



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02597-01

Actores: JOSÉ ARNULFO GIRALDO MARTÍNEZ Y OTROS

Demandado: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”

Asunto: Fallo de segunda instancia – Tutela contra providencia judicial

La Sala decide la impugnación¹ interpuesta por la parte actora contra la sentencia de 1º de marzo de 2018, por la cual la Sección Cuarta **denegó** el amparo de los derechos fundamentales invocados.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

Los señores **JOSÉ ARNULFO GIRALDO MARTÍNEZ** y **BERENICE ÁLVAREZ RESTREPO** formularon, en nombre propio y en representación de su menor hija **LAURA MARIANA GIRALDO ÁLVAREZ**, acción de tutela² contra la Sección Tercera – Subsección “C” del Consejo de Estado, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y libertad.

Tales garantías las estimaron quebrantadas con ocasión de la sentencia de 10 de noviembre de 2016, proferida por la autoridad judicial accionada, por medio de la cual revocó la providencia de 13 de marzo de 2013 del Tribunal Administrativo de Antioquia para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda de reparación directa incoada por la parte actora contra la Nación – Fiscalía General de la

¹ Folios 91 – 109.

² 29 de septiembre de 2017.



Nación, Ministerio de Defensa y Ejército Nacional, proceso identificado con el número 05001-23-31-000-2010-00490-01(49405).

2. Hechos

Como sustento fáctico de la demanda, los accionantes señalaron, en síntesis, que:

2.1. El señor **JOSÉ ARNULFO GIRALDO MARTÍNEZ** laboró desde el 26 de julio de 1988 y hasta el 27 de julio de 2009 en Empresas Varias de Medellín, compañía en la que ocupó el cargo de ayudante de oficios varios en el Área de Operaciones de Aseo. La prestación de sus servicios fue permanente y continua.

2.2. El 15 de noviembre de 2007, el referido ciudadano fue capturado con fines de indagatoria por el CTI de la Fiscalía General de la Nación y el Ejército Nacional como presunto responsable del punible de rebelión; aprehensión que fue ordenada por la Fiscal 74 Seccional de El Santuario – Antioquia³.

2.3. La captura fue difundida por algunos medios de comunicación⁴ y produjo un pronunciamiento de la empresa comercial en la que trabajaba, en el sentido de precisar que el señor Giraldo Martínez no era un trabajador del Área Administrativa sino un empleado de oficios varios, recolector de basuras.

2.4. El 17 de noviembre de 2007, se adelantó diligencia de indagatoria, en la que el Fiscal 83 Seccional de El Santuario indicó que su vinculación al trámite penal tuvo como origen algunas declaraciones de desmovilizados de las FARC, quienes lo señalaban de ser alias “Poliéster”, integrante del noveno frente de esa guerrilla.

2.5. Dentro de las informaciones recopiladas por el ente investigador, se determinó que el cabecilla conocido con el alias de “Poliéster” presentaba problemas para desplazarse –cojera– como consecuencia de un disparo recibido en su cadera, situación que lo había llevado a movilizarse en una época en silla de ruedas.

³ Orden de captura n°. 110008568.

⁴ Caracol Radio y Tele Antioquia.



2.6. Para corroborar las alteraciones físicas mencionadas, el Fiscal 83 Seccional remitió al tutelante al Instituto Nacional de Medicina Legal, autoridad que, con concepto de 17 de noviembre de 2007, descartó cualquier tipo de atrofia o compromiso de la movilidad de éste.

2.7. El 19 de noviembre de 2007, el Fiscal 83 Seccional realizó ampliación de la indagatoria, en la que cuestionó al accionante sobre su identidad, pues se lo vinculaba con alias “Wilfredo o Poliéster” cabecilla del 9º frente de las FARC⁵.

2.8. Ese mismo día, el ente acusador profirió auto con el que resolvió la situación jurídica del señor Giraldo Martínez, en el que se abstuvo de proferir medida de aseguramiento en su contra. En esa misma fecha, el demandante recobró la libertad, pero se continuó con la investigación.

2.9. El 26 de diciembre de 2007, el apoderado judicial del tutelante en la causa penal solicitó la preclusión de la investigación, “...bajo el argumento que el señor **JOSÉ ARNULFO GIRALDO MARTÍNEZ** no era responsable de los hechos que le endilgaban, puesto que no hacía parte de las FARC, no concordaba su descripción con la aportada por los desmovilizados, no coincidía la fotografía del guerrillero buscado con mi mandante y las señales particulares.”⁶

2.10. En ese memorial, el representante judicial del señor Giraldo Martínez informó que el guerrillero conocido con el alias de “Poliéster” había sido dado de baja por parte del Ejército Nacional, como lo había publicado el diario El Colombiano el 24 de diciembre de 2007.

