



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C
CONSEJERO PONENTE: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ
NAVAS

Bogotá, primero (01) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 760012331000200801013 01(46389)

Actor: JOSÉ NEL PAZ GONZÁLEZ, NAYIB VALENCIA DE PAZ, KAROLL SOLANYE PAZ VALENCIA, JOSÉ ALFREDO CARVAJAL TABIMA, SANDRA PATRICIA HELENA VALENCIA RAMOS, SILVIA MARGOTH VALENCIA RAMOS, FANNY RAMOS DE VALENCIA, FERNANDO FABRICIO VALENCIA RAMOS, ALFREDO JAVIER VALENCIA RAMOS, LISLEY ADREA VALENCIA RAMOS, VÍCTOR HUGO VALENCIA RAMOS, LUIYI ORLANDO RUÍZ GUERRERO Y SEGUNDO MARDOQUEO ORDOÑEZ MONCAYO.

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

Tema: Falla del servicio.

Subtema 1: Privación injusta de la libertad.

Sentencia: Confirma

La Sala conoce del recurso de apelación interpuesto¹ contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el treinta y uno (31) de agosto de dos mil doce (2012), que negó las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

¹ En aplicación del acta No. 10 de 25 de abril de 2013 por medio de la que el Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera aprobó que los expedientes que están para fallo en relación con: (i) las personas privadas de la libertad, (ii) conscriptos y (iii) muerte de personas privadas de la libertad, podrán fallarse por las Subsecciones, sin sujeción al turno, pero respetando el año de ingreso al Consejo de Estado

El agente José Nel Paz González fue vinculado a una investigación, sindicado del delito de homicidio culposo. En virtud de la vinculación, el Juzgado 182 de Instrucción Penal Militar de Pasto le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva que cumplió desde el primero (01) de abril de dos mil cinco (2005) hasta el 3 de enero de 2006. Por Resolución núm. 008 del 21 de febrero de 2006 la Fiscalía 158 Penal Militar declaró la cesación de procedimiento. Esta Resolución fue confirmada, en sede de consulta, por la Fiscalía Cuarta Penal ante el Tribunal Superior Militar, el 16 de mayo de 2006.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

José Nel Paz González, Nayib Valencia de Paz, Karoll Solanye Paz Valencia, José Alfredo Carvajal Tabima, Sandra Patricia Helena Valencia Ramos, Silvia Margoth Valencia Ramos, Fanny Ramos de Valencia, Fernando Fabricio Valencia Ramos, Alfredo Javier Valencia Ramos, Lislely Andrea Valencia Ramos, Víctor Hugo Valencia Ramos, Luiyi Orlando Ruíz Guerrero y Segundo Mardoqueo Ordóñez Moncayo, presentaron el 23 de noviembre de 2006², ante el Juzgado Once Administrativo de Cali, demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, con el propósito de que se les condene al pago de perjuicios materiales para la víctima directa en cuantía equivalente a dos millones de pesos, y morales causados tanto a la víctima directa como a los restantes demandantes en cuantía equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

La parte demandante sostuvo como **fundamento de hecho** de sus pretensiones, que José Nel Paz González fue privado de la libertad injustamente desde el 23 de septiembre de 2005 hasta el 3 de enero de 2006, sindicado del delito de homicidio. Que la detención la impuso el Juzgado 182 Penal Militar de Pasto al resolverle la situación jurídica y finalmente la Fiscalía 158 Penal Militar de Pasto cesó el procedimiento por falta de elementos de juicio suficientes para continuar la investigación. Decisión que confirmó la Fiscalía Cuarta Penal ante el Tribunal Superior Militar de Bogotá.

2.2. Trámite procesal relevante

La demanda se admitió por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Cali por auto del cuatro (04) de diciembre de dos mil seis (2006)³ y se notificó en debida forma⁴.

La Nación – Policía Nacional, en su escrito de **contestación**⁵ se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Afirmó que su actuar estuvo ceñido a los mandatos

² F. 130 c. 1.

³ F. 131 c. 1

⁴ F. 133 c. 1.

constitucionales y legales y que la captura del agente José Nel Paz González era procedente dada su condición de sospechoso junto con otros agentes, de la muerte de Andrés Armando Rosero Rodríguez en un operativo policial.

Propuso como excepciones: i) culpa de la víctima porque participó en el operativo que terminó con la muerte de Rosero Rodríguez; ii) hecho de un tercero porque fue el señor Miller Rosero Rodríguez quien sindicó a José Nel Paz González de ser el autor del disparo contra la humanidad de Hugo Andrés⁶.

El Juzgado Once Administrativo del Circuito de Cali, por auto del 31 de octubre de 2008, con fundamento en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 9 de septiembre de 2008, declaró la nulidad de lo actuado por falta de competencia y ordenó remitir el expediente al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca⁷ quien por auto del diez (10) de marzo de dos mil nueve (2009) revocó el auto que declaró la nulidad y avocó el conocimiento del proceso en el estado en que se encontraba antes de la nulidad, esto es, en etapa probatoria⁸, vencida la cual se citó a la partes a audiencia de conciliación que resultó fallida⁹. Por auto del veinticuatro (24) de noviembre de dos mil once (2011) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo¹⁰.

Durante el traslado para alegar de conclusión la parte demandada Nación – Policía Nacional¹¹ y la parte demandante¹², reiteraron lo expuesto en la contestación y en la demanda.

2.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dictó, el treinta y uno (31) de agosto de dos mil doce (2012)¹³, fallo de primera instancia, en el que negó las pretensiones de la demanda. Destacó que el estudio del caso se haría apoyado en sentencia C-037 de la Corte Constitucional y en la sentencia del Consejo de Estado del 4 de diciembre de 2006 dentro del expediente radicado al número 13168.

Luego de revisar y analizar el contenido de la resolución que le impuso a José Nel Paz González la medida de aseguramiento de detención preventiva, concluyó la primera instancia que no se acreditó la responsabilidad del Estado puesto que se demostró que la detención se dictó bajo los parámetros de la Ley 522 de 1999 al considerar que se presentaban los dos indicios graves que la hacían viable.

⁵ F. 16 a 139 c. 1.

⁶ F. 136 a 139 c. 1.

⁷ F. 186 a 189 c.1.

⁸ F. 194 a 198 c. 1.

⁹ F. 238 a 239 c. 1.

¹⁰ F. 240 c. 1.

¹¹ F. 251 a 259 c. 1.

¹² F. 260 a 266 c. 1.

