



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B
Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Proceso número: 15001-23-31-000-2009-00037-01(**38945**)

Demandante: Marco Hollman Cabra Naranjo y otros

Demandada: Nación-Fiscalía General de la Nación

Acción: Reparación directa

Temas: Privación injusta de la libertad por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y prevaricato por omisión. Culpa exclusiva de la víctima por desatender las obligaciones y prohibiciones que le eran exigibles en su calidad de miembro de la Policía Nacional.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia del 24 de marzo de 2010 del Tribunal Administrativo de Boyacá que negó las pretensiones de la demanda (fls. 337 a 350, c. ppal. 2).

SÍNTESIS

Se demanda la responsabilidad extracontractual de la Nación-Fiscalía General de la Nación por la privación de la libertad que padeció el señor Marco Hollman Cabra Naranjo, como presunto autor de los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y prevaricato por omisión, quien fue absuelto por cuanto no se logró acreditar que cometió tales conductas punibles.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1. El señor Marco Hollman Cabra Naranjo, en su propio nombre y en el de sus hijos menores, Holman Andrés y Víctor Julián Cabra Mendoza, en ejercicio de la acción de reparación directa, presentó demanda en contra de la Nación-Fiscalía General de la Nación¹ (fls. 1 a 17 y 306 a 308, c. ppal. 1).

1.1. Las pretensiones

2. La parte demandante solicitó las siguientes declaraciones y condenas (fls. 15 a 16 y 306, c. ppal. 1):

1). Que la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-Fiscalía General de la Nación es responsable objetivamente y por ello están obligados a indemnizar patrimonialmente al demandante e hijos por los daños materiales, presunción que es legal Art. 411 C.C., al actor para quien peticiono como daño material la suma de cien S.M.L.M.V. para el actor y 25 S.M.L.M.V. para cada uno de sus hijos al precio que certifique la Superintendencia Bancaria y debidamente indexados al momento de el (sic) pago de la sentencia.

Lo anterior además de estar reconocido jurisprudencialmente constituye presunción legal establecida en el Art. 411 numeral 3 C.C.; numeral 9.

2). Daño Moral. Que la Nación-Ministerio de la Defensa Nacional-Ejército Nacional y la Fiscalía General de la Nación a través del Gerente de la Administración Judicial de el (sic) Consejo Superior de la Judicatura están obligados a indemnizar por los daños morales causados al actor en 100 S.M.L.V. y a cada uno de sus hijos en 26 S.M.M.L.V. al precio que certifique la Superintendencia Bancaria al momento de la sentencia y debidamente indexados.

3). Que la Nación-Fiscalía General de la Nación es responsable objetivamente por el daño a la vida de relación debiendo indemnizar al actor

¹ En las pretensiones se mencionó a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional. El *a quo*, con auto del 15 de septiembre de 2009, dejó sin efectos el auto admisorio de la demanda para que se corrigiera el poder en el sentido de incluir a dicha autoridad (fls. 304 y 305, c. ppal. 1). La parte demandante recurrió dicha decisión, para que no se tuviera en cuenta la mención a ese órgano (fls. 306 a 308, c. ppal. 1). El Tribunal, a través de proveído del 9 de diciembre de 2009, revocó la providencia del 15 de septiembre de 2009 y aceptó el desistimiento de las pretensiones incoadas en contra de esa autoridad (fls. 314 a 316, c. ppal. 1).

con 50 S.M.M.L.V. y 25 S.M.M.L.V. para cada uno de sus hijos al precio que certifique la Superintendencia Bancaria y debidamente indexados. Salarios mínimos legales mensuales para cada uno y 25 salarios mínimos mensuales para cada uno de sus hijos (sic).

4). Sobre las anteriores cantidades de dinero se pagaran al actor a través del al (sic) abogado que los representa y se cancelaran intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia según ha dispuesto la jurisprudencia (H. Corte Constitucional Sent. C-188/99 marzo 24 de 1999), a la tasa que establezca la Superintendencia Bancaria.

5). Que todos los valores materia de la condena sean actualizados o indexados a la fecha de la sentencia.

6). Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del Art. 176 a 178 del C.C.A.

7). Que en cumplimiento de la sentencia se expida copia del cumplimiento del fallo (sic) ordenando expedir copias de la sentencia con destino al abogado ENRIQUE RODRÍGUEZ FONTECHA, indicando que presta mérito ejecutivo al tenor de lo normado en el Art. 115 del C. de P. C.

1.2. Los hechos

3. Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume a continuación (fls. 1 y 8, c. ppal. 1):

3.1. El 28 de julio de 2005, en Puerto Boyacá, el demandante incautó unos estupefacientes y los puso a disposición de su capitán. Por esos hechos, el actor fue acusado por tráfico de estupefacientes y prevaricato, además, fue retirado del servicio por resolución del 30 de julio de 2005 de la Policía Nacional.

3.2. En la etapa de juicio, las acusaciones fueron desestimadas, por lo que se absolvió al demandante y se ordenó su libertad inmediata, comoquiera que la denunciante se retractó y hubo irregularidades en la investigación que en su contra se adelantó.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4. La Nación-Fiscalía General de la Nación (fls. 91 a 105, c. ppal. 1) indicó que no se estructuraron los supuestos esenciales para predicar alguna clase de

responsabilidad estatal, comoquiera que la medida de aseguramiento se sustentó en serios indicios que pesaban en contra del actor como presunto responsable de los delitos investigados, máxime cuando fue un juez de control de garantías quien legalizó la captura e impuso la medida de aseguramiento.

4.1. Propuso las excepciones de “*falta de legitimación por pasiva*”, en tanto, no impuso la medida de aseguramiento, de ahí que sea imposible declarar su responsabilidad.

4.2. La “*culpa determiante (sic) de un tercero*”, comoquiera que el daño resulta atribuible a quien denunciaron los hechos que dieron lugar a la investigación.

4.3. La “*culpa de la víctima*”, dado que el demandante desatendió los deberes a los que estaba sujeto y las funciones que le eran propias, pues participó en un operativo sin que ello le fuera ordenado, para ello usó su uniforme sin una orden de trabajo, y no dio aviso a sus superiores ni a la autoridad judicial.

4.4. La “*ausencia de nexo de causalidad entre los daños y la actividad de la Fiscalía General de la Nación*”, en tanto, fue la Policía Nacional quien lo retiró del servicio, sin que el afectado haya agotado las instancias legales para su reincorporación, y, en todo caso, esa circunstancia no lo imposibilitaba para desempeñar otras actividades productivas.

II. LA SENTENCIA APELADA

5. El *a quo* negó las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su decisión advirtió que la Fiscalía General de la Nación carecía de legitimación material en la causa por pasiva, dado que fue un juez con funciones de control de garantías quien impuso la medida de aseguramiento.

III. SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSO DE APELACIÓN

6. Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación (fls. 353 y 354, c. ppal. 2) y adujo que la Fiscalía General de la Nación está llamada a responder por los daños que causó por inducir en error al juez de control de garantías, cuando sin fundamentos solicitó una medida de aseguramiento.

2. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

7. La Nación-Fiscalía General de la Nación (fls. 365 a 371, c. ppal. 2) requirió se confirmara la sentencia apelada e insistió en las excepciones propuestas en la primera instancia².

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. Jurisdicción, competencia y acción procedente

7.1. Como en el presente asunto funge como parte la Nación (artículos 82 y 149 del Código Contencioso Administrativo), su conocimiento corresponde a esta **jurisdicción**, siendo esta Corporación la **competente**, toda vez que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988 y modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos. Además, en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad la cuantía resulta irrelevante para determinar la competencia, por estar todos estos adscritos funcionalmente de manera exclusiva a los tribunales en

² La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

primera instancia, tal como lo prevé la Ley Estatuaria de Administración de Justicia³.

8. De otro lado, el artículo 86⁴ del Código Contencioso Administrativo prescribe que la reparación directa constituye la **acción procedente** para buscar la declaratoria de responsabilidad extracontractual en los eventos en los que se juzga un hecho de la Administración, tal como ocurre en el presente caso.

9. Asimismo se advierte que la decisión de darle prelación al presente caso, obedece a lo acordado por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación el 25 de abril de 2013, cuando se decidió que los asuntos que versen sobre privaciones injustas de la libertad –entre otros temas–, pueden decidirse por las Subsecciones, sin sujeción al turno.

1.2. La legitimación en la causa

10. Toda vez que el señor Marco Hollman Cabra Naranjo comparece al proceso como afectado directo con la actuación de la demandada, se encuentra legitimado por **activa** para reclamar los perjuicios que puedan derivarse de dicha actuación. Asimismo, los demás actores se encuentran legitimados por encontrarse demostrados sus lazos de parentesco consanguíneo con el citado demandante⁵.

11. Respecto de la legitimación en la causa por **pasiva**, a diferencia de lo sostenido por el *a quo*, se constata que el daño que se invoca en la demanda

³ La Ley 270 de 1996 desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad y fijó la competencia funcional para conocer de tales asuntos en primera instancia en cabeza de los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, del Consejo de Estado, sin que sea relevante consideración alguna relacionada con la cuantía. Para tal efecto puede consultarse el auto proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 9 de septiembre de 2008, exp. 2008-00009-00, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴ “La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa”.

⁵ Está acreditado que Holman Andrés y Víctor Julián Cabra Pedroza son hijos de Marco Hollman Cabra Naranjo (registros civiles de nacimiento –fls. 27 y 39, c. ppal. 1–).

proviene de actuaciones y decisiones que corresponden a la Nación-Fiscalía General de la Nación, de manera que se encuentra legitimada en el asunto de la referencia.

11.1. Conviene precisar que el mandato constitucional incorporado para asegurar la implementación del sistema acusatorio en materia penal, atribuyó al juez con funciones de control de garantías la adopción de medidas necesarias para asegurar la comparecencia del imputado al proceso penal, entre ellas, la restricción de su libertad. La Carta Política facultó al legislador para establecer aquellos eventos en los que la Fiscalía General de la Nación pudiera realizar capturas de manera excepcional, con el control posterior de las mismas a cargo del juez con funciones de control de garantías⁶.

11.2. El Código de Procedimiento Penal, adoptado a través de la Ley 906 de 2004, desarrolló el mandato constitucional que incorporó el sistema penal acusatorio en nuestro país. Bajo este diseño legislativo, se distinguió el rol de la Fiscalía General de la Nación como autoridad investigadora y el del Juez, de un lado desde el ejercicio de la función de control de garantías y de otro, como juez de conocimiento durante la etapa del juicio.