2.11. El 8 de enero de 2008, el Fiscal 83 Seccional expidió resolución de calificación del sumario, en la que ordenó la preclusión de la instrucción a favor del demandante “...por persistir la duda sobre su participación activa y voluntaria con el grupo **NOVENO DE LAS FARC...**”⁷.

⁵ Ello con base en fotografías que le fueron puestas de presente al demandante.

⁶ Folio 4.

⁷ Ibídem.



2.12. El señor **JOSÉ ARNULFO GIRALDO MARTÍNEZ** y otros presentaron demanda de reparación directa, cuyo trámite y decisión correspondió en primera instancia al Tribunal Administrativo de Antioquia que, en decisión de 13 de marzo de 2013, declaró responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación. Para tal efecto, argumentó:

“Por lo anterior, es claro desde todo punto de vista, que es desproporcionado pretender que se le pueda exigir al señor **JOSÉ ARNULFO GIRALDO MARTÍNEZ**, que asuma en forma inerte y como si se tratase de una carga pública que todos los coasociados debieran asumir en condiciones de igualdad, la privación de su derecho a la libertad en aras de salvaguardar la eficacia de las decisiones del Estado, a pesar de que la misma Administración de Justicia –Fiscalía General de la Nación– que fue la que le limitó el derecho en mención, desde la captura hasta la situación jurídica, llegue a concluir que no existía prueba mínima que condujera a la producción de una detención preventiva.”⁸

2.14. El Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección “C” revocó, mediante sentencia de 10 de noviembre de 2016⁹, la sentencia del *a quo* ordinario para, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda, por cuanto, para la época de los hechos, el delito de rebelión requería de la definición de la situación jurídica y, por consiguiente, la captura del sindicato con fines de indagatoria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 336 de la Ley 600 de 2000.

3. Fundamentos

Los demandantes atribuyeron en contra de la providencia censurada un defecto fáctico y un desconocimiento del precedente jurisprudencial, los cuales explicaron como sigue:

3.1. Desconocimiento del precedente

La parte actora adujo, en lo que respecta a este yerro, que su materialización tenía lugar, toda vez que, de una parte, la autoridad demandada inaplicó el régimen objetivo de imputación en materia de privación injusta de la libertad; de otro, puesto que, señaló que la víctima debía soportar la causación del daño, sin que los supuestos que caracterizaron el proceso penal guardaran relación con las

⁸ Folio 605 del expediente ordinario.

⁹ Notificada por edicto del 30 de marzo al 3 de abril de 2017.



hipótesis en que la jurisprudencia permite exculpar la actuación del Estado por estos motivos.

En relación con el primero de los cuestionamientos, los accionantes sostuvieron que, teniendo en cuenta el material probatorio allegado al proceso¹⁰, pudo constatarse que la víctima directa, esto es, el señor Giraldo Martínez, no resultaba ser la persona sindicada de rebelión, por lo que la privación de la libertad que padeció debía ser calificada como injusta, lo que conllevaba aplicar el régimen objetivo de responsabilidad, como lo establecían las sentencias de 13 de junio de 2016¹¹, 28 de agosto de 2014¹² y 14 de agosto de 2013¹³ dictadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

No obstante, la autoridad judicial accionada se apartaba del precedente allí erigido, a la luz del cual la responsabilidad del Estado debía ser declarada con la prueba del daño antijurídico –privación injusta de la libertad– y su atribución al Estado –“*medida de aseguramiento expedida por la Fiscalía General de la Nación*”¹⁴–, por lo que no era necesario acreditar la arbitrariedad, desproporcionalidad o irregularidad en esa medida.

Por otro lado, y en relación con el segundo de los cargos, la parte accionante afirmó que las circunstancias modales que rodearon la causa penal que se objeta, no se encuadraban en los supuestos erigidos por el Consejo de Estado –en la referida sentencia de 28 de agosto de 2014– que llevan a concluir que los ciudadanos deben soportar las cargas de las investigaciones adelantadas en su contra y, por consiguiente, de sus consecuencias, por cuanto:

(i) la detención de que fuera objeto el actor no tuvo origen en su culpa exclusiva, como determinante para que las demandadas adoptaran dicha medida.

¹⁰ Declaraciones de los señores Jaime de Jesús Rojas Arango, Mario de Jesús Álvarez Álvarez, John León Taborda Vélez; dictamen pericial del ortopedista del Instituto de Medicina Legal que sostuvo que las lesiones que presentaba el guerrillero con el alias de “Poliéster” no se presentaban en la humanidad del señor José Arnulfo Giraldo; las fotografías que obraban en el plenario que acreditan que el delincuente buscado no correspondía al ahora tutelante; los resultados operacionales del Ejército Nacional en el que se da cuenta del abatimiento del miliciano “Poliéster” fue abatido el 22 de diciembre de 2015, esto es, en el interregno entre la captura y la resolución de preclusión de la investigación, noticia que fue publicada en el periódico “El Colombiano”.