¹³ F. 268 a 295 c. de 2ª instancia

Bajo el anterior argumento concluyó el Tribunal que la medida de aseguramiento dictada por el Juez 182 de Instrucción Penal Militar no fue injusta y “*los perjuicios que por esta causa dice haber soportado no tienen el carácter de antijurídicos*”.

La sentencia de primera instancia se notificó a través de edicto que se fijó en un lugar público de la Secretaría del Tribunal, el doce (12) de diciembre de dos mil doce (2012) y se desfijó el diecisiete (17) de diciembre de dos mil doce (2012)¹⁴.

2.4. El recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación¹⁵, en el que solicitó se revocara la sentencia de primera instancia y en su lugar se accediera a las pretensiones de la demanda para lo cual se deben valorar en su integridad los medios probatorios válidamente recaudados.

Al escrito de apelación se acompañó copia de la prueba testimonial que se analizó por el apelante y que constituyó el argumento central de la apelación. Esta prueba dice el abogado se aportó en la primera instancia y no fue objeto de análisis alguno en la sentencia impugnada.

Agregó que los testimonios que fueron válidamente trasladados al presente proceso demuestran que los indicios graves que condujeron a la privación de la libertad del actor Paz González, fueron injustos. Destacó que el testimonio que rindió Miller Rosero Rodríguez ante la autoridad penal militar y que resultó decisivo para imponer la medida de detención preventiva, debió valorarse con mayor exigencia por tratarse de un testigo sospechoso.

2.5. Trámite en segunda instancia

El recurso de apelación fue admitido por auto del veinte (20) de marzo de dos mil trece (2013)¹⁶; posteriormente, en providencia del diecisiete (17) de abril del mismo año¹⁷, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para rendir concepto de fondo, etapa procesal aprovechada por las partes. El Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

¹⁴ F. 315 c. de 2ª instancia.

¹⁵ F. 305 a 318 c. de 2ª instancia.

¹⁶ F. 322 c de 2ª instancia.

¹⁷ F. 324 c. de 2ª instancia.

3.1. Sobre los presupuestos materiales de la Sentencia de mérito

La Sala es competente para resolver el presente caso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa, en razón a la naturaleza del asunto. 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 determinó la competencia para conocer de tales asuntos en primera instancia en cabeza de los Tribunales Administrativos, y en segunda instancia en el Consejo de Estado, sin que sea relevante lo relacionado con la cuantía¹⁸.

3.1.1. De la vigencia de la acción

La acción de reparación directa estaba vigente al momento de presentación de la demanda, pues ésta se presentó el 23 de noviembre de 2006¹⁹ y la actuación que para el demandante concretó el daño, cobró ejecutoria el veintiséis (26) de mayo de dos mil seis (2006) tal y como lo certificó el secretario de las Fiscalías Penales Militares ante el Tribunal Superior Militar²⁰. La demanda se presentó de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, que señala el término de dos (2) años que se cuentan a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa que dio origen al daño reclamado, para acudir a la jurisdicción. Asimismo, por vía jurisprudencial²¹ se ha señalado que tratándose de privación injusta de la libertad, el término debe contarse desde el día siguiente al de la ejecutoria de la providencia judicial que precluyó la investigación o que absolvió al procesado, ya que a partir de ese momento, el afectado tiene conocimiento del carácter injusto de la detención.

El señor José Nel Paz González es la víctima directa de la privación de la libertad que dio origen a este proceso, es padre de Jeniffer Katherine Paz Valencia, Nelson Enrique Paz Valencia, Karoll Solanye Paz Valencia, tal y como se demostró con el registro civil de nacimiento²² y es el abuelo de Dilan Mauricio Carvajal Paz²³. Asimismo se aportó el registro de nacimiento de José Nel Paz González en el que figuran como sus padres Segundo Paz y Josefina González²⁴. Obra también el registro civil del matrimonio celebrado entre el señor José Nel Paz González y Nayib Valencia de Paz²⁵.

¹⁸ La Ley 270 de 1996 -vigente para el momento de interposición del recurso de apelación en el caso en estudio- desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad. En relación con la competencia funcional en el juzgamiento de las controversias suscitadas por tales asuntos, determinó que, en primera instancia, conocerían los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, el Consejo de Estado. Para tal efecto, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, Rad. 2008-00009.

¹⁹ F. 130 C. 1.

²⁰ F. 43 vto C. 1.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de marzo de 1993, Rads. 7407 - 7399, auto del 2 de febrero de 1996, Rad. 11425, auto del 14 de agosto de 1997, Rad. 13258, auto del 24 de septiembre de 1998, Rad. 13626, sentencia del 18 de octubre de 2000, Rad. 1.228, auto del 2 de noviembre de 2000, rad. 17964 y sentencia del 13 de septiembre de 2001, Rad. 13392, entre otras.

²² F. 66, 67 y 68 c. 1.

²³ F. 71 c. 1.

²⁴ F. 78 c.1.

²⁵ F. 2 c. 1.

Así las cosas, puesto que *“el registro civil de nacimiento constituye el documento idóneo para acreditar de manera idónea, eficaz y suficiente la relación de parentesco con los progenitores de una persona, comoquiera que la información consignada en dicho documento público ha sido previamente suministrada por las personas autorizadas y con el procedimiento establecido para tal efecto”*²⁶; y es criterio reiterado y pacífico en esta Corporación, que la acreditación del parentesco constituye un indicio para la configuración del daño moral en los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, se concluye que la privación de la libertad que sufrió José Nel Paz González ha obrado como causa de un grave dolor en su cónyuge, sus hijos y sus padres, y que por tanto, tanto aquel, como estos, se encuentran **legitimados para la causa, por activa.**

Los restantes demandantes Fanny Ramos de Valencia, Fernando Fabricio Valencia Ramos, Víctor Hugo Valencia Ramos, Sandra Patricia Valencia Ramos, Maria Helena Valencia Ramos, Silvia Margoth Valencia Ramos, Alfredo Javier Valencia Ramos y Lisle Andrea Valencia Ramos, quienes comparecen al proceso en su condición de suegra y cuñados de la víctima directa del daño aportaron los registros civiles con los que demuestran parentesco con la esposa de José Nel González Paz. A su turno el señor José Alfredo Carvajal Tabima demostró su condición de yerno de la víctima directa del daño con la declaración extraprocesal rendida ante la Notaría Quinta del Círculo de Cali el 27 de octubre de 2006 en la cual manifestó que vive en unión libre y bajo el mismo techo con Karoll Solanye Paz Valencia con quien tiene un hijo llamado Dilan Mauricio Carvajal Paz²⁷.