11.3. En torno a la restricción de la libertad, conviene precisar que el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 consagró una solicitud de imposición de medida de aseguramiento procedente del fiscal, dotada de los elementos necesarios para darle sustento a su necesidad y urgencia, la cual se somete a consideración del juez con funciones de control de garantías.

⁶ El artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo no. 3 de 2002, dispuso: *“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. (...) En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función. La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes”.*

11.4. A la autoridad judicial compete finalmente decretar la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva, además de que se cumpla, conforme al artículo 308 *ejusdem*, alguno de los siguientes requisitos: i) que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; ii) que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima o iii) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

11.5. Ahora bien, no discute la Sala que el Código de Procedimiento Penal implementado con la Ley 906 de 2004, radica en cabeza del juez con funciones de control de garantías la competencia para decidir sobre la libertad del imputado, sin embargo, no es menos cierto, que la solicitud de restricción se origina por la solicitud formulada al juez por el fiscal investigador, e igualmente, se asigna al fiscal, en eventos excepcionales la realización de capturas.

11.6. Al respecto, la Corte Constitucional distinguió las competencias atribuidas al fiscal y al juez, a partir de la Ley 906 de 2004. En su orden consideró que al juez de control de garantías se le instituyó como “*el principal garante de la protección judicial de la libertad y de los derechos fundamentales de quienes participan en el proceso penal y sujetó el ejercicio de las competencias relativas a la restricción de las libertades y derechos de los ciudadanos al control de dicha autoridad judicial independiente*”⁷. Señaló por su parte, que en un primer momento el fiscal no es competente para restringir la libertad del imputado, sin embargo, con ocasión del tercer inciso del numeral 1º del artículo 250 de la Carta Política, el Tribunal Constitucional consideró que al haberse facultado excepcionalmente para realizar capturas, se atribuyó a su vez, una competencia excepcional, que en ningún modo puede entenderse “*como el mantenimiento en*

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-730 del 12 de julio de 2005, exp. D-5442, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

*cabeza de dicho organismo de una competencia que expresamente quiso dejarse en cabeza de una autoridad judicial*⁸.

11.7. En consideración a lo anterior, la Sala ha precisado que desde la óptica de la responsabilidad administrativa por la privación injusta de la libertad imputada tanto a la Fiscalía General de la Nación como a la Rama Judicial, de quien fue procesado en vigencia del Código de Procedimiento Penal, adoptado mediante la Ley 906 de 2004, existe legitimación en la causa por pasiva de las dos entidades, debido a su intervención conjunta en la imposición de la medida de aseguramiento; no obstante, en el caso concreto corresponderá al juez contencioso administrativo verificar el grado de participación de cada una en la privación de la libertad⁹, a partir de las facultades constitucionales y legales atribuidas dentro del sistema penal acusatorio, conforme se ha esbozado en esta oportunidad.

1.3. La caducidad

12. Teniendo en cuenta que la sentencia absolutoria fue dictada el 7 de abril de 2006, sin que aparezca la fecha en que esta cobró ejecutoria, a pesar de que con auto para mejor proveer del 31 de mayo de 2016 se requirió esa información al Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá, quien remitió el proceso penal sin adjuntar dicha constancia. Sin embargo, revisadas las actuaciones penales en la inspección judicial que se le practicó al expediente en cita, se concluyó que en contra de la sentencia absolutoria no se interpuso recurso de apelación, por tanto, dicha providencia está ejecutoriada.

⁸ *Ibidem.*

⁹ Sobre el particular, la Sala indicó “*En todo caso, se ha de reconocer que, en tanto que al juez de garantía tiene la decisión final sobre la adopción de las medidas de aseguramiento y la carga de ponderar los argumentos de la Fiscalía sin que le sea lícito aceptar acríticamente toda solicitud que se le presente, cabe predicar una mayor responsabilidad de la Rama Judicial que de la Fiscalía, que carece del control definitivo sobre la decisión. Por esta razón, se entiende que concurriendo la Fiscalía y la Rama Judicial en la causación del daño para el caso esta Sala le atribuye un 40% a la primera, en tanto que a la Rama corresponde el 60%. Máxime si se considera que fue justamente en sede del juicio oral que se condenó al demandante, prolongando innecesariamente la privación de la libertad de que fue objeto*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de agosto de 2017, exp. 45159, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

12.1. Así, para computar la caducidad se tomará la fecha de expedición de la sentencia –7 de abril de 2006–, por tanto, la demanda presentada el 4 de abril de 2008 (fl. 18, c. ppal.), lo fue en el bienio previsto en el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo¹⁰.

2. PROBLEMA JURÍDICO

13. La Sala debe determinar si la privación de la libertad que soportó el señor Marco Hollman Cabra Naranjo, en el marco de la investigación penal seguida en su contra, constituye una detención injusta que compromete la responsabilidad de la Nación-Fiscalía General de la Nación.

3. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

14. Sea lo primero referir que los documentos allegados por las partes lo fueron dentro de la oportunidad pertinente, por lo que pueden ser valorados¹¹. Además, frente a las pruebas documentales trasladadas de la investigación penal¹², la Sala debe señalar que no fueron tachadas de falsas por las partes; respecto de los testimonios trasladados, se tiene que fueron practicados con audiencia de las

¹⁰ “La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa”.

¹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero. En esa oportunidad se dijo que las copias simples obrantes en el proceso y que surtieran el principio de contradicción tienen plenos efectos probatorios. Claro está salvo: “[S]i se desea acreditar el parentesco, la prueba idónea será el respectivo registro civil de nacimiento o de matrimonio según lo determina el Decreto 1260 de 1970 (prueba ad solemnitatem), o la escritura pública de venta, cuando se busque la acreditación del título jurídico de transferencia del dominio de un bien inmueble (prueba ad sustanciam actus). (...) De modo que, si la ley establece un requisito –bien sea formal o sustancial– para la prueba de un determinado hecho, acto o negocio jurídico, el juez no puede eximir a las partes del cumplimiento del mismo; cosa distinta es si el respectivo documento (v.gr. el registro civil, la escritura de venta, el certificado de matrícula inmobiliaria, el contrato, etc.) ha obrado en el expediente en copia simple, puesto que no sería lógico desconocer el valor probatorio del mismo si las partes a lo largo de la actuación no lo han tachado de falso”. En el mismo sentido, véase: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de septiembre de 2014, exp. 2007-01081-00(REV), C.P. Alberto Yepes Barreiro.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 11 de septiembre de 2013, exp. 20601, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

partes; por ello no es necesaria su ratificación.

15. Así las cosas, con el fin de abordar integralmente la problemática que suponen el recurso de apelación interpuesto, la Sala analizará la demostración del daño, toda vez que se trata del primer elemento que debe dilucidarse para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado¹³, de manera que, resuelto el tema relativo a la afectación de los intereses de la parte demandante, se entrará a estudiar la imputación.

3.1. El daño

16. En el *sub lite*, el daño alegado por el demandante es la afectación a su libertad, durante el tiempo que estuvo privado de esta, en el marco de la investigación penal, en la que fue capturado y recluido en un establecimiento penitenciario.

16.1. Sobre el periodo de privación, la Sala advierte que, según quedó reseñado en la minuta de guardia de la Policía Nacional (fl. 398, c. ppal.), el demandante fue capturado el 30 de julio de 2005 y, conforme al acta de compromiso (fl. 10, c. de juicio 2 en c. de inspección judicial), recuperó su libertad el 6 de diciembre de 2005. Por tanto, estuvo privado de la libertad por cinco (5) meses y cuatro (4) días.

3.2. La imputación

17. Frente a la imputación del daño irrogado a la parte actora, se destacan los siguientes hechos de la investigación penal:

17.1. El 28 de julio de 2005, la señora Arelis Castillo presentó denuncia penal por los siguientes hechos (fls. 70 a 75, c. de audiencias preliminares en c. de inspección judicial):

¹³ Cfr. HENAO, Juan Carlos. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 37.

Nosotros llegamos a la residencia ubicada al frente de la plaza de mercado en un segundo piso, sobre un supermercado grande, hoy a las tres de la tarde, veníamos de San Pablo, sur de Bolívar, MARÍA VARGAS, otra señora de nombre YANETH MORENO, llegamos en una buseta de COTAX, pedimos una habitación [en el hotel Admirador], ingresamos a la habitación, como a los quince o veinte minutos llegaron dos policías, nosotras estábamos dentro de la habitación, nos dijeron que les entregáramos lo que traíamos porque ellos sabían que nosotras traíamos algo. Se metieron y buscaron, el más jovencito entró al baño, quitó la tapa de la cisterna y encontró un paquete de base de coca, lo cogió, nos dijo que le entregáramos el resto, entonces nosotras sacamos el resto de base de coca que teníamos debajo de la cama y se la entregamos, en total son cuatro kilos, nos dijeron que eso tenía delito, que iban a venir a buscar la patrulla (sic), que no viéramos luego en un establecimiento, del cual no me acuerdo el nombre, a las cinco de la tarde, fuimos a ese lugar y no llegaron, ellos antes de salir del hotel nos dijeron que trabajáramos con ellos, que ellos nos hacían cualquier favor, nosotras esperamos en ese establecimiento que es por ahí cerquita al centro, allá hay piscina, como no llegaron nos vinimos para la estación a informar lo que no había pasado. Eso lo hacemos porque quedamos sin un peso ni para pagar comida, ni para residencia, ni para los pasajes, uno no es delincuente ni mala persona, sino que uno no tiene otra opción de trabajo, esa droga nos la entregó un señor allá en San Pablo, no me acuerdo el nombre. Nosotras nos enteramos de que él tenía esa mercancía, nosotras buscamos una plata pagando intereses, como él también estaba endeudado con los trabajadores, nosotras le pagamos cinco millones de pesos y le quedamos debiendo el resto, es decir, se le deben tres millones de pesos, ahora quedamos con la deuda y sin con que pagar.