¹¹ Rad. 40115. C.P. Martha Nubia Velásquez Rico. Subsección “A”.

¹² Rad. 2002-02548-01 (36.149) C.P. Hernán Andrade Rincón. Sentencia de Unificación.

¹³ Rad. 2001-01626-01. C.P. Hernán Andrade Rincón. Subsección “A”.

¹⁴ Folio 15.



(ii) La víctima directa de la detención no se expuso de manera dolosa o culposa a ella.

(iii) Afirmó que la decisión de la autoridad judicial accionada impuso unas cargas desproporcionadas en cabeza del señor Giraldo Martínez y de su familia, pues tuvieron que abandonar su hogar en el municipio de Itagüí, “*tras ser tildado como cabecilla guerrillero...*”, producto de la persecución a la que fue sometido por las bandas criminales.

3.2. Defecto fáctico

Los demandantes arguyeron la existencia de una indebida valoración del material probatorio allegado al expediente.

En ese sentido, señalaron que la autoridad judicial accionada valoró erróneamente la decisión de 19 de noviembre de 2007, proferida por el Fiscal 83 Seccional de El Santuario – Antioquia, que “*...junto con el dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses*”¹⁵, permitían colegir que el demandante recobró su libertad porque no cometió el delito de rebelión que se le imputaba “*...y no por el in dubio pro reo...*”¹⁶.

Asimismo, consideraron que la Sección Tercera – Subsección “C” apreció indebidamente los testimonios depuestos por los señores Jaime de Jesús Rojas Arango, Mario de Jesús Álvarez, Jhon León Taborda Vélez y el dictamen pericial del ortopedista, que demostraban que la víctima directa de la detención nunca padeció de cojera ni estuvo en una silla de ruedas –características del miliciano con el que se lo confundió– por lo que no debió ser sometido a esa medida restrictiva de la libertad.

Por otro lado, sostuvieron que para revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, la autoridad judicial accionada valoró incorrectamente el resultado de la operación en que cayó muerto el guerrillero conocido con el alias de “Poliéster”, quien fue dado de baja el 22 de diciembre de 2007, esto es, en el interregno entre el desarrollo de la indagatoria –noviembre de ese año– y la expedición de la resolución de preclusión –enero de 2008–.

¹⁵ Folio 21.

¹⁶ *Ibidem*



Finalmente, concluyeron que: *“En definitiva, existió una interpretación errónea del material probatorio, de un lado, porque quedó acreditado en el proceso que la persona sindicada no cometió el delito por el cual fue detenido. Y del otro, no existió el material probatorio que acreditara que se encontraba en el deber jurídico de soportar la medida privativa de la libertad.”*¹⁷

4. Petición de amparo

La parte actora solicitó, a título de amparo constitucional, lo que se transcribe a continuación:

“PRIMERA: Dejar sin efecto la sentencia del 10 de noviembre de 2016, notificada por edicto del 30 de marzo al 3 de abril de 2017, tras el desconocimiento del precedente judicial – violación a los derechos fundamentales al debido proceso, al principio de igualdad y la libertad y la interpretación errónea de las pruebas – violación a los derechos fundamentales al debido proceso, al principio de igualdad y la libertad – defecto fáctico-

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, ordene la expedición de un nuevo fallo de segunda instancia, donde se tenga en cuenta el precedente judicial fijado por esta corporación y se respeten los derechos fundamentales de los accionantes”¹⁸

5. Trámite de la acción de tutela

Por auto de 6 de octubre de 2017, el Despacho sustanciador del proceso al interior de la Sección Cuarta admitió la acción de tutela y dispuso notificar a los demandantes, a la autoridad judicial demandada, al Tribunal Administrativo de Antioquia, a la Fiscalía General de la Nación, al Ministerio de Defensa, al Ejército Nacional y a quienes habían fungido como accionantes en el proceso de reparación directa¹⁹.

Remitidas las misivas del caso, se recibieron las siguientes intervenciones:

6. Contestaciones

¹⁷ Folio 22.

¹⁸ Folio 2.

¹⁹ Amanda Martínez Montoya, Beatriz Elena Giraldo Martínez, Ángela María Giraldo, Luz Estella Giraldo Martínez, Luis Alberto Giraldo Martínez, Fredy Alonso Giraldo Martínez, Juan Pablo Giraldo Martínez, Carlos Hernán Giraldo Martínez, Gloria Amanda Giraldo Martínez.



6.1. De la Sección Tercera – Subsección “C” del Consejo de Estado²⁰

Con escrito de 23 de octubre de 2017, el Consejero Ponente de la decisión censurada rindió informe, en el que manifestó que las consideraciones expuestas en el fallo censurado eran suficientes para sustentar la improcedencia del amparo solicitado.

6.2. De la Fiscalía General de la Nación²¹

La directora de asuntos jurídicos del ente investigador solicitó, a través de memorial de 20 de octubre de 2017 declarar la improcedencia de la acción o, de manera subsidiaria, negar el amparo deprecado por los accionantes.