Comparecen también los señores Luiyi Orlando Ruíz Guerrero y Segundo Mardoqueo Ordoñez Moncayo aduciendo su condición de amigos de José Nel González Paz. Esta relación de amistad y el grado de cercanía que estos demandantes tienen con la víctima directa del daño y con su familia, la soportan con declaraciones extra juicio anexas a los folios 103 y 104 del cuaderno principal.

Sobre el valor probatorio de las declaraciones extraprocesales ha sostenido esta Subección que *“deben ser valorados por el fallador sin necesidad de ratificarlos (...) [pues] no es posible sostener que, en todos los casos, la prueba deba ser objeto de ratificación o que siempre la contraparte deba tener la posibilidad de contrainterrogar en el mismo momento, como tampoco que determinada prueba deja de serlo porque la contraparte no fue citada, pues, en todos los casos, lo esencial tiene que ver con que quien no participó en su formación, tenga acceso, con igualdad probatoria y posibilidad, a oportunidades reales y efectivas de contradicción”*. Ello ocurre cuando, como acaeció en el presente caso, las declaraciones fueron aportadas con la demanda y reposaron en el expediente sin que se haya cuestionado su contenido por quienes pudieran oponerse a la versión de los testigos.

²⁶ Consejo de Estado, sentencia de 7 de abril de 2011, Rad. 20750

²⁷ F. 70 c. 1.

La Sala bajo el anterior argumento valora el contenido de las declaraciones extra judiciales²⁸ que rindieron Diego Orlando Enrique Díaz, agente de la Policía de Pasto y Hugo Arturo Carlosama Burbano, pensionado de la Policía, ante el Notario Tercero del Círculo de Pasto, en las que refieren que conocen al señor Segundo Mardoqueo Moncayo quien dicen tiene una amistad desde hace más o menos siete (7) años con el sargento Paz González y con su familia. Textualmente manifestaron:

DIEGO ORLANDO ENRIQUEZ DIAZ “(...) Si conozco a SEGUNDO MARDOQUEO MONCAYO, identificado (a) con cédula de ciudadanía número (...), desde hace 6 años aproximadamente. TERCERO. Y me consta que mi sargento ORDOÑEZ MONCAYO con JOSE NEL PAZ GONZALEZ, tienen una amistad desde hace más o menos siete (7) años atrás, ya y el Sargento Ordoñez trabajó en la guardia y en la base del Distrito No. 1, de igual manera tenía amistad con la esposa y sus hijos. (...)”

HUGO ARTURO CARLOSAMA BURBANO. “(...) si conozco al Sargento Ordoñez, ya que con el laboramos en la Sección Cumbal, Guachucal y en la ciudad de Pasto, y me consta de la amistad que tenían con el agente Paz y con su familia por cuanto se frecuentaban mucho y estaban pendientes el uno de otro (...)”.

Así rendidas, estas declaraciones no son prueba suficiente de la cual inferir la relación de amistad entre la víctima directa del daño y quienes dicen acudir como damnificados, puesto que no se evidencia un relato espontáneo sobre la supuesta amistad entre José Nel Paz González y Segundo Mardoqueo Ordoñez Moncayo, y mucho menos con Luiyi Orlando Ruíz Guerrero a quien ni siquiera mencionan. Las respuestas dadas parecen pre elaboradas al punto de indicar el número de la cédula de Segundo Mardoqueo, hecho este que no tiene nada que ver con la relación de amistad y que llama la atención de la Sala porque no es común que entre compañeros de trabajo se memorice dicho número. Tampoco se informó por los testigos si conocieron en forma directa o por interpuesta persona la amistad que afirman existía entre Ruiz Guerrero, Ordoñez Moncayo y José Nel Paz González y cuál la razón de su dicho, ¿los veían compartir actividades distintas a las propias del servicio?, ¿era usual que sus familias se reunieran?, ¿con qué frecuencia lo hacían?, ¿desde cuándo tiene conocimiento de esta relación de amistad? en fin cualquier hecho que sin dubitación alguna demostrara la amistad y los lazos de solidaridad, afecto y ayuda que le son propios, y de los cuales inferir que el hecho de la privación de la libertad convirtió a los amigos en damnificados y por ende legitimados para acudir a la jurisdicción a reclamar los perjuicios causados.

Así las cosas y como no existe ningún otro elemento probatorio del cual inferir la condición de damnificados de Luiyi Orlando Ruíz Guerrero y Segundo Mardoqueo Ordoñez Moncayo, se concluye que carecen de legitimación por activa.

²⁸ Como documentos declarativos que provienen de un tercero. Sentencia del 29 de septiembre de 2015, rad. 37.939. Sobre la naturaleza de pruebas documentales de las declaraciones extra juicio que no son ratificadas al interior del proceso en el que se aducen, es decir, que no cumplen con los requisitos del artículo 229 del C. de P.C., puede consultarse la sentencia del trece (13) de agosto de dos mil dieciocho (2018) proferida por esta Subsección en el expediente con radicado interno núm. 45055.

De otra parte y como las decisiones que condujeron a la privación de la libertad del señor José Nel González Paz fueron expedidas con la exclusiva participación de la justicia penal militar, se entiende que la Nación se encuentra **legitimada en la causa por pasiva**.

3.2. Sobre la prueba de los hechos

La responsabilidad extracontractual del Estado se cimienta sobre dos premisas, daño antijurídico e imputación. En este acápite, la Sala se propone señalar las pruebas que se practicaron y decretaron dentro del proceso con la pretensión que sirvan de soporte a estos elementos. Se verificarán entonces, hechos relativos al daño, y hechos relativos a la imputación.

3.2.1. Sobre la prueba de los hechos relativos al daño

El daño, entendido como el atentado material contra una cosa o persona, lo hace consistir la parte demandante en la afrenta a la libertad física padecida por José Nel Paz González en el trámite de la investigación penal adelantada en su contra por el delito de homicidio.