PREGUNTA. Haga una descripción física de los policías que les quitaron la droga. CONTESTÓ. Uno de ellos es alto, de unos cuarenta años de edad, canoso, tiene brakets (sic), es trigueño, no se dejaba ver el apellido. El otro es joven, simpático, bajito, un poco gordito, corte bajito, es como trigueño. PREGUNTA. Estaría dispuesta a señalar a estos dos policías mediante fotografías o en persona, CONTESTÓ, Sí estaría dispuesta. En este estado de la diligencia se le coloca de presente, con el visto bueno de mi capitán comandante del distrito, las fotografías de los policiales que integran el distrito existente en el kardex, señalando esta señora y su acompañante al subintendente MARCO HOLMAN CABRA NARANJO, así como al patrullero ANDRÉS FELIPE RENDÓN BEDOYA, quienes pertenecen a la especialidad de vigilancia en esta unidad. PREGUNTADO. Diga en qué medios llegaron estos dos policiales al lugar donde ustedes se hospedaron, CONTESTÓ. No nos dimos cuenta porque estábamos arriba. PREGUNTADO. Qué persona las atendió a usted y a sus dos acompañantes en el hotel cuando llegaron a hospedarse. CONTESTÓ. Nos atendió la recepcionista, no me fijé tanto en ella, era como de treinta y cinco años de edad, solamente estaba ella, ella vio cuando los policiales llegaron. PREGUNTADO. Diga que más escuchó usted acerca del proceder de estos policías. CONTESTÓ. Escuchamos un comentario en el parque antes de las cinco de la tarde que nos sentamos a llorar en el parque de que estos dos policías en día de anoche, como a las diez de la noche, se habían metido a la residencia El Parque y que le habían quitado una droga a un señor que no sabemos quién es, eso lo estaban hablando unos señores que se sentaron en una banca. Ellos, al ver a mi amiga María llorando, nos preguntaron qué nos había pasado, que esos dos policías se les habían metido a la residencia y les habían quitado la droga,

me parece que dijeron que cinco kilos. PREGUNTADO. Diga en qué tipo de empaque traían ustedes la droga y cómo la sacaron los policías del hotel donde ustedes se iban a hospedar. CONTESTÓ. Eran cuatro paquetes envueltos en bolsas y sellados con cinta transparente como amarillita, los policías echaron eso en una bolsa que llevaban color amarilla y se llevaron. PREGUNTADO. Diga si usted o sus dos amigas habían venido antes a Puerto Boyacá. CONTESTÓ. Yo nunca había venido, ni mis amigas tampoco, al bajarnos de la residencia preguntamos a la gente cual residencia era buena y la gente nos indicó esa. PREGUNTADO. Diga si ustedes habían visto antes a estos dos policías. CONTESTÓ. Nunca los habíamos visto. PREGUNTADO. Diga si usted o sus amigas conocen a alguno de los policías que trabajan en este municipio. CONTESTÓ. No nos fijamos, aquí llegamos fue ya oscuro.

17.2. Ese día, un funcionario de la seccional de investigación criminal (SIJIN) de la Policía Nacional entrevistó, en los términos del artículo 206¹⁴ de la Ley 906 de 2004, a la administradora del hotel Admirador en comento, así (fls. 82 y 83, c. de audiencias preliminares en c. de inspección judicial):

Yo llegué a trabajar a las 08:00 horas del día de hoy, en el transcurso de la mañana no se presentó alguna situación especial, a eso de las tres de la tarde llegaron las tres mujeres, pasaron a la habitación 207, venían acompañadas de un muchacho de nombre ALEX que se está hospedando acá desde hace como un mes, entraron a la habitación de él, como a los quince minutos llegó la Policía, me preguntaron que donde quedaba la habitación 227, yo les dije que esa habitación no había, que sería la 207. Ellos tocaron en la 207, salió el muchacho Alex, luego salió la otra muchacha y luego otra, se quedó una adentro, los requisaron ahí afuera, les levantaron las botas de los pantalones, luego se metieron todos a la habitación y cerraron la puerta, se demoraron adentro los policías con las tres damas y el muchacho, como quince minutos, luego salió uno de los policías, el alto, con una bolsa en la mano color anaranjada, me dijo que se llevaban una mercancía que se habían robado en un supermercado el que llevaba la bolsa era el alto, el otro policía salió detrás, luego salió ALEX. Luego salieron dos muchachas y por último la más bajita blanquita, las tres muchachas se pusieron a llorar ahí sentadas en la sala con ALEX, al rato se fueron las tres mujeres y ALEX, yo me fui a las 09:30 de la noche y ninguno había regresado. PREGUNTADO. Diga si los policías se identificaron o descríbalos físicamente. CONTESTÓ. No se identificaron solo me llamaron y me preguntaron por la habitación 20. Uno es alto, delgado, trigüeño, como de unos 40 años, cabello entrecano, como feíto, narizón. El otro era bajito, bien

¹⁴ “Entrevista. Cuando la policía judicial, en desarrollo de su actividad, considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo presencial de un delito o que tiene alguna información útil para la indagación o investigación que adelanta, realizará entrevista con ella y, si fuere del caso, le dará la protección necesaria. // La entrevista se efectuará observando las reglas técnicas pertinentes y se emplearán los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo. // Sin perjuicio de lo anterior, el investigador deberá al menos dejar constancia de sus observaciones en el cuaderno de notas, en relación con el resultado de la entrevista”.

querido, de pelo negro liso, no tan moreno, con facciones bien parecidas, si los vuelvo a ver los reconozco.

17.3. El 29 de julio de 2005, se entrevistó a las señoras que Arelys Castillo aseguró, en su denuncia, la acompañaban el día de los hechos, señoras María Vargas y Magda Moreno (fls. 76 a 79, c. de audiencias preliminares en c. de inspección judicial).

17.4. Además, se entrevistó a la encargada de asear el hotel Admirador, en los siguientes términos (fls. 82 y 83, c. de audiencias preliminares en c. de inspección judicial):

Ayer la [administradora] me llamó como a eso de las tres de la tarde para que fuera al hotel Admirador y le colaborara con el aseo, cuando yo estaba en el hotel, vi que entraron tres muchachas y dijeron que iban para la habitación 207, al rato entró un muchacho a la misma habitación, de ahí no supe más porque cerraron la puerta, como al rato llegaron dos policías, preguntaron que donde quedaba la habitación 227, la [administradora] les contestó que no había esa habitación, que había era la 207, ellos golpearon, salió el señor y una señora, vi que los requisaron luego los policías se entraron a la habitación y cerraron la puerta, de ahí no sé nada más porque terminé lo que estaba haciendo y me fui para el otro hotel.

17.5. Ese día, se entrevistó a Lusvin Navarro –ocupante de la habitación 207 del hotel Admirador–, quien relató lo que sigue (fls. 90 y 91, c. de audiencias preliminares en c. de inspección judicial):

[María] Luisa Vargas es sobrina mía, cuando llegué de la calle a la pieza mía en el hotel Admirador, habitación 207, le dije a mi sobrina que porque no se salía de la pieza mía, ya que me iba a meter en un problema, mi sobrina estaba con dos señoras que nunca las había visto, estando yo diciéndole eso que eran como las dos y media o tres de la tarde, llegaron dos agentes la Policía nos cogieron a todos en la habitación nos preguntaron que de quien era eso, yo les dije que no sabía porque acababa de llegar de la calle, lo que había ahí era droga, pasta de coca, ellos sacaron eso de debajo de la cama, estaba envuelta en cinta eran como paquetes, los policías echaron eso en una bolsa amarilla, salieron pero antes de irse dijeron que fuera a la [ilegible], me dijeron a mí, yo le dije que por qué tenía que ir por allá si eso no era mío, ellos me dijeron que si no iba me envainaban, yo fui como a las cinco de la tarde con un amigo mío de nombre César, pero no fue ningún policía, ninguna de las mujeres iba, solamente fui yo con César, luego salimos para el centro, luego me fui para la habitación a las siete de la noche, es decir para el hotel, salí a comer como a las ocho y media, me encontré con un amigo me tomé un fresco y llegué a las cuatro y media de la mañana de hoy, me bañé y salí con César para una finca en una vereda (...) cuando llegué de allá recibí la llamada de mi sobrina para que me presentara en el puesto de

Policía. (...) En este estado de la diligencia se le pone de presente al testigo el Kardex de los policías que laboran en Puerto Boyacá, en donde manifiesta que el subintendente Marco Holman Cabra Naranjo tiene algo de parecido al policía que fue al hotel y que era alto.

17.6. El 30 de julio de 2005, con fundamento en las declaraciones de los investigadores de la SIJIN Nelson Arévalo y Carlos Vanegas –quienes hicieron las anteriores entrevistas–, la fiscalía solicitó al juez de control de garantías que librara orden de captura en contra de Arelys Castillo, María Vargas, Magda Moreno, Marco Cabra –el demandante– y Andrés Rendón. Ante el juez, bajo la gravedad de juramento, los investigadores hicieron un recuento de las entrevistas que efectuaron. Con esa base, el juez ordenó la captura de los implicados (lado a, casete de audiencias preliminares).

17.7. En la misma fecha, en compañía del defensor público (lado b, casete de audiencias preliminares), se llevó a cabo ante el juez de control de garantías: **a.** el control de legalidad de la captura; **b.** la formulación de la imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y **c.** la imposición de la medida de aseguramiento, previa petición de la Fiscalía General de la Nación (fls. 46 a 50, c. de audiencias preliminares en c. de inspección judicial).

17.7.1. En esa oportunidad, cuando el juez de control de garantías le preguntó ¿qué tiene que decir respecto a la imputación formulada por la fiscalía? la señora Arelys Castillo –denunciante– manifestó: “*Resulta de que (sic) cuando llegamos al hotel, recibimos una llamada de amenazas, entonces nosotros nos dio miedo, llegamos a la policía, pedimos una protección (sic), llegaron los señores policías y se llevaron las bolsas, no sabemos qué tenían las bolsas, entonces no creo que nos están acusando de drogas, porque la verdad es que no sabemos si era droga o no era droga*” (lado b, casete de audiencias preliminares).

17.7.2. A su vez, María Vargas señaló: “*Yo digo lo mismo que dijo la señora, nosotras [ininteligible] los policías la cogieron y ya, nosotras no sabíamos qué venía en esa bolsa*” (lado b, casete de audiencias preliminares).

17.7.3. Magda Moreno: *“Yo digo lo mismo que ellas dijeron, traíamos unas bolsas, los policías nos las cogieron ahí en la residencia, no sabíamos que traían y recibimos una llamada y nos amenazaron por esas bolsas”* (lado b, casete de audiencias preliminares).