Para el efecto, sostuvo que la parte actora no justificó el por qué no se hizo uso del recurso extraordinario de revisión, de conformidad con el artículo 248 del CPACA, motivo por el cual el recurso de amparo resultaba improcedente.

Por otro lado, adujo que la autoridad judicial demandada sí valoró las pruebas allegadas al expediente, de donde pudo concluir que la conducta del señor Giraldo Martínez fue determinante en la imposición de la restricción de su derecho fundamental a la libertad²².

7. Fallo impugnado²³

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia de 1º de marzo de 2018 negó las pretensiones de la acción de tutela, bajo los siguientes argumentos:

En lo que concierne al defecto fáctico, el *a quo* consideró que, si bien el análisis de las pruebas identificadas por la parte actora no fue desarrollado en el cuerpo de la sentencia de 10 de noviembre de 2016, ello no conllevaba infirmar esa providencia “...pues estos documentos (sic) lo único que demuestran es que el señor José

²⁰ Folio 66.

²¹ Folios 46-50.

²² Para ello trajo algunos apartes de la sentencia de unificación de 17 de octubre de 2013, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

²³ Folios 95-101.



Arnulfo Giraldo Martínez no era alias “POLIÉSTER”, ni un integrante del frente noveno de las FARC.”

En ese sentido, sostuvo que “...las referidas pruebas no demostraban la existencia de un daño antijurídico causado al señor José Arnulfo Giraldo Martínez y a su familia, por el tiempo que estuvo en detención preventiva por motivos de indagación del 15 al 19 de noviembre de 2007, razón por la cual el hecho de que no se mencionaran no inciden, ni cambia el sentido del fallo.”

En lo que respecta al desconocimiento del precedente, la Sección Cuarta señaló, en primer lugar, que la sentencia de 14 de agosto de 2013 fue proferida por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, motivo por el que esa decisión no le resultaba vinculante a la autoridad judicial demandada.

En segundo lugar, adujo que la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, no fue desconocida por la Sección Tercera – Subsección “C”, pues si bien el régimen aplicable a la reparación de los daños que se reclaman producto de privaciones injustas de la libertad es, en principio, el objetivo, esta regla dispone de una excepción luego de que se acredita que la víctima tenía el deber jurídico de soportarlos.

Al respecto, explicó:

“Ahora bien, contrario a lo que afirmaron los accionantes, la responsabilidad del Estado en estos casos no se ve comprometida de manera objetiva, pues se debe tener en cuenta que si se limita la libertad de una persona en cumplimiento de una orden de captura debidamente proferida y en acatamiento de los términos legales previstos, esta se da en desarrollo del ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado que propende por la investigación de las conductas que revisten las características de delitos y la individualización de los autores.”

Bajo este derrotero argumentativo, el *a quo* denegó las pretensiones de la demanda de tutela.

8. Impugnación²⁴

²⁴ Folios 91-109.



Con memorial de 12 de marzo de 2018, los accionantes impugnaron la providencia proferida por la Sección Cuarta para lo cual replicaron los argumentos contenidos en el libelo introductorio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada por la parte actora en contra del fallo de 1º de marzo de 2018 dictado por la Sección Cuarta, de conformidad con lo previsto por el Decreto Ley 2591 de 1991²⁵, 1069 de 2015²⁶ –modificado por el Decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017– y por el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003²⁷ de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes de la acción constitucional, el fallo de tutela de primera instancia y los argumentos y consideraciones expuestos en la impugnación, corresponde a la Sala determinar si la decisión recurrida debe confirmarse, modificarse o revocarse, para lo cual analizará si, con ocasión de la providencia censurada, la Sección Tercera – Subsección “C” de esta Corporación incurrió en desconocimiento del precedente judicial y defecto fáctico.

3. Caso concreto

Como quedó expuesto en los antecedentes de este proveído, los accionantes cuestionan la constitucionalidad de la sentencia de 10 de noviembre de 2016, por medio de la cual la autoridad judicial accionada revocó la decisión de 13 de marzo de 2013 del Tribunal Administrativo de Antioquia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda de reparación directa.

Lo anterior, por cuanto, a juicio de los demandantes, la Sección Tercera – Subsección “C” del Consejo de Estado desconoció los mandatos jurisprudenciales contenidos en las sentencias de 13 de

²⁵ “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

²⁶ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”

²⁷ «Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado».



junio de 2016, 28 de agosto de 2014 y 14 de agosto de 2013, proferidas por esa Corporación.

Por otro lado, la parte actora manifestó que con la providencia de 10 de noviembre de 2016, la autoridad judicial accionada incurrió en defecto fáctico por indebida valoración de algunos de los medios de convicción allegados al proceso, de los cuales se desprendería el carácter antijurídico del daño padecido por el señor **JOSÉ ARNULFO GIRALDO MARTÍNEZ**.