Para acreditar los hechos atinentes al daño y su carácter antijurídico se cuenta con el acervo probatorio que a continuación se relaciona y que fue remitido por la secretaría de la Fiscalía 158 Penal Militar tal y como se evidencia al folio 26 del cuaderno 1:

- Auto del 28 de julio de 2005 por medio del cual el Juzgado Ciento Ochenta y Dos de Instrucción Penal Militar de San Juan de Pasto resolvió provisionalmente la situación jurídica del agente Paz González José Nel a quien se vinculó a la investigación por homicidio declarándolo persona ausente. Consideró el juez que:

“...la conducta asumida por el Agente PAZ GONZÁLEZ JOSE NEL al disparar en contra de la humanidad del particular ANDRÉS ARMANDO ROSERO RODRÍGUEZ no se adecua a la modalidad culposa, teniendo en cuenta que el policial utilizó medios que por su naturaleza dejaban prever que habrían podido ocasionar la muerte, aunque ésta no se quisiera como resultado necesario de los propios actos, medios éstos que estaban al alcance del hoy sindicado agente PAZ, los cuales efectivamente utilizó a sabiendas de que sus compañeros perseguían al hoy occiso, quien no portaba armas de fuego y se encontraba prácticamente rodeado por el personal policial, quien debió ser capturado y puesto a disposición de la autoridad competente para su judicialización. Señalamos las anteriores consideraciones como conclusión del recaudo probatorio obrante hasta el momento en la investigación, pues tanto la prueba técnica como testimonial, indican que efectivamente fue el Agente PAZ GONZÁLEZ JOSÉ NEL quien propinó la muerte al joven (...), tal como igualmente lo señalan las trayectorias y las distancias que coinciden con el sitio en

que se encontraba el policial sindicado, lo que concuerda en su totalidad con las atestaciones del particular MILLER ROSERO RODRÍGUEZ, tal como igualmente lo dedujo el cuerpo técnico de investigación de San Juan de Pasto. De igual manera son concordantes con lo anteriormente aducido por este despacho las manifestaciones de los particulares WILSON ORLANDO CHAVEZ, LEODAN RAMIRO HORMAZA Y RICARDO ANDRÉS HORMAZA, quienes señalaron que el policial que dio muerte a (...) fue el que se bajó de la patrulla en la calle y propinó en primer lugar un disparo al aire, corrió y luego propinó el disparo contra el citado joven. Igualmente el dragoneante ENRIQUE GAMBOA quien se encontraba en el techo con visibilidad del hoy occiso, señaló que vio que PAZ abrió la puerta de la patrulla y saco algo luego escucho el tiro y volvió a ver a PAZ voltear para volver a abrir la puerta del carro, considerando que lo que saco éste pudo haber sido otra arma porque él siempre cargaba la de dotación y otra de su propiedad, así mismo señaló que posteriormente a la muerte del citado particular, la gente le tiraba cosas al Agente PAZ asegurando que éste era el que le había dado muerte al muchacho.
(...)

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 522 de la Ley 522/99, se cumplen en el caso que nos ocupa los requisitos exigidos para proferir medida de aseguramiento en contra del hoy sindicado Agente retirado de la Policía Nacional PAZ GONZÁLEZ JOSE NEL, quien se encuentra ausente pues de conformidad con las argumentaciones anteriores, existen serios indicios graves de su responsabilidad que lo implican, por lo que lo procedente es dictar en su contra medida de detención preventiva, de acuerdo al artículo 529 *ibidem*, lo que en efecto se decretará en la parte resolutive de este proveído, no siendo acreedor el sindicado del beneficio de la suspensión de tal medida por estricta prohibición legal...²⁹

- Resolución núm. 008 del 21 de febrero de 2006 proferida por la Fiscalía 158 Penal Militar que calificó el mérito del sumario con cesación de procedimiento. En esta resolución se dispuso que la libertad provisional de del Ag. Paz González se torna definitiva e incondicional porque:

“...En cuanto corresponde a la responsabilidad atribuida a PAZ GONZÁLEZ, aquella ha tenido origen en dos elementos de prueba a saber: El primero, el que se desprende de la diligencia de inspección al lugar de los hechos en la cual, de conformidad a la posible posición del procesado y a la trayectoria del disparo, se determinó que PAZ disponía de viabilidad y por tanto de capacidad para haber ocasionado el resultado (Fls. 453, 460, 463); sin embargo en el plano levantado, se señaló al Agente LOPEZ con la misma oportunidad y capacidad de haber producido el disparo, y si bien en informe técnico posterior (...), se descartó GAMBOA, CASTILLO y MORA, como los posibles autores del disparo por su posición; por un lado, no debe olvidarse que a la diligencia de inspección y reconstrucción, no comparecieron los policiales acriminados entre ellos PAZ; y por lo tanto, no se sabe si su ubicación es aproximada o corresponde a la verdad; en tanto que por otro, no debe olvidarse que al ser examinado el revólver de dotación que portaba PAZ GONZALEZ para el día del procedimiento, los resultados para evidencia de disparo fueron negativos (...) circunstancia que hace dudar de la responsabilidad del mencionado policial.

El segundo elemento, tiene origen en la versión dada por GAMBOA y por el particular MILLER ROSERO RODRIGUEZ, mismos que han comprometido a PAZ GONZÁLEZ en los acontecimientos materia de la presente investigación; sin embargo, como el señalamiento se hizo sin juramento en la investigación en la cual también estaba comprometido el policial, no puede ser objeto de crédito: como tampoco puede ser digno de credibilidad las afirmaciones hechas por el segundo de los mencionados, quien además de ser tío de la víctima y por lo tanto con interés

²⁹ F. 15 a 25 c. 1.

claro en las resultas del proceso, su comparecencia ante el juzgado instructor, se produjo a los tres años de sucedidos los hechos y sin que nadie lo llamara; por lo mismo, su testimonio tampoco ofrece visos de legalidad por no reunir las exigencias previstas en el artículo 394 del C.P.M., por cuanto sus dichos nunca fueron solicitados por parte alguna, como tampoco fue autorizado previamente por el funcionario judicial; sin olvidar que aquel al igual que sus demás amigos al momento de ocurrir los hechos, se encontraban en estado de ebriedad, como se desprende de sus propias afirmaciones; y que por las misma razón sus condiciones físicas, psíquicas y anímicas se encontraban afectadas.