17.7.4. Marco Cabra: *“Con todo respeto señor juez, esperaré el aporte de pruebas y hago mi derecho (sic) de presunción de inocencia”* (lado b, casete de audiencias preliminares).

17.7.5. Andrés Rendón: *“Con todo respeto que usted se merece señor juez, espero el aporte de pruebas y guardo silencio”* (lado b, casete de audiencias preliminares).

17.7.6. La fiscalía solicitó la medida de aseguramiento privativa de la libertad para los implicados, así (lado b, casete de audiencias preliminares):

Por cuanto se reúnen los requisitos establecidos tanto en el artículo 308 como en el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal. El 313 sobre el aspecto objetivo dice que en los delitos investigables de oficio cuando el mínimo de la pena previsto por la ley sea o exceda de cuatro años, el artículo 376 del Código Penal nos dice que la pena de prisión por este delito es de ocho a veinte años de prisión y la Ley 890 de 2004 en su artículo 14 nos dice que las penas imponibles en el Código Penal se aumentarían en el mínimo en la tercera parte y en el máximo en la mitad, lo cual supera ampliamente los cuatro años que exige el artículo 313.

En cuanto al artículo 308 dice que se reúna o que se cumpla alguno de los requisitos que se enumeran, dice que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso [ininteligible] es más que obvio que aunque se tiene el derecho a no aceptar cargos, porque no se tiene la obligación de declararse culpable, no se tiene la obligación de declarar en contra propia o de sus familiares, el hecho de que no acepten, pues esto nos permite saber que tanto las damas como los caballeros no aceptan la conducta y es muy probable que evadan el ejercicio de la justicia y que no comparezcan ante la fiscalía o ante un juzgado que se les requiera (sic) y el numeral 2 que dice que constituyan un peligro, dadas las circunstancias de comisión del hecho, es decir, se trata de distribución de droga, para este delito el peligro consiste en que se continúe su distribución, máxime en las circunstancias como nos lo mencionan las mismas damas que a ellas [ininteligible] saben de qué se trataba y de lo cual consta en las entrevistas que se harán valer, no en este momento, sino en el juicio, en su momento

cuando se desenvuelva la investigación, entonces todas las circunstancias que nos han demostrado tanto en esta diligencia, como las previas a ella, nos demuestran que el peligro tanto de que se obstruya la justicia, como de que se continúe con la distribución de la droga que se continúen haciendo y ejerciendo actividades como las que se ejercieron son evidentes estos dos [ininteligible] tanto el objetivo como el subjetivo es lo que (sic) le solicita la fiscalía que se imponga medida de aseguramiento en contra de [los imputados].

17.7.7. El juez de control de garantías accedió a la solicitud del ente acusador e impuso la medida de aseguramiento privativa de libertad por lo que sigue (lado b, casete de audiencias preliminares):

Considera el despacho que efectivamente se trata de un delito cuya pena mínima supera los cuatros años aumentados en la tercera parte como lo manifiesta la nueva ley que aumentó las penas en el Código Penal. Teniendo en cuenta que, dos de los aquí presentes y que son imputados dentro del proceso, son miembros activos de la Policía Nacional, cual es el caso del señor Marco Cabra y Andrés Rendón, el primero que menciono no tiene residencia registrada en el municipio de Puerto Boyacá, por lo tanto se le decreta la detención preventiva en establecimiento carcelario (...) por haberse dado todas las circunstancias de la posibilidad (sic) en especial la posibilidad de evadir el accionar de la justicia, así como consistir en posible peligro para la comunidad, ya que se trata del delito de droga alucinógenas que pueden poner en circulación dentro de nuestro municipio.

17.8. El 1° de agosto de 2005, se entrevistó al comandante Hilbar Reyes, quien relató los siguientes hechos (fls. 106 y 107, c. de audiencias preliminares en c. de inspección judicial):

Para ese día jueves aproximadamente a las siete de la noche llegaron a mi oficina las señoras ARELIS DEL CARMEN y MARÍA LUISA VARGAS, a lo cual manifestaban que solo querían hablar con el capitán comandante de la Policía de Puerto Boyacá, manifestaron que venían a informar unos hechos en los que se encontraban involucrados unos policías de quienes dieron sus características físicas y morfológicas que el primero de ellos era alto, canoso y usaba brakets (sic), al cual dijo que su apellido era CABRA y el segundo que es de cabello negro y piel blanca, robusto, que decía llamarse RENDÓN o RONDÓN, ellas seguían con mucha insistencia y angustia, diciendo que los policías uniformados habían llegado al hotel en donde ellas se encontraban hospedadas, aproximadamente a las tres de la tarde y que las habían presionado e intimidado para que ellas les entregaran la droga estupefaciente la cual ellos sabían que ellas tenían, ellas asustadas les entregaron cuatro kilos y medio de base de coca, que habían traído de San Pablo, sur de Bolívar, para venderla en este municipio la cual se llevaron consigo los policías, también manifestaron que estos dos policías, habían llegado la noche anterior al hotel el Parque y les habían quitado nueve kilos de droga a otras personas, me dijeron que les ayudara a recuperar al menos

la mitad de la droga para ellas obtener algún dinero y poderse marchar a San Pablo, ya que se habían quedado sin cinco, después de esto de inmediato me comuniqué con mis superiores en Barrancabermeja, para informarles la novedad presentada, en ese instante estas señoras se retiraron de mi oficina y cuando supe al rato era que ellas se encontraban formulando una denuncia en la SIJIN, para mí fue fácil identificar a los dos policías sospechosos de este acto, ya que para ese día jueves en mención se les había otorgado la tarde deportiva a partir de las 14:00 horas y estos dos policías formaron uniformados, manifestando que ellos no tenían ropa para deportes, esto lo manifestó el subintendente CABRA, ya que él se encontraba en comisión en la estación de Policía de Puerto Boyacá, por haber tenido novedades de indisciplina en la estación de policía de Bosconia con su superior, el patrullero RENDÓN manifestó que se quedaba con CABRA apoyando la vigilancia.

17.9. El 13 de agosto de 2005, se entrevistó a una empleada de las residencias El Parque, así (fls. 108 y 109, c. de audiencias preliminares en c. de inspección judicial):

Yo estaba en las residencias trabajando en el turno de la noche [del 27 de julio], no recuerdo la hora, llegaron dos policías y me preguntaron por la habitación no. 8, yo se las señalé y ellos se dirigieron a la habitación que estaba cerrada, ellos golpearon y los huéspedes abrieron, los policías entraron, duraron como diez a quince minutos y salieron los policías y llevaban una bolsa, no recuerdo el color, no puedo describir a los policías, porque no los [ilegible], si los veo no sé si los reconozca, no supe qué fue lo que sacaron en la bolsa de la habitación de los huéspedes, ni los huéspedes hicieron algún comentario de esto, nadie más se dio cuenta que los policías entraron a la residencia y eso es todo lo que tengo que decir, en la habitación, como huéspedes, había una pareja, los cuales no se registraron en el libro porque dijeron que iban a pasar el rato, pero no recuerdo cuanto rato llevaban ahí y no han vuelto, no los recuerdo, nada más.

17.10. El 29 de agosto de 2005, la fiscalía le formuló acusación al demandante por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y prevaricato por omisión, por los siguientes hechos (fls. 2 a 5, c. de juicio no. 1 en c. de inspección judicial):

El 28 de julio de 2005, llegaron a esta localidad las señoras ARELIS CASTILLO, LUISA VARGAS y MAGDA MORENO, se hospedaron en el hotel Admirador; al día siguiente, es decir, el 29 del mismo mes y año se presentaron ante la SIJIN las mencionadas damas y denunciaron el hurto de que fueron víctimas por parte de dos Agentes de la Policía. Al indagárseles, qué fue lo que se les hurtaron, manifestaron que una "droga", una sustancia estupefaciente, base de coca que traían para ser distribuida en esta localidad. Luego de solicitarle a las damas, que señalaran en dicha oficina del cuadro policial a los agentes que habían cometido este hecho, lo hicieron en las personas de MARCO CABRA y ANDRÉS RENDÓN, miembros activos de la Policía Nacional. Quienes además no acudieron a una actividad de la

Policía, a la cual debían presentarse el día y hora de los hechos, sin presentar excusa alguna para ello. Se supo por información de las damas que la droga se encontraba en una bolsa plástica de color amarillo, misma que fue vista por la empleada –repcionista– del Hotel Admirador, cuando era sacada de allí por los Agentes aludidos. Es de anotar que el deber de los agentes de la Policía que han incumplido es el de haber hecho entrega y reporte inmediato de la droga incautada a sus superiores, pero prefirieron apoderarse de ella.

Con las evidencias encontradas en contra de las damas arriba mencionadas como denunciantes y los dos agentes de la policía involucradas (sic), y observando que el delito a investigar comporta medida de detención preventiva, se solicitó audiencia preliminar ante Juez de Garantía, con el fin solicitar la captura de las 5 personas que resultan comprometidas con el ilícito, misma que fue autorizada y se hizo efectiva el mismo día a las 12:30 y (sic) del día; también se solicitó y realizó audiencia ante el Juez Segundo Civil Municipal, con funciones de control de Garantías para legalización de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, la cual se impuso a los 5 comprometidos.

17.11. El 10 de noviembre de 2005, se llevó a cabo la audiencia preparatoria. Las partes solicitaron las pruebas que pretendían hacer valer en la audiencia de juicio oral (casetes de audiencia preparatoria nos. 1, 2 y 3). Los defensores de los acusados solicitaron la exclusión de la denuncia penal instaurada por la señora Arelys Castillo y las entrevistas de las señoras María Vargas y Magda Moreno así como los testimonios con los que se pretendían incorporar esas declaraciones al proceso. El juez negó esa solicitud y concedió el recurso de apelación, promovido en contra de esa determinación, en el efecto devolutivo (labo b, casete de audiencia preparatoria no. 3).

17.12. El 21 de noviembre de 2005, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales ordenó al juez de conocimiento que remitiera todas las diligencias que conformaban el proceso penal, a efectos de poder resolver el recurso (fls. 16 y 17, c. de apelación en c. de inspección judicial).