Bajo este contexto litigioso, la Sala abordará, de forma independiente, los cargos elevados en contra de la decisión censurada.

3.1. Desconocimiento del precedente judicial

La Sala anticipa que este cargo carece de la entidad jurídica suficiente para enervar los efectos de la sentencia de 10 de noviembre de 2016, dictada por la autoridad demandada, con fundamento en los argumentos que se siguen:

La parte actora señala que en lo que respecta a la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado ha erigido, en su precedente, la sub-regla según la cual el régimen de responsabilidad aplicable es el objetivo, lo que supone, para quienes en ejercicio del medio de control de reparación directa buscan la indemnización de perjuicios, demostrar la existencia de un daño antijurídico y la atribución fáctica y jurídica de su causa al Estado.

En ese orden, los demandantes se eximen de acreditar cualquier tipo de arbitrariedad o desazón en el servicio que prestan las autoridades públicas, pues la prueba del daño y la imputación basta para comprometer su responsabilidad.

En sentir de los recurrentes, esta regla estaría contenida en las decisiones de 13 de junio de 2016, 28 de agosto de 2014 y 14 de agosto de 2013, proferidas por la Sección Tercera de esta Corporación.



Sea lo primero advertir que en relación con las decisiones de 13 de junio de 2016 y 14 de agosto de 2013, éstas fueron proferidas por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, motivo por el que las posiciones allí contenidas no pueden ser impuestas a la Subsección “C” de esa misma Sala de Decisión –autoridad demandada en el asunto de autos– pues no de otra forma se podrían garantizar los principios de independencia y autonomía judicial que cobijan el recto funcionamiento de la Administración de Justicia²⁸.

Por consiguiente, la Sala desecha la posible configuración del desconocimiento del precedente en lo que atañe a estas dos decisiones.

Ahora bien, en lo que respecta la providencia de 28 de agosto de 2014, debe señalarse que fue dictada por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo con fines de unificación, por lo que sin lugar a duda, los postulados y criterios allí erigidos deben ser observados por las diferentes subsecciones que la conforman e, igualmente, por las autoridades judiciales que hacen parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, lo primero que debe advertirse es que sobre la aplicación del régimen objetivo a los asuntos en los que se solicita la declaratoria de responsabilidad del Estado como consecuencia de privaciones injustas de la libertad, la providencia de 28 de agosto de 2014 explica que:

4.- Responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, en vigencia de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Reiteración de Jurisprudencia.

En punto a los presupuestos para declarar la responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad de los ciudadanos, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha desarrollado una jurisprudencia consolidada, estable y reiterada, a partir de la interpretación y alcance del artículo 90 de la Constitución Política, el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 –Código de Procedimiento Penal– y de la Ley 270 de 1996.

En este sentido, **de manera general, se aplica el régimen objetivo** de responsabilidad y se impone su declaración en todos los eventos en los cuales el implicado que ha sido privado de la libertad finalmente es absuelto o se precluye la investigación a su favor, cuando en el proceso a que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se

²⁸ Art. 228 constitucional.



determine que *i)* el hecho no existió, *ii)* el sindicato no lo cometió y/o *iii)* la conducta es atípica.

De igual forma, de conformidad con la postura reiterada, asumida y unificada²⁹ por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se amplió la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado 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 universal *in dubio pro reo*, por manera que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos, cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la medida de detención preventiva³⁰.

Con esta óptica, la Sala procederá al análisis del caso concreto.” (Negrilla y subrayas fuera de texto)

De lo transcrito se desprende un cúmulo importante de sub-reglas jurisprudenciales, dentro de las cuales, y por la pertinencia para el caso que se estudia, la Sala identifica aquella consistente en que, si bien, por regla general, la responsabilidad por privación injusta de la libertad se aborda desde **una perspectiva objetiva**, lo cierto es que podrán existir asuntos en los que las detenciones deban ser analizadas desde **un régimen subjetivo**, lo que sucede, en la actualidad, con las capturas con fines de indagatoria³¹.

²⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Expediente: 23.354.

³⁰ Sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp 13.168; sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 15.463, reiteradas por esta Subsección en sentencia de mayo 26 de 2011, exp 20.299, entre muchas otras.

³¹ Ver, al respecto, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “C”. Rad. 05001-23-31-000-2010-01846-01(47307). Actores: Jesús Alonso Duque Mejía. Sentencia de 26 de septiembre de 2016. Si bien esa decisión de la Sección Tercera – Subsección “C” no manifiesta de forma expresa la aplicación de un régimen subjetivo a las detenciones productos de captura con fines de indagatoria, lo cierto es que ello se desprende de las circunstancias modales que la autoridad judicial demandada enlista como motivos que podrían comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado en esos eventos, lo que explica en los siguientes términos: “Así las cosas, como la orden de captura fue ordenada por una autoridad competente, se ajustó a los presupuestos previstos en la ley, los sindicatos fueron escuchados en indagatoria y se resolvió su situación jurídica en el sentido de no imponer medida de aseguramiento, el daño alegado en la demanda por la privación que sufrieron Sigifredo Gallego Restrepo y Jesús Alonso Duque Mejía, no tiene el carácter de antijurídico, pues correspondió a una carga que éstos estaban en el deber jurídico de soportar.”