(...) según las previsiones del artículo 556 del Código Penal Militar, se requiere que del material probatorio recaudado aparezcan los siguientes presupuestos: a) que el hecho se encuentre demostrado; b) adecuada su tipicidad, y c) comprometida la responsabilidad del procesado; requisitos éstos que hacen parte de los aspectos objetivo y subjetivo del delito; pero que en la presente investigación no se encuentran satisfechos a cabalidad, pues si bien materialmente se encuentra demostrada la muerte del JOVEN (...) y adecuada su tipicidad como delito de "HOMICIDIO" (...); a la fecha no ha sido posible individualizar con claridad, el autor y por lo tanto responsable de la muerte; y a este despacho no le está permitido hacer ningún supuesto, conjetura, ni especulación; porque si bien existen algunos indicios contra LOPEZ MORA y PAZ GONZÁLEZ; teniendo en cuenta que la víctima sólo recibió un impacto, nos resulta improcedente erigir responsabilidad a los dos; por lo que ante la existencia de tan tamaña duda, que no ha sido resuelta a pesar de los esfuerzos probatorios, habrá de resolverse a favor de los procesados, con Cesación de Procedimiento (...)³⁰

- La Fiscalía Cuarta Penal ante el Tribunal Superior Militar decidió, en sede de consulta, confirmar la resolución que cesó el procedimiento. Como argumentos destacó que:

"...Finalmente la imputación de la autoría del disparo que causara el deceso se centra en el Agente JOSE NEL PAZ GONZALEZ, quien no fuera inicialmente vinculado al proceso en la medida que la referida prueba de absorción atómica a las armas de quienes permanecieron en el lugar de los acontecimientos, arrojó para este un resultado negativo; sin embargo en la versión rendida por el AG. GAMBOA este refiere haber observado en el momento en que la víctima intentaba trepar una pared de uno de los techos, que desde la calle se baja de la panel el agente PAZ GONZÁLEZ y que en ese momento es que escucha el disparo y ve caer el cuerpo de la víctima porque del impacto este saltó cayendo herido; al punto de insinuar que es posible que se hubiera empleado un arma personal por parte de este institucional y por ello la de dotación apareciera con resultado negativo para residuo de pólvora; posteriormente surge la declaración el señor MILLER ROSERO, tío del occiso, quien se presenta al despacho luego de tres años y sin que nadie lo refiera como testigo de los hechos, asegura que el causante de la muerte de su sobrino por cuanto lo vio cuando llegó en la panel y extrajo un arma de la misma fue el agente PAZ GONZÁLEZ a quien refiere conocer de tiempo atrás, agregando que nada había manifestado con anterioridad por las amenazas del mismo (...)

Considera entonces este Despacho ad quem que si bien se podría practicar nuevamente la Inspección Judicial para una reconstrucción de los hechos, ello no arrojaría nada nuevo a la investigación pues de plano la responsabilidad atribuida al Agente PAZ GONZÁLEZ, se esfuma ante la evidencia de que su arma de dotación resultare negativa para la prueba de absorción atómica, es decir que no mostró residuo de disparo alguno y de la misma manera el decir de la existencia de otra

³⁰ F. 37 a 40 c.1.

arma en su poder, ello no es más que un supuesto de los cual no se tiene prueba en concreto dentro del proceso y que ello por sí mismo ni siquiera pueda constituir indicio grave en su contra; (...)

(...) a la fecha ha resultado imposible individualizar la autoría (...) en cabeza de cualesquiera de los cuatro policiales vinculados o de otro que igualmente hubiese estado presente en el lugar de los acontecimientos.

(...)³¹

- Oficio núm. 1104 del nueve (09) de octubre de dos mil siete (2007) a través del cual el sub jefe SIJIN de Cali informó que el señor Jose Nel Paz González estuvo privado de la libertad en esa seccional. Que ingresó el primero (01) de abril de dos mil cinco (2005) y salió con destino a la cárcel Piloto el veintitrés (23) de septiembre de dos mil cinco (2005)³².
- Certificación suscrita por el Director del Centro de Reclusión Piloto del Departamento de Policía del Valle en los siguientes términos:

“El Señor AG. ® PAZ GONZÁLEZ JOSÉ NEL, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 16.350.627 expedida en Tuluá – Valle, estuvo detenido en este centro carcelario desde el 23 de septiembre de 2005 hasta el 03 de Enero de 2006, sindicado del delito de HOMICIDIO, a órdenes del JUZGADO 157 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR DEL DEPARTAMENTO DE POLICÍA VALLE³³”.

- Oficio 0966 del 10 de octubre de 2007 en el que el Director del Centro de Reclusión Piloto del Departamento de Policía Valle como respuesta a un derecho de petición indicó:

“...el día 03-Ene-2006 en cumplimiento a lo dispuesto por la Fiscalía 158 Penal Militar del Departamento de Policía Nariño, el Juzgado 157 de Instrucción Penal Militar de la Policía Metropolitana de Cali mediante oficio Nro. 1090 le concede a partir de la fecha la libertad provisional³⁴”.

3.3. Asuntos por resolver por la Sala

3.4. Análisis de la Sala sobre la responsabilidad

3.4.1. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad

Como enseñan la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Corporación, “la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, consagrado en la Constitución, ampliamente desarrollado por vía jurisprudencial”

³¹ F. 54 a 59 c. 1.

³² F. 160 c. 1.

³³ F. 11 c. 1.

³⁴ F. 161 c. 1.

Tal entendimiento de la responsabilidad patrimonial se asienta sobre la noción de “lesión” o de daño antijurídico, la que vino a sustituir a la culpa como centro de gravedad del juicio de responsabilidad patrimonial de la administración bajo consideraciones como las siguientes:

“..., si la Ley ha eliminado la consideración de los elementos de ilicitud y culpa para construir la institución de la responsabilidad administrativa, ¿sobre qué apoyar esta? La misma Ley nos da un criterio: lesión. El giro de la teoría de la responsabilidad desde la perspectiva de la acción dañosa a la del daño en sí mismo queda cumplido. Pero esto fuerza a reconstruir cuidadosamente el concepto de lesión o de daño para hacerle capaz de soportar el ingente peso que sobre él se echa.”

Vamos a utilizar el término “lesión”, que es el que la ley utiliza. El primer cuidado ha de ser separar del concepto, del puramente vulgar de “perjuicio”. Posiblemente esta distinción oculte buena parte del escondido principio de una teoría general de la responsabilidad. El concepto de perjuicio es puramente económico, material; el de lesión es ya un concepto jurídico. Lesión sería el perjuicio antijurídico. Obsérvese que no decimos perjuicio causado antijurídicamente (criterio subjetivo) sino perjuicio antijurídico en sí mismo (criterio objetivo), perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud”.

Definir, en tal sentido, la antijuridicidad del daño, no puede, sin embargo, derivarse de un mero ejercicio de empatía del que fluya, casi que intuitivamente, tal conclusión.