17.13. El 30 de noviembre de 2005, el juzgado de conocimiento concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo y remitió todo el expediente contentivo de la investigación penal al superior (fl. 104, c. de juicio no. 1 en c. de inspección judicial y lado b, casete de audiencia preparatoria no. 4).

17.14. El 1° de febrero de 2006, el tribunal confirmó la decisión de primera instancia en cuanto negó la exclusión de la denuncia formulada por la señora Arelys Castillo y excluyó las entrevistas de las señoras María Vargas y Magda Moreno del debate probatorio (fls. 81 a 83, c. de apelación en c. de inspección judicial).

17.14.1. En punto a la denuncia, el tribunal consideró que (minutos 12:10 a 15:09 del archivo 15572800002920058033201_170012204002_1.wmv del disco compacto en c. de inspección judicial):

Fue practicada con el lleno de los requisitos constitucionales y legales que su recepción demanda, para llegar a tal conclusión debemos tener en cuenta que entre las características de la denuncia se hallan las siguientes: a. es un acto unilateral, ya que el deber de denunciar lo tienen todos los habitantes del territorio colombiano, mayor de dieciocho años, siempre y cuando se trate de hechos que hubiere conocido y cuya investigación pudiere iniciarse de oficio; b. es instantáneo en razón a que se realiza con un solo acto, en un solo momento aunque en el decurso del proceso se vislumbren sus efectos, pero continúa siendo instantáneo; c. es no ratificarle en esencia, porque para que se inicie el proceso penal no se requiere que el denunciante primero se ratifique bajo juramento; d. es informativo, porque informa oficialmente a la autoridad jurisdiccional la perpetración de una conducta considerada presumiblemente como delito; e. es facultativo, en cuanto los particulares deciden de manera espontánea denunciar los derechos (sic) punibles de que conozcan e f. irrevocable, en cuanto la denuncia, pilar de la acción penal, no ofrece la facultad dispositiva de la querrela, en la medida de que los intereses que se encuentran comprometidos son los de naturaleza pública y su titularidad corresponde a la Fiscalía General de la Nación. Por tal motivo el acto de denuncia se agota con el hecho de su presentación, siendo en adelante objeto de impulso oficioso, motivo por el cual resulta irretractable por el denunciante, quien si lo hace no hace nugatoria la acción penal ni destruye la investigación o los efectos de la misma.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que la señora Arelys Castillo acudió de manera voluntaria ante las autoridades para denunciar que miembros del orden se habían apropiado de la sustancia estupefaciente que pretendía comercializar en Puerto Boyacá, que fue debidamente informada de su derecho a no autoincriminarse y sin embargo renunció a él, es claro que la misma fue practicada en debida forma, respetando las garantías constitucionales y legales de la quejosa. En este sentido no acontece lo mismo con las señoras Moreno y Vargas a quienes se les recepcionó entrevista cuando ya se contaban con razones fundadas para deducir que estaban incurso en un delito, pues cuando se recibió la noticia criminis, la policía judicial desconocía los motivos de la misma, por tal razón resulta inconducente la solicitud dirigida a que se excluya tal evidencia en cuanto en su práctica no se advierte irregularidad alguna que socave el derecho de defensa y el debido proceso.

17.14.2. En cuanto a las entrevistas, el tribunal sostuvo que (minutos 9:35 a 11:40 del archivo 15572800002920058033201_170012204002_1.wmv del disco compacto en c. de inspección judicial):

Debían excluirse por resultar ilícitas e ilegales, ciertamente, aunque parecía ser que las procesadas renunciaron a su derecho de guardar silencio, en cuanto su defensor solicitó fueron escuchadas en declaración en la etapa del juicio, lo cierto es que esta circunstancia por sí sola no resulta suficiente para aceptar que las entrevistas rendidas en la etapa preliminar sean aportadas al juicio, en tanto debe determinarse si fueron recepcionadas observando todos los requisitos constitucionales y legales que reclaman, hipótesis que no se da en este caso, por los siguientes razones:

En este evento concreto, para ordenar su recepción no podía acudirse a lo dispuesto en el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, en la medida que las señoras María Vargas y Magda Moreno no eran testigos presenciales del delito ni víctimas del mismo. En este sentido es claro que, para el momento en que se realizó la entrevista que hoy pretende allegarse al juicio, ya la policía judicial contaba con razones fundadas para inferir que se trataba de personas autoras del delito de tráfico de estupefacientes, como que ya la señora Arelys Castillo había dado cuenta de tal hecho al formular la noticia criminal, por tal motivo se imponía, en primer lugar, ponerles de presente el derecho reconocido constitucionalmente de guardar silencio y en el evento de que hubiesen prestado su consentimiento informado, renunciando a su derecho a callar, debieron estar asistidas de un abogado defensor; sin embargo, luego de un examen detenido de las entrevistas, de manera inmediata se advierte que, contrariando las disposiciones citadas, se les recepcionó entrevista como si se tratase de testigos, cuando no lo eran, se omitió advertirles acerca del derecho que tenían de guardar silencio y finalmente no estuvieron asistidas de un abogado como debió acontecer, razones más que suficientes para concluir que se trata de evidencia ilícita e ilegal que por tal motivo merece ser excluida

17.15. El 16 de febrero de 2006, se reanudó la audiencia preparatoria. El defensor de las acusadas desistió del testimonio de estas. La fiscalía insistió en que fueran decretadas esas declaraciones para ser practicadas en el juicio oral. El juez desestimó el decreto de tales pruebas y excluyó su práctica bajo el principio de la no autoincriminación, pues las declarantes llamadas por la fiscalía eran acusadas y tenían derecho a guardar silencio. Además, se fijó fecha para la celebración de la audiencia de juicio oral (lado b, casete de audiencia preparatoria no. 2).

17.16. El 24 de marzo de 2006, se llevó a cabo la audiencia pública de juicio oral (casetes de audiencia de juicio oral nos. 1 y 2), oportunidad en la que comparecieron los

testigos llamados por el ente acusador, según puede leerse en el fallo absolutorio, pues en los casetes correspondientes a esa audiencia ni en algún otro aparecen tales testimonios¹⁵.

17.17. El 7 de abril de 2006, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá absolvió al demandante por los delitos de tráfico de estupefacientes y prevaricato, así (fls. 28 a 36, c. ppal.):

1.- Los delitos por los cuales la Fiscalía General de la Nación, a través de la delegada ante este juzgado, acusó a ARELYS CASTILLO, MARÍA VARGAS, MAGDA MORENO, MARCO HOLMAN CABRA NARANJO y ANDRÉS RENDÓN, además por prevaricato a los dos últimos, los tipifica y define el C.P., en los artículos 376 y 414 del C.P., con los siguientes textos: [sigue con el texto de los artículos 9, 11, 12, 376, 414 de la Ley 599 de 2000 y 381 de la Ley 906 de 2004].

2.- Las normas transcritas le sirven al juzgado para hacer las siguientes consideraciones y con ellas fundamentar la sentencia que anticipadamente se dio a conocer a través del sentido del fallo. En efecto, si bien pudo suceder que los acusados cometieron los delitos a ellos endilgados por la fiscalía, los cuales se encuentran tipificados y definidos inequívocamente en las normas previamente transcritas, es innegable también que, de conformidad con las exigencias de las disposiciones citadas, especialmente la última, resulta imposible proferir la decisión solicitada por la fiscalía en sus alegatos de conclusión, porque como se dijo en el sentido del fallo, las pruebas debatidas en el juicio son exclusivamente de referencia.

Es fácil llegar a esta conclusión, si se parte de lo realmente acontecido en todo el contexto del caso, porque démonos cuenta cómo el mismo señor fiscal, al presentar la teoría del caso en la audiencia pública del juicio oral, no la enuncia como la demostración de la responsabilidad penal de los acusados sino como un “Caso ilícito con un procedimiento ilícito”. La contraparte, es decir, los defensores de los acusados, desde la misma formulación de la acusación, se propusieron dejar sin piso jurídico y probatorio el asunto que ocupa nuestra atención. Ellos, sin que fuera oportuno, desde entonces solicitaron la exclusión como pruebas, la noticia criminal formulada por la acusada ARELYS CASTILLO y las entrevistas hechas a MARÍA VARGAS y MAGDA MORENO, por ser ilícitas. La sala Penal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales excluyó por ser de esta naturaleza las entrevistas de las señoras VARGAS y MORENO, dejando incólume la denuncia o noticia criminal.

¹⁵ Con oficio del 27 de julio de 2016 (fl. 377, c. ppal.), el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá remitió todo el expediente contentivo del proceso penal adelantado en contra del demandante y que consta de cinco cuadernos y siete casetes. En los casetes correspondientes al juicio oral aparecen los alegatos de conclusión de las partes en dicha diligencia, donde se mencionan los testimonios rendidos en esa oportunidad, pero en ninguno de los casetes allegados aparecen registrados los testimonios.

No obstante, la fiscalía querer (sic) introducir directamente en el juicio este elemento material probatorio le resultó imposible, porque en primer término, la denunciante desde la misma formulación de la imputación se retractó de lo dicho en la noticia criminal; y en segundo lugar, al no haber comparecido a la audiencia pública del juicio oral, donde según su defensor rendiría testimonio y la fiscalía pretendía interrogarla o contrainterrogarla, se repite, el ente acusador no pudo acreditar e introducir como prueba en forma directa la noticia criminal, la cual es obvio, debe contener las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los hechos investigados y por tal motivo este fallador no pudo conocer de primera fuente ese medio de conocimiento.

3.- La fiscalía no puede dar por hecho, como lo alega, que en el juicio debatió con pruebas idóneas y no con las señaladas el inc. 2° del art. 381 del C. de P. P., la responsabilidad de los acusados, porque si miramos la presentación que hizo de los medios de prueba solicitados en la audiencia preparatoria y si los mismos se analizan y se valoran, se llega a la conclusión que todas son pruebas de referencia; que ninguna señala en forma directa a los acusados de portar, traficar o fabricar estupefacientes y menos que los agentes de la policía MARCO HOLMAN CABRA NARANJO y ANDRÉS RENDÓN, cometieron además de este delito, el de prevaricato por omisión, al no entregar e informar a las autoridades respectivas sobre la ilicitud realizada por las acusadas, sino que ellos se apoderaron de la droga, lesionando de esta manera la administración pública.