De esta manera, y contrario a lo sostenido por los recurrentes, toda medida restrictiva de la libertad no conlleva la aplicación de un régimen objetivo.

Ahora bien, más allá de entrar en la discusión sobre el régimen de responsabilidad aplicable al asunto que fue sometido a su escrutinio, la Sección Tercera – Subsección “C” del Consejo de Estado detuvo su análisis en el carácter antijurídico o no del daño alegado por los demandantes, presupuesto de la responsabilidad que trasciende ese debate.

Al respecto, la autoridad judicial accionada explicó:

“9. El artículo 336 de la Ley 600 de 2000, norma vigente para la época de los hechos, establecía que en los casos en los cuales el delito investigado fuera de aquellos en los que resultaba obligatorio resolver situación jurídica, el fiscal podía prescindir de la citación a rendir indagatoria y librar orden de captura. A su vez, el artículo 354 disponía que en los delitos en los cuales fuera procedente la medida de aseguramiento debía resolverse situación jurídica, es decir, en aquellos en los que se verificaran las condiciones del artículo 357, esto es, que tuvieran una pena igual o superior a 4 años de prisión.

10. En este caso, está acreditado que José Arnulfo Giraldo Martínez Rafael Cuesta Mosquera fue capturado el 15 de noviembre de 2007 con fines de indagatoria y que el 17 del mismo mes y año, la Fiscalía 83 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Santuario recibió la indagatoria [Hechos probados 7.1 y 7.2].

También está acreditado que el 19 de noviembre de 2007, la Fiscalía 83 recibió la ampliación de indagatoria a José Arnulfo Giraldo Martínez y que en la misma fecha al resolver su situación jurídica se abstuvo de imponer medida de aseguramiento [hechos probados 7.3 y 7.4].

El delito de rebelión, por el que fue capturado José Arnulfo Giraldo Martínez, tenía prevista una pena de prisión de 6 a 9 años, de manera que sobre este procedía la resolución de situación jurídica y, por ende, la captura con fines de indagatoria, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 600 de 2000.

Así las cosas, como la orden de captura fue ordenada por una autoridad competente, se ajustó a los presupuestos previstos en la ley, el sindicado fue escuchado en indagatoria y se resolvió su situación jurídica en el sentido de no imponer medida de aseguramiento dentro de los plazos previsto en la ley vigente, el daño alegado en la demanda por la privación que sufrió José Arnulfo Giraldo Martínez no tiene el carácter de antijurídico, pues correspondió a una carga que éste estaba en el deber jurídico de soportar.”



Se colige de lo anterior que, habida cuenta de la naturaleza del delito por el que fue sindicado el accionante, la Sección Tercera – Subsección “C” encontró que la Fiscalía General de la Nación gozaba de la facultad de ordenar su captura para efectos de adelantar la fase de indagatoria y, de esta manera, definir su situación jurídica –imposición o no de medida de aseguramiento–.

Por lo anterior, sostuvo que el daño por el que se deprecaba la reparación no disponía de naturaleza antijurídica, razón por la cual denegó las pretensiones de la demanda.

En conclusión, la Sala desestima la configuración del desconocimiento del precedente erigido en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, pues, por un lado, para ciertos asuntos las restricciones a la libertad podrán ser abordadas desde el un punto de vista subjetivo –se recuerda que el régimen objetivo es la regla general–; por otro, la negativa de las súplicas de la demanda de reparación directa se explica por la **juridicidad** del daño padecido por el actor, como lo sostuvo la autoridad judicial accionada.

Por otra parte, los accionantes manifiestan que el desconocimiento de la providencia de 28 de agosto de 2014 se materializa, comoquiera que el supuesto esgrimido por la Sección Tercera – Subsección “C” del Consejo de Estado no se aviene a las hipótesis erigidas en esa providencia que impondrían ese tipo de cargas en contra de quienes demandan la reparación de perjuicios producto de la privación injusta de la libertad.

Ello, por cuanto, la víctima directa –señor Giraldo Martínez– no actuó de manera tal que su conducta hubiese podido generar la medida restrictiva a la libertad a la que fue sometido.

Pues bien, la Sala encuentra que lejos de establecer una lista taxativa de las conductas que imponen la obligación a los asociados de soportar las cargas que se desprenden de una detención, la Sección Tercera en la decisión de 28 de agosto de 2014 construyó una cláusula general –si la expresión resulta permitida– que debe ser valorada en cada caso concreto por el juez de la reparación. En ese punto, la referida decisión expresó:



“...por manera que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, **siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos, cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la medida de detención preventiva.**”

Lo anterior denota una libertad de valoración en favor del juez, quien podrá determinar, de conformidad con las previsiones del ordenamiento superior, los eventos en los que las consecuencias nocivas de la detención deben ser soportadas por quienes, posteriormente, reclaman su reparación.