Con el propósito de definir un criterio que permita un desarrollo objetivo del juicio de antijuridicidad del daño, se propuso, por un sector de la doctrina especializada, recurrir a las causales de justificación. Al respecto de dijo:

“Desde ese principio (el principio abstracto de la garantía del patrimonio), la calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación civil en la acción personal del sujeto a quien se impute tal perjuicio”. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado...” (Negrilla fuera de texto)

Para esta Sala, aunque parecería que con la aplicación de este criterio se renuncia a la necesidad de verificar que el perjuicio se revele antijurídico en sí mismo y no causado antijurídicamente, lo cierto es que nadie está obligado a soportar el daño producido contra derecho, y que, todo daño así producido, resulta en sí mismo, antijurídico. El asunto lo explica así un jurista italiano:

“La distinción de jurídico (strictu sensu) y antijurídico, lícito e ilícito, justo e injusto, depende, en definitiva, del criterio de valoración propio del derecho. Es manifiesto que la misma común experiencia demuestra que el empleo de sus conceptos entraña una apreciación de los actos humanos...”

(...)

Cuando el acto humano es no sólo jurídicamente relevante, sino más específicamente antijurídico, esta nota de antijuridicidad se extiende al daño que con él se ha producido...

(...)

En todo caso, por supuesto, la antijuridicidad no es más que una cualidad o modo de ser del daño y del acto que lo ocasiona

(...)

Se ha afirmado que, cuando el acto es antijurídico, la nota de antijuridicidad se extiende al daño que con él se ha producido. Y se ha precisado que el acto antijurídico es, en cuanto tal, perjudicial, productor de daño (a su vez, volvemos a repetir, antijurídico) ” (Negrilla fuera de texto).

En el contexto colombiano se ha optado por dejar al juez la concreción de la antijuridicidad del daño, en cada caso, de modo que pesa sobre la obligación de exponer las razones que sustentan, según las pruebas obrantes en el expediente contencioso administrativo, los resultados del juicio de juridicidad o de antijuridicidad del daño.

Esta subsección, por su parte, ha dicho en algunas ocasiones, siguiendo en ello a la doctrina italiana que, el daño incorpora dos elementos: uno, físico, material, y otro jurídico, formal. Que el elemento físico o material, consiste en la destrucción o el deterioro que las fuerzas de la naturaleza, actuadas por el hombre, provocan en un objeto apto para satisfacer una necesidad, y ha señalado que en cuanto tal, este elemento deviene insuficiente hacia la activación del derecho para facilitar la reacción de quien lo padece en orden a la reparación o compensación del sacrificio que de él deriva. Que, para que el daño adquiriera una dimensión jurídicamente relevante (para que pueda predicarse su antijuridicidad) es menester que recaiga sobre un derecho subjetivo o sobre un interés tutelado por el derecho; que no exista un título legal conforme al ordenamiento constitucional, que justifique, que legitime la lesión al interés jurídicamente tutelado; y que su menoscabo o deterioro no haya sido causado, ni haya sido determinado por el hecho de la propia víctima.

En relación con el segundo de tales supuestos, esto es, con la ausencia de un título de justificación para la producción del daño, y para atender a los requerimientos de una debida motivación del juicio, es preciso tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 68 de la ley estatutaria de la administración de justicia, respecto del cual ha dicho la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de su constitucionalidad:

Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 60, 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 consideraciones, la Corte profirió una decisión de constitucionalidad condicionada interpretativa” del artículo 68, con la que impuso, como condición para que pudiera permanecer el texto normativo en el ordenamiento jurídico, una interpretación suya que encontró “conforme a la constitución”, y excluyó otra u otras tantas que juzgó inconstitucionales.

En ese orden de ideas, la Corte desestimó, como contraria a la Constitución, toda interpretación que pueda conducir en forma automática (a) la reparación de (...) perjuicios, bajo la única consideración de la privación de la libertad, como si tal privación fuese de suyo injusta. En consecuencia, fijó dos condiciones para que la aplicación que haga el operador judicial del artículo 68 de la ley Estatutaria sea conforme a la constitución: a) que el juicio de antijuridicidad esté soportado en un análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención, condición que puede entenderse relacionada con la calificación jurídica del acto dañoso; y b) que tal análisis permita demostrar que la privación de la libertad, ya entendida como daño, fue abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, (...) (que) no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria.

Pues bien, esta Subsección entiende que estas dos condiciones se satisfacen a cabalidad con la operación de análisis que ha venido desarrollando en sus sentencias al momento de juzgar la antijuridicidad del daño, y que, en punto de la verificación de la pertinencia, razonabilidad y juridicidad de la medida, ha respondido al desarrollo de los siguientes lineamientos, que encuentran respaldo en el derecho constitucional y convencional:

- El artículo 28 de la Constitución autoriza, tanto el arresto, como la detención preventiva, bajo determinadas y precisas condiciones: debe producirse “en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. Por tanto, en cuanto la detención es una medida autorizada por la ley, sus efectos no pueden ser apreciados, en sí mismos, como constitutivos de un daño injusto.

- Esta autorización constitucional ha de entenderse excepcional como una elemental consecuencia de la valía ius fundamental del derecho a la libertad física de las personas. Por tanto, la regla general debe ser el juzgamiento en libertad del individuo, hasta tanto se defina su responsabilidad penal, y la detención preventiva debe ser una excepción, marginal aún a otras medidas preventivas
- La detención preventiva no puede ser entendida, ni tratada de facto como una sanción, pues es una medida de aseguramiento que forma parte de las llamadas medidas cautelares es decir, “de aquellas disposiciones (...) cuyo objeto consiste en asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial” . La medida de detención preventiva no puede entenderse como una pena anticipada ni como un instrumento para la materialización de fines de prevención general o especial del delito, porque estos últimos son fines propios de la pena, y la detención preventiva es una medida cautelar.
- En cuanto forma parte de las medidas cautelares, su adopción en cada caso particular debe responder a dos condiciones cuya existencia debe ser verificada por la autoridad jurisdiccional que impone la medida, y sustentada en la parte motiva de la providencia que la implante, en forma clara, explícita y debidamente razonada. Tales condiciones son: apariencia de buen derecho, y peligro por la mora procesal, y en función de ellos el legislador ha dispuesto los requisitos de la detención preventiva.
- La apariencia de buen derecho se concreta en el cumplimiento del estándar probatorio que impone el legislador, en relación con la apariencia de responsabilidad, para la adopción de la medida (artículos 356 de la ley 600 de 2000 y 308 de la ley 906 de 2004). Esto porque la decisión de imponer la medida de aseguramiento debe estar basada en la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, que permitan establecer fehacientemente la participación del investigado en los hechos que se le imputan. La medida no puede adoptarse con base en conjeturas y suposiciones. Dicho de otra manera: “El Estado no debe detener para luego investigar”. Esta valoración probatoria debe constar de manera explícita, adecuada y suficiente, pues de lo contrario la detención configurará una flagrante violación al derecho a la libertad personal.
- Ahora bien, si ese estándar probatorio se cumple, la medida preventiva así implantada no admite juicio de reproche por razón de los resultados del proceso penal, salvo que estas sean el producto del desvanecimiento (que no de la no reafirmación) de la apariencia de responsabilidad (porque el hecho materialmente no existió, porque el investigado no lo cometió ni participó en su realización, porque a pesar de haberlo hecho la conducta no era típica, o porque el hecho ya no podía ser investigado por las autoridades judiciales). Al margen de estas hipótesis, la medida habrá cumplido, formal y materialmente, a satisfacción, las exigencias del principio de legalidad.
- En consecuencia con la consideración inmediatamente precedente, la absolución o cualquier otra decisión equivalente que adopte la autoridad judicial correspondiente como consecuencia de la aplicación del principio in dubio pro reo, sólo conlleva daño antijurídico si se traen al proceso contencioso medios de convicción que denoten la injusticia de la detención en el caso particular, sin que pueda inferirse esta injusticia, de forma automática, como una consecuencia de la intangibilidad de la presunción de inocencia, pues apta, como es esta presunción, en materia sancionatoria, para mover a la absolución del reo por la fuerza del artículo 28 constitucional, resulta insuficiente, per se, como causa de la obligación resarcitoria. La detención preventiva, se itera, es una medida preventiva, no una sanción y tal presunción opera de diferente manera en uno y