La señora LUZ CORTÉS, fue la primer testigo que presentó la fiscalía en el juicio oral y ella como administradora del hotel Admirador, se contrae en manifestar que le consta que el 28 de julio de 2005 tres señoras se hospedaron en la habitación 207 y que hasta allí llegaron dos agentes de la policía preguntando por la habitación 227; al no existir este número le dijeron que sería la 207 y se dirigieron a ese cuarto, requisaron al muchacho y a las mujeres que en el mismo se hospedaban; como a los 15 o 20 minutos los agentes salieron con una bolsa de color anaranjado. Este testimonio así rendido, por sí solo o en conjunto, no demuestra absolutamente nada en relación con las conductas punibles investigadas. Diferente si como apoyo de este medio de prueba se acredita y se introduce en el juicio, por lo menos, la noticia criminal; la situación probatoria y jurídica cambiaría radicalmente. En síntesis, esta testigo jamás refiere que los huéspedes de la habitación 207 del hotel Admirador que ella administra, el día 28 de julio del año 2005 portaban estupefaciente cocaína y que los dos agentes de la policía que entraron allí se apoderaron de esa droga.

El subintendente NELSON ARÉVALO, Jefe de la Policía Judicial, es el segundo testigo que la fiscalía presenta como prueba de esta naturaleza en el juicio y al ser debatido ampliamente, este sostiene, enfatiza y reitera lo que le contaron las tres mujeres provenientes de San Pablo Sur de Bolívar y no que a él le conste directamente la comisión de los ilícitos investigados. Esto es, como le correspondió recepcionar la noticia criminal que formuló ARELYS CASTILLO, esta le contó que ese día 28 de julio de 2005, como a las 3:00 de la tarde, habían llegado de San Pablo junto con MARÍA VARGAS y YANETH MORENO; se ubicaron en un hotel frente a la plaza de mercado en un segundo piso y como a los 15 o 20 minutos llegaron dos policías que sabían que ellas traían algo; se metieron a la habitación y buscaron, el más jovencito entró al baño, quitó la tapa de la cisterna y encontró un paquete de base de coca, lo cogió y les dijo que le entregaran el resto, entonces ellas sacaron el

resto de base de coca que tenían debajo de la cama y se la entregaron, en total 4 kilos, les dijeron que eso era delito, que iban a buscar la patrulla, que se vieran luego en un establecimiento del cual no recuerdan el nombre; a las 5:00 de la tarde fueron a ese lugar y los policías no llegaron; ellos antes de salir del hotel les dijeron que trabajaran con ellos, que ellos les hacían cualquier favor.

La narración que el subintendente ARÉVALO hace de lo que le contaron tanto la denunciante ARELYS CASTILLO como las entrevistadas por él, MARÍA VARGAS y MAGDA MORENO, es amplia, detallada y precisa. Sin embargo, como puede verse, es un recuento de lo que ellas le dijeron y no el conocimiento directo de la realización de los delitos atribuidos a los acusados. ARÉVALO no dice porque no le consta, que él haya visto que en realidad las mujeres transportaban base de coca en cantidad de 4 kilos y que los agentes CABRA NARANJO y RENDÓN, se la quitaron y se apropiaron de la sustancia alucinógena.

La testigo OLGA GARCÍA, aseo del hotel Admirador, corrobora lo dicho por la administradora de este establecimiento LUZ CORTÉS, que un día jueves llegaron tres señoras, se hospedaron en el hotel, habitación 207, que al rato llegaron dos policías, preguntaron por la habitación 227, le dijeron que no existía esa habitación que solo había hasta la 207, entraron allí, requisaron a un muchacho y a las mujeres y luego salieron con una bolsa en la mano de color amarillo. Estas dos señoras en momento alguno afirman haber visto a las tres mujeres en posesión de estupefacientes o que el contenido de la bolsa que llevaban los dos policías que entraron al hotel fuera droga a base de cocaína.

YURLEDYS MELÉNDEZ, recepcionista de las residencias El Parque, le consta que el día anterior a los hechos, o sea, el 27 de julio de 2005, dos policías entraron a ese lugar y los describe físicamente como los agentes MARCO HOLMAN CABRA NARANJO Y ANDRÉS RENDÓN quienes entraron a una de las habitaciones, hablaron con los que se hospedaban en ella y luego salieron. Con esta prueba la fiscalía quiso demostrar la costumbre de estos dos policías de proceder en la forma en lo que lo hicieron al día siguiente en el hotel Admirador con las mujeres procedentes del Sur de Bolívar. Esta prueba serviría como indicio en el evento en que la fiscalía hubiera demostrado que las acusadas portaban el estupefaciente base de coca y los acusados se apropiaron del mismo, dejando la investigación sin el elemento material probatorio para los fines que con vehemencia y en forma reiterada reclaman los defensores; es decir, tanto para determinar la cantidad y la calidad de la droga como para efectos de la sanción punitiva y para establecer la competencia del funcionario judicial.

JESÚS GÓMEZ, ALEJANDRO BEDOYA y LUÍS BULA, son agentes patrulleros de la Policía Nacional, quienes al unísono afirman conocer a MARCO HOLMAN CABRA NARANJO y a ANDRÉS RENDÓN, como compañeros en esta ciudad y que para el día de los hechos, 28 de julio de 2005, estos no asistieron a la actividad deportiva que regularmente organizaba los días jueves la policía. Esta información también serviría como indicio en el caso que la fiscalía hubiera demostrado que las acusadas portaban estupefacientes y que los agentes CABRA NARANJO y RENDÓN, en vez de ir a la actividad deportiva se fueron al hotel Admirador a despojar del estupefaciente a las tres mujeres provenientes del sur de Bolívar.

El capitán de la policía HILBER REYES, refiere también que las tres mujeres le contaron que habían llegado del sur de Bolívar con 4 kilos de base de coca y que dos policías se los quitaron. Al establecer la identidad de los policías como MARCO HOLMAN CABRA NARANJO y ANDRÉS RENDÓN, por haberlos reconocido las mujeres fotográficamente, dispuso que el subintendente ARÉVALO recepcionara la noticia criminal. El testimonio de este oficial de la policía se presenta idéntico al de ARÉVALO, porque no le consta que en realidad las mujeres portaran estupefaciente cocaína y que los policías acusados las hayan despojado del mismo. En este orden de ideas, se convierte también este testimonio en prueba de referencia.

RAFAEL ÁLVAREZ, simplemente da cuenta que por estos hechos a los agentes MARCO HOLMAN CABRA NARANJO y ANDRÉS RENDÓN, la policía les adelanta un procedimiento disciplinario. JADITH BERTEL, patrullero de la Policía Nacional, dice que ha trabajado en San Pablo, sur de Bolívar e informa que los acusados y compañeros CABRA NARANJO y RENDÓN no han trabajado en esa zona. Lo dicho por estos dos agentes, por la forma como se desarrolló el debate probatorio en el juicio y los resultados del mismo, son incongruentes y de pronto si la noticia criminal hubiera sido acreditada e introducida en el juicio servirían como indicio en contra de las pretensiones de la defensa de demostrar que sus prohijados vivieron en San Pablo, sur de Bolívar, y que entablaron relaciones amorosas con las acusadas; esto teniendo en cuenta lo esbozado por el fiscal al momento de solicitar y sustentar la conducencia y pertinencia de las pruebas en la audiencia preparatoria.

4.- Al resultar tan evidente en el juicio la falta de pruebas por parte de la fiscalía para demostrar la responsabilidad de los acusados, los defensores de estos se dieron el "lujo" de renunciar a las solicitadas por ellos y en esas condiciones finiquitó el debate probatorio, puesto que los abogados en las pocas intervenciones que hicieron para contrainterrogar, solo les bastó preguntarle al correspondiente testigo si se enteró del contenido de la bolsa amarilla con la cual los agentes salieron del hotel Admirador, respondiendo que no. En este punto el Juzgado recalca: la falencia que da al traste con el caso, radica en no haberse introducido en el juicio la noticia criminal, ya que la misma contenía pormenorizadamente las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que los delitos se realizaron, lo mismo que sus autores o partícipes, según la presentación hecha por el fiscal al momento de solicitarla en la audiencia preparatoria y por lo manifestado por el subintendente de la SIJIN NELSON ARÉVALO en el juicio.

5.- Como se anotó en el sentido del fallo "la fiscalía hace énfasis en que la existencia del delito y la responsabilidad de los acusados fueron demostrados mediante las pruebas debatidas en el juicio y no puede admitirse la segura alegación de los defensores que como la prueba técnica que requiere un caso de estupefacientes no se allegó a la actuación, no se le puede endilgar responsabilidad alguna a los inculcados. El ente acusador para ello echa mano de jurisprudencia para enfatizar que en Colombia, en materia procesal penal existe libertad de prueba y el fallador no está sujeto a ninguna tarifa legal; que con los testimonios presentados como los del capitán HILBER REYES, el del subintendente NELSON ARÉVALO, los de las empleadas del hotel Admirador LUZ CORTÉS y OLGA GARCÍA, se tiene el conocimiento y la certeza que los delitos de narcotráfico cometidos por las

acusadas y por los policiales involucrados, además de prevaricato cometido por éstos, al apoderarse del estupefaciente omitiendo dar el informe respectivo a las autoridades correspondientes, hace que todos ellos se hallen incurso en las conductas punibles por las cuales fueron acusados”, no es esta una apreciación correcta del representante de la fiscalía, porque como se ha visto en esta providencia, ni estos testigos ni ningún otro de los debatidos en el juicio, refiere que el 28 de julio de 2005 las señoras ARELYS CASTILLO, MARÍA VARGAS y MARÍA MORENO, traficaban con base de cocaína en cantidad de 4 kilos y que los agentes de la policía MARCO HOLMAN CABRA NARANJO y ANDRÉS RENDÓN, se apropiaron de ese estupefaciente.

Señor Fiscal: Las empleadas del hotel Admirador LUZ CORTÉS y OLGA GARCÍA, desafortunadamente no dicen ante el juez, que ellas vieron o les consta que los dos agentes de la policía llegaron hasta la habitación de la mujeres, las requisaron, registraron el cuarto y hallaron en la cisterna del baño un paquete que contenía una sustancia y otro debajo de la cama, los depositaron en una bolsa anaranjada o amarilla y con ella policías salieron del hotel. Diferente hubiera sido el resultado de este caso, si estas testigos por lo menos, sostienen esto en presencia del juez fallador.

En lo que sí comparte el juzgado lo afirmado por el señor fiscal, es que en Colombia existe libertad probatoria y no se requiere, como lo afirman el Ministerio Público y los defensores, que en casos como el sub judice, la prueba técnica inexorablemente se tenga que allegar a la actuación, como si el dictamen pericial no pudiera suplirse por la prueba testimonial, la documental, la inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física o cualquier otro medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico. No obstante, haberse practicado en el juicio abundante prueba testimonial, esta se redujo a dos testimonios de oídas, los del capitán REYES y el subintendente ARÉVALO, los que refieren la existencia del estupefaciente en poder de las acusadas y del apoderamiento del mismo por parte de los agentes policiales MARCO HOLMAN CABRA NARANJO y ANDRÉS RENDÓN y lo más crítico es que esa información de oídas se las suministraron las propias acusadas, quienes, como ya se dijo, posteriormente se retractaron al no aceptar la imputación.

Innegablemente, los testigos de la fiscalía NELSON ARÉVALO e HILBER REYES, se recalca, se refieren, no a lo que les consta, porque en verdad no tuvieron conocimiento directo de los hechos, sino a la narración que de los mismos les hicieron las acusadas. Por eso sus declaraciones son pruebas de referencia y no directas o absolutas, si se entiende estas como aquéllas que no admiten impugnación por su evidencia y convicción relacionados de manera precisa con el hecho controvertido, como cuando el juez obtiene por sí mismo el conocimiento de un hecho a través de la inspección ocular o porque presencia alguna de carácter pericial. De ahí que el art. 381 del C. de P. P. exija que para condenar, “se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”. ¿Qué prueba de esta índole, esto es, absoluta que no admite impugnación, se practicó en el juicio relacionada con la existencia del delito o como anteriormente se decía sobre la materialidad delictual? Ninguna. No es que el Ministerio Público y los defensores al respecto tengan la razón, porque como ya se dijo, existe libertad probatoria en materia procesal penal; lo cierto es que a ninguno de los testigos les

consta en forma directa o absoluta y por tanto son incontrovertibles o inimpugnables, que las acusadas portaban o traficaban con base de cocaína y que los agentes CABRA NARANJO y RENDÓN se apoderaron de ese alcaloide.

Los testigos, con excepción del capitán HILBER REYES y del subintendente NELSON ARÉVALO, si bien les consta en forma directa hechos que se relacionan con la investigación, como a LUZ CORTÉS y a OLGA GARCÍA, empleadas del hotel el Admirador, es incuestionable también como ya se dijo, que estas señoras no se refieren a la posesión o tráfico de estupefacientes por parte de los acusados, sino que tres señoras se hospedaron allí, las visitaron dos policías y éstos al rato salieron con una bolsa plástica de color anaranjado. Se recalca, por eso al defensor de las acusadas le bastó al contrainterrogarlas, hacerles la pregunta si ellas se enteraron del contenido de la bolsa amarilla con la cual salieron los policías del hotel, contestando obviamente que no.

En estas condiciones, la sentencia se haría interminable si se siguiera ahondando en las causas que finalmente dejan en la impunidad las conductas punibles investigadas, puesto que aquí no se ha hablado de la prueba de exclusión y la libertad probatoria, que fueron temas ampliamente discutidos en el transcurso del juzgamiento y en los alegatos conclusivos al término de la audiencia pública, pero no debatidos probatoriamente en el juicio oral. A este se llevó solo pruebas de las señaladas en el inciso 2° del art. 381 del C. de P. P., que le impiden al juez dictar sentencia condenatoria.

Señores defensores y señor Agente del Ministerio Público: la prueba técnica que ustedes echan de menos, por sí sola no es la que da al traste con el caso, es la falta de otros medios de conocimiento diferentes a los enunciados en el inciso 2° del artículo 381 del C. de P. P. lo que impone dictar sentencia absolutoria. No es lo mismo manifestar “me dijeron” que sostener “me consta, vi, presencié, etc.”. Vi cuando el señor mató al otro y su cuerpo lo tiró al río, al lago, a las fieras, etc. y por eso el muerto no apareció. O las empleadas del hotel Admirador LUZ CORTÉS y OLGA GARCÍA, vimos cuando los agentes de la policía entraron a la habitación de las mujeres, la requisaron, registraron el cuarto y encontraron y luego salieron con lo que hallaron.

18. Por lo anterior, la Sala advierte que el fundamento de la absolución del demandante se debió a que no cometió la presunta conducta punible, pues con las pruebas no era posible sostener que el actor se apoderó de estupefaciente alguno y el esfuerzo probatorio de la Fiscalía General de la Nación para comprobar el hecho fue insuficiente.

19. En ese orden, el daño resulta imputable a la demandada bajo un régimen objetivo de responsabilidad, por cuanto constituyó una privación injusta de la libertad.

20. Sobre el particular, debe recordarse que la Corte Constitucional, al revisar el proyecto de la Ley 270 de 1996, en sentencia C-037 de 1996, condicionó la declaratoria de exequibilidad del que sería el artículo 68, así:

Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención (...) Bajo estas condiciones, el artículo se declarará exequible.

21. La Sala ha considerado¹⁶ que si bien el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos en los cuales la actuación de cualquiera de sus ramas u órganos hubiera sido “*abiertamente arbitraria*”, dicha disposición no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto, estos no tengan el deber jurídico de soportarlos, como sucede con todos aquellos daños que sufren las personas que son privadas de la libertad durante una investigación penal, a pesar de no haber cometido ningún hecho punible, siempre que la víctima no haya actuado con dolo o culpa grave.

22. Adicionalmente, debe advertirse que el artículo 414¹⁷ del Decreto 2700 de 1991, preveía que la responsabilidad estatal debía ser declarada cuando se

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 6 de abril de 2011, exp. 21653, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁷ “*Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicato no lo*

dictara una sentencia absolutoria o su equivalente –preclusión de investigación o cesación del procedimiento–, porque el hecho no existió, el sindicato no lo cometió o la conducta no era constitutiva de un hecho punible.

23. La disposición en comento quedó derogada el 24 de julio de 2001, al entrar a regir la Ley 600 de 2000. No obstante, como lo ha recordado anteriormente la Subsección¹⁸, los supuestos del artículo en cita se derivan directamente del artículo 90 de la Constitución Política, de modo que la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000 o bien de la Ley 906 de 2004¹⁹ no inhiben su aplicación, pues las circunstancias señaladas en dicho canon continúan vigentes por expresa orden constitucional.

24. Así, a más de los supuestos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, es posible declarar la responsabilidad del Estado bajo un régimen objetivo por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente frente a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio *in dubio pro reo*, como lo precisó la Sala Plena de la Sección Tercera²⁰.

25. Por su parte, en cuanto a la exoneración de responsabilidad de la demandada, cabe decir que aquella se dará cuando se demuestre que existió culpa exclusiva de la víctima, por tanto, la Sala debe estudiar si en el presente

cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de septiembre de 2013, exp. 35235, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, reiterada en sentencia del 29 de mayo de 2014, exp. 36515, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹⁹ Sobre la procedencia de imputar al Estado una privación injusta de la libertad en vigencia de la Ley 906 de 2004, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp. 39350, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

²⁰ En sentencia de unificación de jurisprudencia, el Consejo de Estado indicó que el *in dubio pro reo* está sustentado en un régimen objetivo de responsabilidad, concretamente en el daño especial y, se aplica, porque el Estado no pudo desvirtuar la presunción de inocencia de una persona quien no estaba llamada a soportar la privación, de ahí a que se encuentre facultada para solicitar la reparación del daño causado. Al respecto ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de octubre de 2013, exp. 23354, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

asunto se configuró la causal eximente de responsabilidad en comento, pues de ser así se impone negar las pretensiones²¹.

26. Bajo esa línea, se tiene que el análisis de la conducta de la víctima no desconoce la absolución que en materia penal se declaró a su favor, pues en esta instancia no se hace un reproche de la culpabilidad desde la óptica penal, sino que se estudia la actuación de la víctima desde la noción de culpa grave o dolo, como causal eximente de responsabilidad.

27. El artículo 63²² del Código Civil dispone unos criterios orientadores para entender el dolo y la culpa, los que han sido desarrollados por esta Sala en sentencia del 18 de febrero de 2010²³. Del dolo, en aquella oportunidad, se precisó:

[E]l dolo, debe entenderse por tal, aquella conducta realizada por el autor con la intención de generar un daño a una persona o a su patrimonio, o en otra concepción, un comportamiento antijurídico, habiéndoselo representado y adecuado a sus posibilidades, con el fin unívoco de obtener un resultado dañino deseado.

Así pues, dentro de los aspectos integrantes del dolo, nuestra doctrina ha mencionado que “deben estar presentes dos aspectos fundamentales, uno

²¹ Sobre la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad en casos de privación injusta de la libertad, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de marzo de 2017, exp. 41697, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Subsección B, sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. 40236, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2014, exp. 29541, C.P. Enrique Gil Botero; Subsección C, sentencia del 11 de julio de 2013, exp. 27463, C.P. Enrique Gil Botero; Subsección C, sentencia del 13 de abril de 2011, exp. 19889, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Subsección C, sentencia del 30 de marzo de 2011, exp. 19565, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia del 13 de mayo de 2009, exp. 17188, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²² “La ley distingue tres especies de culpa y descuido: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” (subrayas fuera de texto).

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 17933, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

de carácter intelectual o cognoscitivo y otro de naturaleza volitiva; o en palabras más elementales, para que una persona se le pueda imputar un hecho a título de dolo es necesario que sepa algo y quiera algo; que es lo que debe saber y que debe querer...”²⁴, de donde los dos aspectos resultan fundamentales, pues el volitivo es el querer la conducta dañina y el cognitivo le entrega al autor aquellos elementos necesarios para desarrollar la conducta de manera tal que logre u obtenga el fin dañino deseado.

Resulta claro, entonces, que el elemento fundamental del dolo radica en el aspecto volitivo, de manera que obra dolosamente quien conociendo el daño que con su acción u omisión ha de producir, voluntariamente lo provoca²⁵, es decir, cuando actúa con intención maliciosa de generar un determinado resultado injusto, que se enmarca dentro de una conducta jurídicamente reprochable.

En suma, mientras la culpa es la falta de diligencia o de cuidado en la conducta por imprevisión, negligencia o imprudencia, el dolo como dice ENECCERUS “Es el querer un resultado contrario a derecho con la conciencia de infringirse un derecho o un deber”.

27.1. A su turno, en la misma providencia, sobre la culpa, la Sala arribó a las siguientes conclusiones:

Sobre la noción de culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó; o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible.

Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico. (...)

²⁴ [cita original] REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Culpabilidad*, Tercera Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1998, p. 43.

²⁵ [cita original] ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U, Manuel y VODANOMIC H., Antonio. *Tratado de la Obligaciones*, Volumen II, Segunda Edición, Ed. Jurídica de Chile, 2004, p. 265.

De la norma que antecede se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (diligens paterfamilias) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levísima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el régimen civil se asimila al dolo.

Respecto de la culpa grave señalan los hermanos Mazeaud, que si bien es cierto no es intencional, es particularmente grosera. “Su autor no ha querido realizar el daño, pero se ha comportado como si lo hubiera querido; era preciso no comprender quod omnes intelligunt para obrar como él lo ha hecho, sin querer el daño”. De acuerdo con jurisprudencia citada por estos autores incurre en culpa grave aquel que ha “...obrado con negligencia, despreocupación o temeridad especialmente graves...” (Derecho Civil, Parte II, vol. II, pág. 110) y agregan que “...reside esencialmente en un error, en una imprudencia o negligencia tal, que no podría explicarse sino por la necedad, la temeridad o la incuria del agente...” (Mazeaud y Tunc, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual, Tomo I, Volumen II, pág. 384.)

27.2. Igualmente, debe recordarse que el demandante era miembro de la Policía Nacional cuando se dieron los hechos. Entonces, la Sala, frente al análisis de la culpa grave o dolo de un funcionario, precisó²⁶:

[P]ara determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Agregó que es igualmente necesario tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política y en la ley a propósito de algunas instituciones, como por ejemplo contratos, bienes y familia.

28. Con base en los precedentes que se acaban de reseñar, se procede a analizar la conducta desplegada por el demandante, con el fin de determinar si incurrió en dolo o culpa grave, con fundamento principalmente en los testimonios presentados en el juicio oral por las empleadas del hotel Admirador y los agentes de policía, de los que si bien no se cuenta con las grabaciones –*supra* párr. 17.16–, lo cierto es que en el fallo absolutorio aparece consignado su contenido

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010, exp. 37722, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

–*supra* párr. 17.17–. Pruebas frente a las que se surtió la debida contradicción tanto en el proceso originario como en el presente e igualmente se cumplió con lo necesario para su traslado²⁷.

29. En ese sentido, la Sala recuerda que la captura del demandante se produjo por motivo del señalamiento que en su contra hizo la denunciante, quien aseguró que el actor se apropió de unos estupefacientes de su propiedad. Sin embargo, tal afirmación no pudo ser corroborada, ya que la denunciante guardó silencio durante el resto del proceso, pues le asistía ese derecho por ser acusada.

30. Lo que sí quedó acreditado, según lo relataron la recepcionista y la encargada del aseo del hotel Admirador, es que el actor, en compañía de otro policía, acudió al hotel donde se hospedaba la denunciante, requisó a sus acompañantes e ingresó a la habitación de ellos, donde tomó una bolsa y abandonó el lugar, sin que estuviera autorizado para decomisar una bolsa de la denunciante o allanar su habitación.

30.1. En ese contexto, el demandante desarrolló un operativo de policía judicial sin el lleno de los requisitos legales para ello. Allanó la habitación de la denunciante sin que mediara orden que lo habilitara. Precisamente, esa anomalía procedimental dio lugar a la vinculación del actor a la investigación penal en la que fue privado de su libertad.

30.2. El artículo 28 de la Constitución prevé que *“nadie puede ser molestado en su persona o familia, (...) ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades*

²⁷ Sobre el traslado de testimonios de un proceso penal a uno contencioso administrativo, la Sala tiene sentado que: “[E]n los casos en donde las partes guardan silencio frente a la validez y admisibilidad de dichos medios de convicción trasladados, y además se trata de un proceso que se sigue en contra de una entidad del orden nacional, en el que se pretenden hacer valer los testimonios que, con el pleno cumplimiento de las formalidades del debido proceso, han sido recaudados en otro trámite por otra entidad del mismo orden, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de afirmar que la persona jurídica demandada –la Nación– es la misma que recaudó las pruebas en una sede procesal diferente, lo que implica que, por tratarse de testimonios recopilados con la audiencia de la parte contra la que se pretenden hacer valer en el proceso posterior, son plenamente admisibles y susceptibles de valoración”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 11 de septiembre de 2013, exp. 20601, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

legales y por motivo previamente definido en la ley”. En esa medida, la Corte Constitucional ha señalado que la protección del domicilio comprende “*además de los lugares de habitación, todos aquellos espacios cerrados, en donde las personas desarrollan de manera inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad*”²⁸. Categoría en la que indiscutiblemente están comprendidas las habitaciones de hotel²⁹.

30.3. El demandante obvió el cumplimiento de sus funciones cuando ingresó a la habitación de la denunciante sin que mediara orden, pues en ningún momento se allegó a la investigación penal ni al *sub lite*, prueba alguna que permita sostener que el actor estaba habilitado para desplegar dicho procedimiento.

30.4. El artículo 14³⁰ de la Ley 906 de 2004 impedía que el accionante actuara de esa forma, ya que, según el artículo 114³¹ *ejusdem*, previamente debía contar con la orden proferida por el ente acusador para el efecto. Adicionalmente, tampoco se allegó el acta que, conforme el artículo 225³² *ibidem*, debió

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-519 del 11 de julio de 2007, exp. D-6559, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²⁹ Así lo precisó la Corte Constitucional: “*Las habitaciones de hotel, en efecto, gozan del mismo amparo constitucional previsto para el domicilio, pues constituyen, sin duda, domicilio. Ninguna persona ni autoridad puede, entonces, sin permiso del huésped, ingresar ni penetrar en la intimidad de las mismas, invadirlas, registrarlas, requisarlas, espiar, fotografiar, filmar ni grabar lo que en su interior acontece, a menos que medie orden escrita de autoridad judicial competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley y por los motivos previamente contemplados en ella*”. Corte Constitucional, sentencia C-282 del 5 de junio de 1997, exp. D-1476, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

³⁰ “*No podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos previamente definidos en este código. Se entienden excluidas las situaciones de flagrancia y demás contempladas por la ley*”.

³¹ “*Atribuciones. La Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones: (...) 3. Ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes*”.

³² “*4. Se levantará un acta que resuma la diligencia en la que se hará indicación expresa de los lugares registrados, de los objetos ocupados o incautados y de las personas capturadas. Además, se deberá señalar si hubo oposición por parte de los afectados y, en el evento de existir medidas preventivas policivas, se hará mención detallada de la naturaleza de la reacción y las consecuencias de ella. // 5. El acta será leída a las personas que aleguen haber sido afectadas por el registro y allanamiento y se les solicitará que firmen si están de acuerdo con su contenido. En caso de existir discrepancias con lo anotado, deberán dejarse todas las precisiones solicitadas por los interesados y, si después de esto, se negaren a firmar, el*

levantarse en donde quedaran registradas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo la diligencia de allanamiento.

30.5. El artículo 230³³ de la Ley 906 de 2004 prevé como excepción a la necesidad de contar con la autorización escrita para realizar allanamientos, que mediara el consentimiento del propietario del inmueble, en este caso, de la huésped de la habitación. Consentimiento que nunca se dio o por lo menos no fue acreditado, ya que no se cuenta con el acta de allanamiento que debió suscribirse, ni con las diligencias adelantadas ante un juez de control de garantías a efectos de verificar la legalidad del allanamiento.

30.6. En esa medida, “*la violación por parte de [la víctima] de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado*”³⁴ permite calificar de dolosa o gravemente culposa su conducta. Por tanto, el desconocimiento de las obligaciones y prohibiciones que le eran propias al demandante en su calidad de miembro de la Policía Nacional, son suficientes para tener por configurada la causal eximente de responsabilidad que se analiza.

30.7. Si bien nadie está obligado a declarar en su contra, se evidencia la culpa exclusiva de la víctima en los términos del artículo 14.6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos³⁵, referido a la no revelación oportuna a la autoridad judicial del

funcionario de la policía judicial responsable del operativo, bajo juramento, dejará expresa constancia de ello”.

³³ “Excepciones al requisito de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento. Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando: // 1. Medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro”.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de julio de 2014, exp. 38438, C.P. Hernán Andrade Rincón.

³⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Ley 74 de 1968 y en vigor en Colombia desde el 3 de enero de 1976. Artículo 14.6 “*Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido*”.

hecho desconocido, esto es, el actor en ningún momento aclaró qué motivos tenía para haber realizado el operativo, para no reportarlo a sus superiores, o bien, qué fue lo que incautó.

30.8. De tal suerte que el actor no explicó en forma razonable, creíble y sostenida los motivos por los cuales allanó la habitación de la denunciante, actuación que contribuyó a la producción del daño, de ahí que no pueda beneficiarse de su falta de colaboración con la justicia, para ahora reclamar los perjuicios derivados de su detención. Como agente del orden le bastaba indicar las razones que tuvo para actuar de tal forma y con ello impedir que se configurara la causal eximente de responsabilidad.

30.9. Por lo dicho, la Sala concluye que el demandante actuó en forma gravemente culposa, ya que no es posible aceptar que una persona descuidada, bajo las mismas circunstancias, hubiere actuado de igual forma, comoquiera que con su comportamiento defraudó el deber de cuidado que le era exigible en su condición de agente policial.

30.10. Así, en el presente asunto se encuentra configurada la causal eximente de responsabilidad, pues la víctima actuó con culpa grave en los precisos términos de los artículos 70 de la Ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil, por lo que habrá de confirmarse el fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, aunque por las razones aquí esbozadas.

31. Por último, como la conducta de las partes no puede catalogarse como abiertamente temeraria, por cuanto se limitó al ejercicio del derecho de acceso a la justicia y de defensa, se impone negar la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 24 de marzo de 2010 del Tribunal Administrativo de Boyacá que negó las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Devolver el expediente remitido en préstamo por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá, conforme lo dispuesto en la diligencia de inspección judicial.

CUARTO: Cumplido lo anterior y ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Presidente

Ausente con excusa

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Magistrado

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Magistrada