En esos términos, y como se anticipó en el vértice inicial de este acápite, el cargo no prospera.

3.2. Defecto fáctico

La parte actora manifiesta que la Sección Tercera – Subsección C del Consejo de Estado incurrió en defecto fáctico, pues valoró en indebida forma los medios de convicción que la Sala enlista a continuación:

(i) La Resolución 268 de 19 de diciembre de 2006, por medio de la cual el Fiscal 83 Seccional se abstuvo de proferir medida de aseguramiento al señor Giraldo Martínez por el ilícito de rebelión y ordenó disponer la cancelación de captura que había sido impartida en su contra.

Ello, por cuanto de su análisis, la autoridad judicial accionada debió determinar que el demandante recobró su libertad, pues no cometió la conducta punible que le fue endilgada y no por *in dubio pro reo*.

(ii) Los testimonios de los señores Jaime de Jesús Rojas Arango, Mario de Jesús Álvarez, Jhon León Taborda Vélez y el dictamen pericial, que permitían colegir que las características morfológicas de la víctima directa de la captura no correspondían a las del guerrillero que se buscaba, por lo que no debió ser sometido a esa medida restrictiva de la libertad.



(iii) El informe operacional emitido por el Ejército Nacional de 4 de noviembre de 2010, que daba cuenta que el guerrillero conocido con el alias de “Poliéster” había sido abatido el 22 de diciembre de 2007, esto es, en el interregno entre su captura y la resolución de preclusión de la investigación de 8 de enero de 2008.

La Sala observa que, salvo la Resolución 268 de 19 de noviembre de 2007 a la que se hizo referencia, los demás medios de convicción no encuentra mención alguna en el cuerpo de la decisión de 10 de noviembre de 2016, motivo por el que no podría endilgarse una indebida apreciación de éstas, como lo sugieren los actores.

De allí que, a la manera como ha sucedido en otras oportunidades³², y con el propósito de garantizar el efectivo acceso a la administración de justicia, esta Judicatura deba reconducir la modalidad del defecto fáctico alegada, pues, a decir verdad, los cuestionamientos encuadran más en el desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes.

Ahora bien, si en principio este hecho debería conllevar el amparo de los derechos fundamentales de la parte accionante, lo cierto es que la omisión de valoración de este material probatorio no dispone de la incidencia necesaria para modificar o alterar la parte resolutive de la decisión censurada, por los motivos que se esbozan a continuación:

- El objeto de la prueba no demuestra una falla en el servicio

Como se expuso en apartes precedente, la captura con fines de indagatoria –la privación de la libertad que esta medida supone– puede comprometer la responsabilidad del Estado en aplicación de un régimen subjetivo, que requiere la acreditación de una falla en el servicio³³, que correspondería al análisis de la actuación defectuosa de las entidades demandadas.

³² Esta Sección acostumbra a modificar el defecto alegado por los tutelantes, luego de que los supuestos alegados no se avienen al yerro que traen a colación. Ver al respecto: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-15-000-2017-03229-00. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Actores: GONZALO LEMUS JAIMES Y OTROS. Sentencia de 1º de febrero de 2018.

³³ Se hizo referencia a que el régimen de responsabilidad por privaciones injustas de la libertad es, por regla general, objetivo; no obstante, esta regla tiene sus excepciones como sucede en el

En ese sentido, el fallo de 10 de noviembre de 2016 indicó:

“Así las cosas, como la orden de captura fue ordenada por una autoridad competente, se ajustó a los presupuestos previstos en la ley, el sindicato fue escuchado en indagatoria y se resolvió su situación jurídica en el sentido de no imponer medida de aseguramiento dentro de los plazos previsto en la ley vigente, el daño alegado en la demanda por la privación que sufrió José Arnulfo Giraldo Martínez no tiene el carácter de antijurídico, pues correspondió a una carga que éste estaba en el deber jurídico de soportar.”

Del aparte transcrito se desprende que la captura implica responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, luego de que se corrobore que **(i)** no fue ordenada por autoridad competente; **(ii)** no se ajustó a los presupuestos previstos en la ley; **(iii)** la situación jurídica no fue resuelta en los términos previstos en el ordenamiento jurídico³⁴.

Empero, el objeto de las pruebas omitidas no permiten acreditar ninguno de estos supuestos que comprometan la responsabilidad del Estado, pues en definitiva éstos demuestran la no identificación entre el guerrillero alias “Poliéster” y el señor GIRALDO MARTÍNEZ, como pudo determinarse en el contexto de la indagatoria.

En otros términos, los medios de convicción que la parte accionante echa de menos –testimonios, dictamen pericial, informe operacional– no demuestran una falla en el servicio a la hora de efectuar la captura y el correspondiente desarrollo de la indagatoria, por lo que su pretermisión en el fallo de 10 de noviembre de 2016, no puede implicar una revocatoria de su parte resolutive.

- Las pruebas no demuestran el carácter antijurídico del daño

Las declaraciones de los testigos rendidas en el contexto del proceso de reparación directa, el informe operacional que dio cuenta del

caso de la captura con fines de indagatoria, como lo ha dispuesto la Sección Tercera – Subsección C del Consejo de Estado.

³⁴ “Artículo 354 de la Ley 600 de 2000. (...) Cuando la persona se encuentre privada de la libertad, rendida la indagatoria, el funcionario judicial deberá definir la situación jurídica por resolución interlocutoria, **a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes**, indicando si hay lugar o no a imponer medida de aseguramiento si hubiere prueba que la justifique u ordenando su libertad inmediata. En este último caso, el sindicato suscribirá un acta en la que se comprometa a presentarse ante la autoridad competente cuando así se le solicite.” (Negrilla fuera de texto)



abatimiento del guerrillero alias “Poliéster” el 22 de diciembre de 2017 y el dictamen pericial del Instituto Colombiano de Medicina Legal, no permiten acreditar la existencia de un daño antijurídico en contra del demandante, como consecuencia de su captura con fines de indagatoria.

Ello, por cuanto la restricción de la libertad de la que fue sujeto el señor Giraldo Martínez encuentra amparo en el ordenamiento jurídico, que habilitaba a la Fiscalía General de la Nación a capturar a quienes fueran sindicados de delitos cuyas penas mínimas fueran iguales o superiores a 4 años³⁵, con el propósito de definir su situación jurídica y, por consiguiente, la imposición o no de medida de aseguramiento.

Igualmente, la Sala considera que, habida cuenta de las situaciones modales que rodearon los hechos –sindicaciones de desmovilizados de las FARC en contra del señor Giraldo Martínez– la captura con fines de indagatoria se hacía necesaria a fin de establecer sus rasgos fisiológicos y, posteriormente, entrar a compararlos con los referidos, para de esta forma definir su situación jurídica y concluir que no se trataba del miliciano perseguido, como pudo ratificarse con el informe operacional del Ejército en donde se informó que alias “Poliéster” había sido muerto en combates el 22 de diciembre de 2007.

De allí que la indagatoria se haya mostrado como el contexto pertinente para establecer el grado de veracidad de los dichos formulados por los exguerrilleros.

- La autoridad judicial accionada no desconoció los motivos que conllevaron la libertad del señor Giraldo Martínez

Del material probatorio que los demandantes dan por omitido, un punto denominador se revela importante: la libertad del señor Giraldo Martínez –el 19 de noviembre de 2007– tuvo como origen la no correspondencia entre las características morfológicas del guerrillero buscado –que habían sido referidas por algunos desmovilizados de las FARC– y la estructura fisiológica del demandante.

³⁵ Ley 600 de 2000. Artículo 357. Procedencia. La medida de aseguramiento procede en los siguientes eventos: 1. Cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años.



No obstante lo anterior, la Sala encuentra que, lejos de desconocer este hecho, la Sección Tercera – Subsección “C” del Consejo de Estado revocó la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia para, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda de reparación directa, con fundamento en la facultad que le asistía en aquella época a la Fiscalía de ordenar la captura de los sindicados con fines de indagatoria a fin de resolver su situación jurídica.

Lo anterior significa que, para determinar la veracidad o no de las versiones rendidas por los desmovilizados que inculpaban al señor Giraldo Martínez, el ente acusador contaba con la posibilidad de indagarlo, restringiendo para ello su libertad –en los términos previstos en la Ley 600 de 2000– para posteriormente corroborar que, efectivamente, no se trataba del miliciano perseguido.

De esta manera, la Sala concluye que la negativa de la Sección Tercera – Subsección “C” de esta Corporación no prescindió de las razones que llevaron a la libertad al señor Giraldo Martínez, pues tuvo como base la potestad de la Fiscalía –art. 336 de la Ley 600 de 2000– para capturar al recurrente con fines de indagatoria, habida cuenta de que el delito que se le atribuía –rebelión– obligaba a resolver su situación jurídica, contexto en el que se concluyó que no se debía imponer medida de aseguramiento, carga que se presentaba como jurídica de cara a las circunstancias modales que rodearon el asunto de autos.

Los anteriores motivos conllevan confirmar la sentencia de 1º de marzo de 2018, proferida por la Sección Cuarta, mediante la cual denegó el amparo deprecado.

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

FALLA:

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia de 1º de marzo de 2018 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado por las razones expuestas en este proveído.



SEGUNDO. - NOTIFICAR a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAUJO ONATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