otro evento: frente a la sanción, inhibe la decisión de condena, pero en relación con la medida preventiva, determina el juicio sobre su proporcionalidad.

- Ahora, la detención preventiva puede derivar en daño antijurídico si a pesar del cumplimiento de ese estándar probatorio relativo a la responsabilidad, si la autoridad judicial no muestra razonada y razonablemente que en el caso existían elementos probatorios suficientes para inferir que de no ser impuesta la medida en la modalidad detentiva, el investigado podría entorpecer el desarrollo de la investigación o evadir la acción de la justicia (*periculum in mora*).
- Evidenciados suficiente y razonadamente, tanto la apariencia de responsabilidad, como el peligro para el desarrollo de la investigación, en relación con punibles frente a los que el legislador haya previsto la detención preventiva, la autoridad judicial a cargo de la investigación soporta el deber jurídico de imponer la medida *periculum in mora* y *fumus boni iuris*.
- Además, la detención preventiva que se impone con observancia de los requisitos legales referidos a los estándares probatorios de responsabilidad y de necesidad, puede llegar a constituir un daño antijurídico si en su ejecución vulnera el principio de proporcionalidad y con ello la presunción de inocencia. Al punto ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “la medida cautelar no debe igualar a la pena, en cantidad ni en calidad. La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar.” Y agrega: “(...) la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término, sino que constituye un límite superado el cual se presume *prima facie* que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación a contrario sensu en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presume que el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo a las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía. En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aún más exigente”
- Aún satisfechos los presupuestos de legalidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, la medida deviene antijurídica si habiendo sobrevenido nuevas circunstancias probatorias, se extiende en el tiempo allende la irrupción de las nuevas circunstancias probatorias y su cesación se produce, pasado un plazo razonable, con base en pruebas recaudadas desde tiempo atrás.

Claramente hay que advertir, estos lineamientos no pretenden agotar el estudio de las causas de antijuridicidad de este tipo de daño, y su objeto se reduce a mostrar el tipo de razones que deben exponer en cada caso la autoridad judicial, para cumplimiento del principio de transparencia que debe honrar la decisión judicial en la materia, tanto como del deber de impedir que una sentencia de condena sea el resultado de simples apreciaciones subjetivas o termine sirviendo instrumentalmente al enriquecimiento indebido de quienes habiendo soportado una justa carga de detención preventiva, vengan a la jurisdicción, de mala fe, a reclamar una indemnización pretextando su injusticia.

Ahora bien, una vez verificada, de esa manera, la producción contra Derecho de la aminoración o alteración negativa del derecho o del interés objeto de tutela jurídica, el ordenamiento facilita la reacción de quien la padece en orden a la reparación o compensación de su sacrificio con cargo a un patrimonio diferente del suyo.

Dicha imputación, ha dicho la jurisprudencia unificada de esta Corporación, debe derivarse del examen que de los hechos probados haga el Juez, con sujeción al título o factor de atribución que considere, responde en mejor forma a las particularidades del caso, pues ni la constitución, ni la ley imponen al operador judicial un determinado criterio de imputación para la atribución del daño antijurídico, y tratándose de la privación injusta de la libertad, ninguna razón encuentra esta Judicatura para que se infiera cosa diferente. Tal interpretación, además, se encuentra acorde con la Jurisprudencia Unificada de la Sección Tercera en la que se estableció que “el funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio iura novit curia, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente”.

Por tanto, será el juez de la responsabilidad del Estado quien determine, de acuerdo con las circunstancias del caso, si ese daño antijurídico debe ser o no atribuido a la demandada o a un tercero que no haya venido al proceso, si esa atribución se impone de la aplicación de un criterio subjetivo (falla del servicio) o de un criterio objetivo (daño especial), o si dado el caso el criterio de atribución es legal; y quien determine, si hay o no lugar a declarar la responsabilidad.

3.5. Caso concreto

Ha quedado demostrado que contra el hoy demandante Paz González se dictó orden de captura facultativa en los términos del artículo 511 del Código Penal Militar³⁵ y se declaró persona ausente por auto del 31 de mayo de 2005³⁶, en el marco de la investigación penal adelantada por la muerte, en un operativo policial, de un sujeto al que se pretendía capturar.

Está demostrado, también, que posteriormente y con fundamento en la medida de aseguramiento de detención preventiva que se profirió contra el agente Paz González, este fue privado de la libertad y permaneció en las instalaciones de la SIJIN desde el primero (01) de abril de dos mil cinco (2005) hasta el veintitrés (23) de septiembre de dos mil cinco (2005), y desde esta última fecha hasta el tres (03) de enero de dos mil seis (2006) en el Centro de Reclusión Piloto del Departamento de Policía del Valle.

Conforme a lo anterior es claro que el daño aducido se concretó en la privación de la libertad de la que fue objeto el Ag. José Nel Paz González, a quien se le atribuyó ser el autor del disparo que causó la muerte de Andrés Armando Rosero, en un operativo policial llevado a cabo en la ciudad de San Juan de Pasto el siete (07) de mayo de dos mil (2000). Restricción de la libertad que se extendió desde el primero (01) de abril de

³⁵ “En los procesos sancionados con pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años, podrá librarse orden escrita de captura contra el imputado para efectos de la indagatoria.

De la misma manera se procederá cuando se investiguen delitos que atenten contra el servicio, la disciplina, el honor, o cuando se haya proferido en contra de la persona que deba ser indagada medida de aseguramiento, de caución o detención en otro proceso”.

³⁶ F. 12 c.1.

dos mil cinco hasta el tres (03) de enero de dos mil seis (2006) cuando se ordenó su libertad provisional, que se tornó definitiva cuando la autoridad penal militar cesó el procedimiento.

En virtud de lo anterior, y como ha quedado demostrado que al señor Paz González se le impuso, en el curso de un proceso penal que culminó con resolución de cesación de procedimiento, medida de detención, debe esta Subsección averiguar si la afectación que sufrió José Nel Paz González en su derecho a la libertad física se encuentra legitimada por un título de justificación conforme al baremo que surge de la normativa interna del Estado colombiano y al derecho convencional.

En esa línea, advierte la Sala que el marco normativo rector de la detención preventiva, para la época de los hechos, obraba en el artículo 28 de la Constitución y en los artículos 522, 523, 529 y concordantes de la ley 522 de 1999, y que, en el caso que atañe para su estudio, el fundamento para que el Juzgado Ciento Ochenta y Dos de Instrucción Penal Militar de San Juan de Pasto le impusiera a José Nel Paz González la medida de aseguramiento de detención preventiva lo constituyó el mérito que halló, no sólo en el indicio de presencia y oportunidad, sino en las resultas de la prueba técnica y en la versión de testigos que indicaban que, entre los agentes que participaban en el operativo de captura, era él quien se hallaba en mejor condición y posición para haber accionado el arma que causó el resultado fatal objeto de investigación, según lo indicaban las trayectorias y las distancias en relación con el sitio en el que se encontraba la víctima. A este cuadro de indicios se sumaron las declaraciones de WILSON ORLANDO CHAVEZ, LEODAN RAMIRO HORMAZA Y RICARDO ANDRÉS HORMAZA, en las que se le señaló como la persona que se apeó de la patrulla y realizó actos que, si bien no configuraban de manera inequívoca el accionar de un arma de fuego, si permitían inferir que así había obrado. En tales condiciones, el resultado de la prueba de absorción atómica practicada sobre su arma de dotación oficial perdía fuerza, máxime si se consideraba que el dragoneante ENRIQUE GAMBOA aseveró que Paz González siempre portaba dos armas de fuego, una oficial y otra ajena al servicio.

Mirada bajo las anteriores circunstancias a la luz del artículo 28 constitucional, la Sala encuentra que las pruebas que militan en el expediente permiten concluir que José Nel Paz González fue detenido en virtud de mandamiento escrito expedido por el Juez Ciento Ochenta y Dos de Instrucción Penal Militar de San Juan de Pasto, quien ejercía la autoridad, conforme a la ley 522 de 1999 para definir su situación jurídica; que dicha medida se encontraba autorizada por los artículos 522 y 529 numeral 1 de esta ley, primero, porque en ese contexto normativo la medida de aseguramiento para los imputables era una de las medidas de aseguramiento permitidas, segundo, porque su imposición era imperativa tratándose de delitos que tuvieran prevista una pena cuyo mínimo fuera o excediera de dos años; y tercero, porque el estándar probatorio que se demandaba para su decreto por el artículo 522 (por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso), estaba ampliamente superado al momento de la imposición de la medida, ya que existía todo un cuadro de indicios de responsabilidad que lo señalaban como responsable del hecho materia de investigación.

Ahora, como ha quedado establecido líneas atrás, la medida debe contar con un supuesto de razonabilidad que remite a la valoración probatoria, para que sea jurídica y justa. Esta condición la encuentra la Sala satisfecha al punto de concluir que la detención de Paz González no estuvo basada en simples conjeturas y suposiciones. La prueba técnica era irrefutable y de hecho sus resultados nunca fueron totalmente desvirtuados, y los testigos que refirieron el cuadro circunstancial de los hechos que lo señalaban como responsable, eran personas que presenciaron el acontecer que culminó en el resultado fatal objeto de investigación, y estaban en condiciones morales y físicas de percibir sus circunstancias y recrearlas ante el Juez.

Cabe advertir, en relación con la razonabilidad del análisis probatorio, que esta no se desvirtúa por la simple apertura de perspectivas que sobrevengan de la prueba practicada con posterioridad al decreto de la medida, a menos que de ellas emerja, sin lugar a equívoco, como conclusión, que el hecho no existió, que el detenido fue ajeno a la autoría de los hechos materia de investigación, u otra circunstancia equivalente que haga desaparecer el escenario recreado por las pruebas que se consideraron para el decreto de la medida cautelar. Lo anterior en atención a que unos son los presupuestos de la decisión penal y otros los del juicio de responsabilidad patrimonial por privación de la libertad. En relación con estos, cualquier análisis debe partir de la consideración según la cual, autorizada como se encuentra la detención preventiva por el ordenamiento constitucional, y considerada la diferencia que el legislador ha establecido entre el estándar probatorio requerido para la imposición de la detención preventiva y el exigido para condenar, la duda que mueve a absolver, no puede mover a la consideración automática de la injusticia de la detención.

Derivar la antijuridicidad del daño de la aplicación del principio *in dubio pro-reo*, solo se explicaría a partir de una concepción absoluta de la libertad física que ni la doctrina constitucional, ni la doctrina convencional avalan. La detención, se itera, es una medida preventiva, no una sanción y, por tanto, las consecuencias que el ordenamiento deriva de la presunción de inocencia son diferentes frente a la sentencia condenatoria penal y frente a la medida cautelar privativa de la libertad: frente a la sanción, inhibe la decisión de condena, pero en relación con la medida preventiva, determina el juicio sobre su razonabilidad y su proporcionalidad.

Así las cosas, esta subsección no encuentra que la detención que experimentó José Nel Paz González hubiera sido manifiestamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, inapropiada, carente de razonabilidad o abiertamente arbitraria, y por tanto, no encuentra acreditada la antijuridicidad del daño cuya reparación se demanda, y se abstiene de avanzar sobre el juicio de imputación

Con fundamento en las consideraciones precedentes, como la sentencia negó las pretensiones de la demanda, habrá de ser confirmada.

3.6. Sobre las costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

FALLA

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dictó, el treinta y uno (31) de agosto de dos mil doce (2012).

SEGUNDO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente de la Sala

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado Ponente

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

Aclaración de voto Cfr. Rad. 36146-15 #1, Rad.52221-18 # 1