjuicio cierto, que "ya se exteriorizó", es "una realidad ya vivida", que "se haya concluido la falta del ingreso") y futuros (La disminución del patrimonio de la víctima que sobrevendrá, los ingresos que dejarán de percibirse).

El lucro cesante, al igual que el daño emergente, siempre debe estar probado, pero en algunos casos se admite presunción, como cuando se indemniza a quien estuvo privado injustamente de la libertad por los ingresos que se frustraron ante la imposibilidad de realizar la actividad económica o laboral a la que se dedicaba al momento de su detención, o a los hijos por los perjuicios derivados de la muerte del padre que le prohijaba su sostenimiento, en principio, si aquellos son menores de 25 años, entre otros casos.

En las pretensiones de la demanda se alude como su respaldo los dineros dejados de percibir por Izquierdo Martínez debido a su detención preventiva y se piden \$1.200.000, por tres meses y seis días.

En el expediente no se demostró suma alguna que devengara Izquierdo Martínez en los meses previos a su detención.

No obstante, sí se acreditó que ejercía la labor de conductor con las declaraciones de Rodrigo Muñoz Ríos, Luis Alberto Ortiz Laguna, Norvey Osorio Espinosa y Carlos Arturo Cuellar Rey y se confirmó que de lo obtenido le correspondía el 30%, pues el 70% se lo debía entregar a su hermano Simeón, propietario del vehículo (pág. 174-194 E P).

Pero estas pruebas no demuestran la cuantía de lo que percibía, pues no se respaldan en registros o datos verificables ni creíbles, no mencionan cifra alguna, y no están corroboradas con las demás del proceso, ni se adjuntaron otras adicionales procedentes, por ejemplo, declaraciones de renta, estados



financieros, extractos bancarios, certificados expedidos por contador o en los formatos de la Dian.

En consecuencia y a pesar que no se probó la remuneración que devengaba Izquierdo Martínez al momento de la privación de su libertad, se procede a favorecerlo con la presunción de devengar un (1) SMMLV para agosto de 2003, que ha fijado en forma pacífica y reiterada el Consejo de Estado, entre otras, en las sentencias del 10 de septiembre de 2014 (M.P. Hernán Andrade Rincón, rad. 25000-232600019951136901, 27771) y en las de unificación del 28 de agosto de 2014, exp. 31170, M.P. Enrique Gil Botero y exp. 36149, M.P. Hernán Andrade Rincón (E).

Por lo tanto, se presume que devengaba por su 30% en agosto de 2003 el valor equivalente a un (1) SMMLV (\$332.000); para establecer el salario base de liquidación o valor mensual asignado en pesos, esa suma se actualiza al día de la presente providencia, con la fórmula que utiliza para el efecto la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁹.

Como quiera que la suma obtenida (\$667.293) es inferior al SMMLV de la fecha de la sentencia, se tomará el valor del salario mínimo que rige hoy, \$877.803¹⁰.

Ese es entonces el Ingreso Base de Liquidación; no se incrementa en el 25% que en algunas oportunidades reconoce la jurisprudencia por prestaciones sociales, por cuanto Izquierdo Martínez no tenía vinculación laboral alguna, es decir, no era trabajador dependiente, como bien lo consagra el Consejo de Estado, entre otras, en las sentencias, M. P. María Adriana Marín, 27 de septiembre de 2008, rad. 41001-23-31-000-2006-00709-01, 52709; y M. P. Marta Nubia Velásquez Rico, 24 de mayo de 2018, rad. 18001-23-31-000-2011-00264-01, 56371; M. P. Martín Bermúdez Muñoz, 28 de mayo de 2020, rad. 25000-23-26-000-2011-00621-01, 46985.

El lapso de liquidación será de tres (3) meses y seis (6) días, que corresponde a 3.2 meses.

El valor final a hoy como lucro cesante que se le ordenará pagar en esta sentencia a la entidad estatal en favor de Izquierdo Martínez, es de \$2.808.969¹¹.

Esta suma es concordante con la pedida en la demanda, pues en esta se cuantificó sin la actualización que aquí se hace, por lo que hay la

⁹ La fórmula es Va (valor a pagar) = Rh (valor histórico) * If (IPC certificado por el Dane para el último mes con dato disponible anterior al de la fecha de la sentencia del Tribunal) / Ii (IPC certificado por el DANE para el mes en el cual ocurrió el hecho que se reprocha). Así:
 $Va = Rh (\$332.000) * \frac{\text{Índice final (Mayo/20: 105.36)}}{\text{Índice inicial (Agosto/03: 52.42)}} = \$667.293.$

¹⁰ Debe tenerse en cuenta que estos perjuicios se cuantifican con el salario actualizado a hoy. Por ello, cuando la entidad vaya a cumplir debe hacer la liquidación (art. 176, 177 y 178 C.C.A) teniendo como hito temporal inicial el de la presente sentencia, y no la fecha del hecho dañoso u otra distinta.

¹¹ La fórmula es: $Va = IBL * n$ meses; esto es, $Va = \$877.803 * 3.2 = \$2.808.969.$



congruencia que exige el artículo 305 del entonces aplicable C.P.C. y 281 del hoy vigente CGP.

5. Otras decisiones

5.1. Costas. No se condena en costas, toda vez que de la conducta de las partes, no se evidencia que hayan incurrido en mala fe ni temeridad en sus intervenciones, ni son constitutivas de abuso del derecho.

5.2. Comunicación y remisión. Se ordenará que por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca, se remita copia de esta sentencia por correo –Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público en carácter de mera información; y el expediente al Tribunal Administrativo del Meta para que prosiga con los trámites procesales, incluido el de notificación de la sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR a la Nación–Fiscalía General de la Nación, responsable por los perjuicios causados a los demandantes con la privación injusta de la libertad de Dívar Izquierdo Martínez.

SEGUNDO. CONDENAR en consecuencia, a la Nación – Fiscalía General de la Nación, a pagarle a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

2.1. Perjuicios morales: en SMMLV equivalentes en pesos a la fecha de ejecutoria de la sentencia, a Dívar Izquierdo Martínez, Sandra Liliana Leal Herrera y Paula Valentina Izquierdo Leal: 50 SMMLV a cada uno de ellos.

2.2. Perjuicios materiales - Lucro cesante: Para Dívar Izquierdo Martínez, \$2.808.969.

TERCERO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO. DECLARAR que no hay condena en costas.

QUINTO. DAR cumplimiento a lo dispuesto en esta sentencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 176 y 177 del C.C.A, para lo cual se expedirán por el Tribunal Administrativo del Meta las copias, comunicaciones, certificaciones y demás documentos correspondientes, conforme con las exigencias del artículo 114 del Código General del Proceso.



SEXO. ORDENAR que por Secretaría del Tribunal Administrativo del Meta, se liquiden los gastos del proceso y si lo hubiere, devolver a la parte demandante el saldo respectivo.

SÉPTIMO. ORDENAR que en firme en el Tribunal Administrativo del Meta esta decisión, se archive el expediente, previos sus registros.

OCTAVO. ORDENAR que previas las anotaciones de rigor, por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca: (i) Se remita copia de esta providencia por correo –Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información, y (ii) Se devuelva el expediente al Tribunal Administrativo del Meta, para que prosigan los trámites procesales que correspondan, incluido el de notificación de la sentencia.

La presente providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado



YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada



LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada