



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B”

Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D. C., primero (1) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Expediente:	40476
Radicación:	540012331000200201529 01
Actor:	José Vicente Sandoval Cuesta y otros
Demandado:	Nación-Ministerio de Justicia-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación
Naturaleza:	Reparación directa

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por el llamado en garantía en contra de la sentencia de 21 de junio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por medio de la cual se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda. La sentencia será revocada en punto a la condena proferida en contra del llamado.

SÍNTESIS DEL CASO

El 5 de agosto de 1999 la Fiscalía General de la Nación ordenó la apertura de una investigación contra el señor José Vicente Sandoval Cuesta, como presunto responsable del delito tipificado en el artículo 39 la Ley 30 de 1986. Luego,

mediante resolución del 8 de octubre siguiente, libró orden de captura en su contra, la cual se hizo efectiva al día siguiente. La privación de la libertad del señor Sandoval Cuesta se materializó en virtud de la medida de aseguramiento de detención preventiva decretada el 19 de octubre de 1999, proferida por el señor el señor Miguel Arturo Bueno Ayala en ejercicio de su función como fiscal delegado ante los jueces penales del circuito especializado, la cual no obstante fue revocada por el superior el 15 de diciembre de ese mismo año, por considerar que del análisis de las pruebas obrantes en el expediente no existió un indicio grave que la justificara. Finalmente, el 25 de octubre de 2000, el ente acusador calificó el mérito del sumario con preclusión de investigación.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. Mediante escrito presentado el 16 de octubre de 2002 ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, el señor José Vicente Sandoval Cuesta y la señora María Janette Romero López, en representación de sus menores hijos Andry Julieth, Karen Lineth y José Vicente Sandoval Romero, actuando mediante apoderado judicial, interpusieron demanda de **reparación directa** con el fin de que se declarara administrativamente responsables a la Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho, Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad de que fue sujeto el señor José Vicente Sandoval Cuesta y, en consecuencia, se les condenara a pagar los correspondientes perjuicios morales y materiales causados.

1.1. En respaldo de sus pretensiones, la parte actora adujo que el 8 de agosto de 1999 la Fiscalía 26 Delegada ante los Jueces Especializados DAS-SIJIN-INTEL-ANTIN profirió resolución de apertura de investigación previa en contra del señor José Vicente Sandoval Cuesta por el presunto hecho punible tipificado en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986, con fundamento en un informe remitido por el jefe del Grupo Regional Antinarcóticos. Agregó que la captura del citado se produjo el 8 de octubre de 1999 por orden impartida mediante resolución de

apertura de investigación del 24 de septiembre de 1999 proferida por *“la Fiscal 26 Delegada ante los Juzgados Especializados DAS-DIJIN-INTEL-ANTIN”*, sin haberse tenido en cuenta que el 6 de agosto de esa misma anualidad, el apoderado del actor había solicitado información respecto a la investigación iniciada en su contra, así como que fuera escuchado en versión libre o indagatoria.

1.2. Sostuvo también que el 8 de octubre de 1999 se inició formalmente etapa de instrucción mediante resolución en la cual se formuló en contra del actor cargo por violación al artículo 39 de la Ley 30 de 1986, *“por cuanto en consideración de la Fiscal por su condición de servidor público no dejó a disposición de la autoridad competente, como era su deber, una bolsa contentiva de sustancias estupefacientes incautadas en el desarrollo de un procedimiento policial llevado a cabo el día 5 de agosto del corriente año, en la vía al salado, en una estación de gasolina, procurando presuntamente, la impunidad del delito en relación con los que la trasportaban en el camión blanco de placas (...)”*, lo cual derivó en que el 19 de octubre de 1999 la precitada Fiscalía resolviera la situación jurídica del accionante en el sentido de decretar medida de aseguramiento de detención preventiva en su contra.

1.3. Agregó que dicha decisión fue apelada por el defensor del señor José Vicente Sandoval Cuesta, recurso que concluyó con resolución del 15 de diciembre de 1999 proferida por el *“Fiscal Delegado de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá (Sala Especial de Descongestión)”* en la cual, tras considerar no acreditado el hecho investigado, revocó la medida de aseguramiento impuesta por el inferior y ordenó la libertad inmediata del actor, la cual se hizo efectiva el 17 de diciembre de 1999.

1.4. Adujo que, mediante concepto del 19 de octubre de 2000, el Ministerio Público solicitó al *“Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados”* que al momento de calificar el mérito del sumario lo hiciera con resolución de preclusión de la investigación, pues a su parecer, no había fundamento para proferir apertura de instrucción por falta de prueba de la materialidad del injusto típico investigado.

1.5. Señaló que el 25 de octubre de 2000 se precluyó la investigación penal

promovida en contra del accionante, la cual quedó ejecutoriada el 3 de noviembre de esa misma anualidad. Agregó que como consecuencia del procedimiento de instrucción adelantado en su contra, lo trasladaron injustamente de sitio de trabajo, le fue iniciado un proceso disciplinario y fue llamado a calificar servicios por parte de la Policía Nacional. Finalmente sostuvo que la privación de la libertad sufrida por el señor José Vicente Sandoval Cuesta fue injusta y generó una serie de perjuicios morales y materiales a él, su esposa y sus hijos (f. 5-35 c. 1).

II. Trámite procesal

2. Surtida la notificación del auto admisorio de la demanda (f. 159 c. 1), la Nación-Fiscalía General de la Nación presentó **escrito de contestación** mediante el cual se opuso a las pretensiones elevadas por la parte demandante bajo el argumento de que no se estructuraron los supuestos esenciales que dan lugar a la responsabilidad patrimonial en su contra porque la medida de aseguramiento de detención preventiva se expidió para dar cumplimiento al mandato consagrado en el artículo 250 de la Constitución Política, con observancia de los requisitos legales y con fundamento en las pruebas legal y oportunamente allegadas al expediente, procedimiento en el cual el accionante tuvo la oportunidad de controvertir los elementos probatorios allegados al sumario, con las garantías del debido proceso y del derecho de defensa. Agregó que, de cualquier forma, la privación de la libertad sufrida por el demandante no tuvo la connotación de injusta y que el daño que pudo haber sufrido no fue antijurídico, pues era una carga que se encontraba en el deber de soportar, en tanto existían indicios graves en su contra. Finalmente, indicó que la prueba que se requiere para condenar no es la misma que se requiere para proferir medida de aseguramiento, por lo que la absolución del sindicado no compromete, per se, la responsabilidad patrimonial de la administración.

2.1. Adicional a lo anterior, la demandada Nación-Fiscalía General de la Nación elevó **llamamiento en garantía** en contra del señor Miguel Arturo Bueno Ayala, fiscal delegado especializado ante los jueces penales del circuito especializado de Cúcuta -para el momento de los hechos-, solicitud que fundamentó en los artículos 90 de la Constitución Política de 1991; 77, 78 y 217 del Código de Procedimiento

Administrativo; 55, 56 y 57 del Código de Procedimiento Civil, así como de forma general en la Ley 678 de 2001. Como sustento probatorio invocó las pruebas que fueron allegadas por la parte demandante tras considerarlas procedentes para soportar su petición (f. 163-173 c. 1, 1-11, c. llamamiento en garantía).

2.2. Surtida la notificación dentro del proceso (f. 21 c. llamamiento en garantía), el señor Miguel Arturo Bueno Ayala presentó escritos de contestación y oposición al llamamiento. Objetó las pretensiones de la demanda al señalar que no hubo privación injusta de la libertad en tanto obró conforme a las pruebas válidamente allegadas al proceso, con convicción de causa y dentro de los parámetros de la sana crítica. En cuanto a su vinculación en calidad de llamado en garantía, invocó la falta de requisitos formales para su procedencia porque el poder otorgado a la apoderada de la entidad demandada no la facultaba para formularlo; la solicitud no se presentó en escrito separado ni estuvo acompañado de prueba siquiera sumaria de su comportamiento doloso o gravemente culposo por lo que solicitó que se decretara la nulidad del auto que admitió el llamamiento. Por último, agregó que no se tuvo en cuenta que un periodo de la detención del actor se produjo por cuenta de otro funcionario. (f. 22-35, 36-41 c. llamamiento en garantía).

2.3. El Tribunal Administrativo de Norte de Santander resolvió negativamente la solicitud de nulidad mediante providencia del 21 de julio de 2005 tras considerar que el otorgamiento de mandato de representación judicial comporta la facultad del apoderado para formular todas las pretensiones que considere convenientes en beneficio de los intereses del poderdante; que la ley vigente permite dar sustento a la solicitud de llamamiento en garantía cuando exista un vínculo legal que es aplicable sin necesidad de que la misma se realice en escrito separado; y, que como sustento de la petición de vinculación de terceros se requiere prueba siquiera sumaria que dé cuenta del nexo habilitante para la formulación del llamamiento, lo cual estuvo suficientemente acreditado con la resolución mediante la que el señor Miguel Arturo Bueno Ayala decretó la medida de aseguramiento en contra del demandante (f. 51-53 c. llamamiento en garantía).

2.4. Por su parte, la demandada Nación-Rama Judicial, a pesar de haber sido debidamente notificada dentro de la causa, guardó silencio respecto de las pretensiones incoadas en su contra (f. 161-162 c. 1).

3. Dentro del término para **alegar de conclusión** en primera instancia intervinieron las partes así:

3.1. La parte actora sostuvo que sufrió un daño antijurídico como consecuencia de la falla del servicio en que incurrió la Fiscalía General de la Nación, que privó al actor de su libertad sin investigar previamente, de manera diligente, la ocurrencia del hecho. Agregó que como el proceso penal terminó con resolución de preclusión, mediante la cual se llegó a la misma conclusión, era procedente declarar la responsabilidad extracontractual de la entidad demandada y acceder a la indemnización de los perjuicios pretendidos por él y su familia (f. 291-298 c. 1).

3.2. La Fiscalía General de la Nación señaló que no había lugar a la declaratoria de responsabilidad extracontractual en su contra. Para el efecto mencionó las obligaciones constitucionales y legales que le asisten como ente investigador y que en dicho ejercicio las valoraciones que realicen sus funcionarios no pueden dar lugar a establecer la responsabilidad extrapatrimonial a su cargo. Adujo que la privación de la libertad del accionante se produjo porque existió material probatorio que justificó la medida de aseguramiento impuesta en su contra conforme a las disposiciones concernientes del estatuto penal aplicable, por lo cual no es posible calificar dicha medida como abiertamente desproporcionada, arbitraria o violatoria de los procedimientos legales que la deriven en injusta. En esa misma línea insistió en que la privación de la libertad sufrida por el actor era una carga que legalmente se encontraba obligado a soportar y que la revocatoria de la medida por el superior no la tornaba en injusta. Por último, señaló que el hecho de la víctima operó en este caso como eximente de responsabilidad porque el actor fue negligente e imprudente en el cumplimiento de las funciones que le fueron asignadas como agente de la Policía Nacional (f. 263-280 c. 1).

3.3. El llamado en garantía señaló en cuanto a su responsabilidad frente al daño antijurídico endilgado en su contra, que al momento de proferir la medida de detención preventiva al accionante, obró conforme al marco legal y las pruebas disponibles. En lo referente al llamamiento, insistió en los argumentos señalados en el escrito de oposición, en el sentido de que la apoderada de la entidad

demandada no estaba legalmente facultada para formular la solicitud, conforme a los términos del poder que le fue conferido; el incumplimiento de las formalidades establecidas en el artículo 57 del C.P.C. y la ausencia de prueba siquiera sumaria sobre la existencia del dolo o la culpa grave que se le atribuye al funcionario, conforme a lo previsto en el artículo 19 de la Ley 678 de 2001 (f. 299-309 c. 1).

4. Surtido el trámite de rigor y practicadas las pruebas decretadas, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, profirió **sentencia de primera instancia** el 21 de junio de 2010, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos (f. 311-328 c. ppl.):

PRIMERO: *Declarar a la Nación-Fiscalía General de la Nación, administrativa y patrimonialmente responsable de la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor José Vicente Sandoval Cuesta, por el período comprendido entre el 8 de octubre y el 17 de diciembre de 1999, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.*

SEGUNDO: *Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** a la Nación-Fiscalía General de la Nación, a pagar a la parte demandante los siguientes conceptos:*

(...)

TERCERO: NEGAR *las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.*

(...)

SEXTO: CONDÉNASE *al llamado en garantía, doctor Miguel Arturo Bueno Ayala, identificado con la cédula No. 13.456.837, de Cúcuta, a devolver a la Nación-Fiscalía General de la Nación, la totalidad de las sumas que a título de indemnización esa entidad demandada pague al demandante en razón de esta providencia, de conformidad con los considerandos de la misma.*

(...)

4.1. Consideró el Tribunal que la Fiscalía General de la Nación incurrió en una falla en el servicio de la administración de justicia pues decretó la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del señor José Vicente Sandoval Cuesta sin cumplir con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico, dado que no existían indicios de responsabilidad en su contra. En tal sentido, indicó que la necesidad y proporcionalidad de la medida privativa de la libertad no estaban justificadas, motivo por el cual la privación de la libertad del demandante se tornó injusta.

4.2. En materia de perjuicios, el Tribunal reconoció los de orden moral a favor de

la víctima directa (40 smlmv), los de su cónyuge (20 smlmv) y los de sus hijos (20 smlmv cada uno), conforme al precedente establecido en una sentencia de esta Corporación. Por otro lado, reconoció los de orden material en la modalidad de daño emergente por los gastos en que incurrió el accionante en la defensa judicial dentro del proceso penal al que fue sometido; y en la de lucro cesante, el monto correspondiente al tiempo en que estuvo privado de la libertad -71 días-, sobre la base de la presunción legal del salario mínimo legal mensual vigente.

4.3. En lo referente a la responsabilidad del señor Miguel Arturo Bueno Ayala como llamado en garantía, una vez establecido que su vinculación procesal era jurídicamente posible, encontró procedente condenarlo a devolver a la entidad demandada la totalidad de las sumas que esta se vio obligada a pagar, comoquiera que, a su juicio, al expedir la providencia que impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva al demandante, el mencionado, actuó con culpa grave *“y que por tanto, dicha medida no fue apropiada, razonable ni ajustada a derecho, conclusión que se desprende de la providencia del 15 de diciembre de 1999, proferida por el Fiscal de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá D.C. (...)”*. Lo anterior en virtud de que la entidad accionada reconoció -en las resoluciones de revocatoria de la orden de detención preventiva y la de preclusión de la investigación- que no procedía la medida de aseguramiento por ausencia de un indicio grave que ameritara la privación de la libertad del ahora accionante.

5. Contra la anterior decisión, la Nación-Fiscalía General de la Nación interpuso **recurso de apelación**, mediante escrito en el que sostuvo que el Tribunal se excedió en la condena proferida en materia de los perjuicios morales fijados en su contra, al tiempo que adujo que la privación de la libertad a la que fue sometido el demandante era una carga que estaba llamado a soportar, en virtud de la existencia de pruebas que comprometían su responsabilidad respecto del tipo penal que le fue endilgado. En esa misma línea agregó que el comportamiento del actor dio lugar a la investigación penal que fue adelantada en su contra por lo cual quedaba probada la culpa exclusiva de la víctima (f. 331-337 c. ppl.).

5.1. Por su parte, el llamado en garantía interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el 17 de agosto de 2010¹, con el propósito de que se revoque el numeral sexto de la providencia impugnada respecto del señor Miguel Arturo Bueno Ayala. Para el efecto, señaló que los razonamientos contenidos en la resolución de revocatoria de la medida de aseguramiento y la de preclusión de la investigación, no pueden ser tenidos en cuenta para valorar la culpa grave del funcionario, en tanto las apreciaciones contenidas en la primera de las mencionadas decisiones eran referentes a otro indiciado, diferente del ahora demandante, mientras que las que se consignaron en la segunda decisión corresponden a un momento procesal posterior, en el que no cabe analizar la legalidad de la medida de aseguramiento sino el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para calificar el mérito del sumario con resolución de acusación.

5.2. También adujo que el Tribunal no tuvo en cuenta las pruebas que soportaron la imposición de la medida, ni valoró el hecho de que al llamado en garantía la ley vigente para la época de los hechos² le permitía, conforme a las pruebas recaudadas, imponer la medida de aseguramiento de detención preventiva con base en un solo indicio de responsabilidad. En cualquier caso, cuestionó que la sentencia de primera instancia hubiera condenado al señor Bueno Ayala a reembolsar a la entidad el valor de la totalidad de la condena pese a que la privación de la libertad del demandante se dio por decisión de otra fiscal: *“no es entendible cómo se permite el despacho una condena total, mi mandante no dio inicio al proceso con la captura sino que decidió la medida [de] aseguramiento como lo permite la ley dentro del marco de la justicia regional no especializada en la lucha contra el narcotráfico de los setenta y dos (72) días de detención que estuvo el accionante por órdenes de mi cliente corresponde al OCHENTA Y TRES POR CIENTO DEL TIEMPO DE DETENCIÓN (83%) (...)”*.

5.3. Por último, sostuvo respecto de la condena a pagar, por perjuicios materiales en materia de los gastos de representación judicial en que el demandante tuvo que incurrir en el marco de la investigación penal adelantada en

¹ El recurso se admitió mediante auto de 12 de abril de 2011 (f. 370 c. ppl.).

² Para lo cual hizo referencia, entre otros, al artículo 374 del Decreto 2700 de 1991.

su contra, que el poder aportado como prueba de dicho gasto no debió ser tenido en cuenta comoquiera que éste fue celebrado antes de que se prohiriera la medida de aseguramiento por parte del llamado en garantía y que por lo tanto dicho pago por perjuicio material no era procedente (f. 340-351 c. ppl.).

6. Previo al trámite de alzada, se llevó a cabo audiencia pública en la cual la parte demandante y la Nación-Fiscalía General de la Nación celebraron **acuerdo de conciliación judicial**, dentro del cual se determinó el pago del 60% de lo condenado, a cargo del ente acusador. Sobre lo convenido el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, tras encontrar acreditados los requisitos legales para su procedencia³, impartió aprobación mediante auto interlocutorio del 6 de diciembre de 2010. En la misma providencia se dispuso remitir a esta Corporación el expediente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el llamado en garantía (f. 346-350, 361-365, 366 c. ppl.).

7. La Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto positivo a la decisión adoptada por el Tribunal, al considerar que la Fiscalía General de la Nación incurrió en una falla del servicio por cuanto no hizo su labor de recopilar el material probatorio suficiente y necesario que hiciera procedente la medida de aseguramiento decretada, con lo cual la privación del demandante derivó en injusta. Al mismo tiempo compartió la decisión respecto del llamamiento en garantía (f. 373-381 c. ppl.):

(...) en el presente caso se encuentra responsable a título de culpa grave el llamado en garantía señor Miguel Arturo Bueno Ayala quién para el momento de los hechos actuaba como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializado; por cuanto tal como se dijo a pesar de contar con un tiempo suficiente para recopilar las pruebas suficientes y así determinar con certeza la responsabilidad de los implicados, de manera rápida y descuidada sin atender a los presupuestos procesales de la ley penal, decidió ordenar medida privativa de la libertad contra aquellos, desconociendo inclusive el derecho al debido proceso.

Situación que a lo largo del expediente quedó plenamente demostrada, pues tal como lo dijeron en sus respectivos pronunciamientos colegas de dicho Fiscal, su decisión de poner presos a los implicados en el proceso fue apresurada, desmesurada y violatoria de los derechos de defensa, es decir se configuró como una medida evidentemente injusta y desproporcionada, pues no contaba siquiera con un indicio grave que le sustentara esta medida

³ Conforme a lo establecido en el artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificada por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998.

que afecta un derecho fundamental como lo es la movilidad.

Conforme a lo anterior, esta Delegada considera que la actuación del entonces Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializado, en lo que respecta a la resolución por él expedida en la que ordena la medida privativa de la libertad, no se caracterizó por el cuidado, diligencia y prudencia que debe observar todo operador de la justicia, por lo que es válido decir que él deberá pagar a la Entidad los valores por los que ésta resulte condenada.

(...)

Igualmente y debido a que el llamado en garantía fue encontrado responsable a título de culpa grave y además su llamamiento se hizo de acuerdo con las normas procesales respectivas, comparte esta Delegada la decisión de endilgarle responsabilidad por su actuación dentro del proceso penal, con la cual limitó el derecho a la libre movilidad del demandante por haberle impuesto medida privativa de la libertad, y por ende que de resultar condenada la Fiscalía General de la Nación deberá devolver ese monto efectivamente pagado a aquella.

(...).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

8. El Consejo de Estado es competente para decidir el asunto por tratarse del recurso de apelación interpuesto en vigencia de la Ley 270 de 1996 contra la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander dentro de un proceso de reparación directa iniciado por hechos relacionados con una privación injusta de la libertad⁴.

II. Validez de los medios de prueba

9. Obran dentro del presente proceso copias simples de algunos documentos, así como las pruebas que fueron trasladadas de la investigación penal seguida contra el señor José Vicente Sandoval, que incluyen varios testimonios y el acta

⁴ La Ley 270 de 1996 desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad, y fijó la competencia funcional para conocer de tales asuntos en primera instancia, en cabeza de los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, en el Consejo de Estado, sin que sea relevante consideración alguna relacionada con la cuantía. Para tal efecto puede consultarse el auto proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 9 de septiembre de 2008, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 11001-03-26-000-2008-00009-00.

de la diligencia de indagatoria rendida por el sindicado.

9.1. Las pruebas practicadas dentro de cada uno de estos procesos, serán apreciadas con sujeción a las reglas establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado en aplicación del artículo 185 del Código de Procedimiento Civil y de las normas constitucionales que consagran el derecho al debido proceso, el derecho de acceso a la administración de justicia y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, de la forma en que se describe a continuación:

9.2. Las copias simples podrán ser valoradas de acuerdo con el criterio establecido por la Sala Plena de Sección Tercera que informa que cuando las reproducciones informales de documentos han obrado en el plenario a lo largo del proceso y han sido susceptibles de contradicción por las partes sin que éstas las tacharan de falsas, pueden ser valorados y son idóneos para determinar la convicción del juez frente a los hechos materia de litigio, pues de lo contrario se desconocerían el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, lo que a su vez iría en contra de las nuevas tendencias del derecho procesal⁵.

9.3. Los testimonios trasladados que fueron recepcionados en la investigación penal adelantada en contra del demandante, serán tenidos en cuenta dado que se practicaron con citación o intervención de la parte contra la cual se aducen, y fueron expresamente reconocidos por ésta (C.P.C., artículos 185 y 229)⁶. En

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero.

⁶ El artículo 185 del C.P.C., establece que “[l]as pruebas practicadas en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieran practicado a petición de la parte contra la cual se aducen o con audiencia de ella”. Por su parte, el artículo 229 del mismo ordenamiento dispone que “[s]ólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos: 1) Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzca en el posterior (...)”. En lo que concierne al alcance de estas disposiciones, la doctrina ha distinguido los eventos en los cuales las partes del proceso original y del proceso en el cual se surte el traslado son iguales, de aquéllos en los que éstas son total o parcialmente distintas, para efectos de establecer en qué casos es necesario cumplir con el trámite de la ratificación: “Es obvio que son muy diferentes estos dos casos, porque en el primero la prueba ha sido controvertida por la parte contra quien se opone, mientras que en el segundo puede ocurrir lo contrario. Como consecuencia, en la primera hipótesis basta llevar la copia auténtica o el desglose original (lo último es posible cuando se trata de documentos) con la constancias necesarias para que se pueda conocer si fue practicada con las formalidades procesales y entre qué partes transcurrió o cursa el proceso, sin que sea necesario ratificarla en el proceso a donde se lleva; en cambio, en la segunda hipótesis, debe distinguirse si la parte quien se opone la prueba es o fue parte en el proceso en que se

efecto, las declaraciones a valorar fueron recibidas por la Fiscalía General de la Nación, por lo cual se tiene que son pruebas producidas con intervención de la misma parte contra la cual se pretenden hacer valer en esta oportunidad.

9.4. Por otro lado, se tiene que el llamado en garantía solicitó (f. 41 c. llamamiento en garantía) que se oficiara a la entidad demandada para que remitiera copia auténtica de la integridad del proceso penal adelantado contra el señor José Vicente Sandoval Cuesta, radicado n.º 15921, lo cual fue finalmente decretado por el Tribunal (f. 193 c. 1) conforme a la solicitud probatoria elevada -en el mismo sentido- dentro del libelo introductorio (f. 32 c. 1). Así las cosas, tales piezas pueden ser tenidas en cuenta en tanto fueron aceptadas expresamente por la parte contra la cual se pretenden hacer valer⁷, de manera que no podría alegar que las desconoce o que no tuvo oportunidad de controvertirlas.

9.5. En cuanto al valor probatorio de la indagatoria, se ha sostenido por la Sala Plena de la Sección Tercera en sentencia del 28 de abril de 2014⁸ que cuando ésta ha sido rendida dentro del proceso penal, no puede ser objeto de valoración ya que no cumple con los requisitos de la prueba testimonial, en tanto se efectuó sin el apremio del juramento. Sin embargo, no puede desconocerse las finalidades

practicó o admitió, o si, por el contrario, estuvo ausente de él. Cuando la prueba fue practicada en el primer proceso con audiencia de la parte contra quien se aduce en el segundo, tampoco se requiere su ratificación aun cuando quien la aduzca no haya sido parte en aquel proceso por haber cursado o estar tramitándose entre ese oponente y otra persona, puesto que tal circunstancia no altera la debida contradicción que allí tuvo por aquél, en el caso contrario, como la prueba no ha sido practicada con audiencia de esa parte, es indispensable proceder a ratificarla si es testimonio, pero la inspección judicial podrá ser apreciada por el juez libremente y la peritación tendrá valor de indicio (...)". Hernando Devis Echandía, *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales*, tomo II, editorial ABC, Bogotá, 1998, p. 129-130.

⁷ En sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera, del 11 de septiembre de 2013, exp. 20601, con ponencia de quien proyecta este fallo se dijo: "(...) En síntesis, para la Sala es viable apreciar una declaración rendida por fuera del proceso contencioso administrativo, sin audiencia de la parte demandada o sin su citación, cuando se cumpla con el trámite de ratificación, o cuando por acuerdo común entre las partes –avalado por el juez- se quiso prescindir del aludido trámite. Esto último puede manifestarse como lo dispone el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil – verbalmente en audiencia o presentando un escrito autenticado en el que ambas partes manifiesten expresamente que quieren prescindir de la ratificación-, o extraerse del comportamiento positivo de las partes, cuando los mismos indiquen de manera inequívoca que el querer de éstas era prescindir de la repetición del interrogatorio respecto de los testimonios trasladados, lo que ocurre cuando ambos extremos del litigio solicitan que el testimonio sea valorado, cuando la demandada está de acuerdo con la petición así hecha por la demandante, o cuando una parte lo solicita y la otra utiliza los medios de prueba en cuestión para sustentar sus alegaciones dentro del proceso".

⁸ Expediente 21896, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, con aclaración de voto del suscrito magistrado.

del proceso judicial, cual es establecer de la verdad de los hechos.

9.5.1. La indagatoria puede ser concebida como medio de defensa y a la vez como un medio de prueba de la cual pueden sustraerse consecuencias tanto positivas como negativas para el investigado, lo cual no contraría la protección del derecho a no auto incriminarse como lo ampara el artículo 33 constitucional, en la medida que no se obtenga una confesión forzada, por medios intimidatorios, y que en caso de querer el procesado contribuir con la recta administración de justicia, lo haga a sabiendas de que cuenta con garantías de defensa como es guardar silencio en lo que le perjudica.

9.5.2. Así pues la valoración de la indagatoria se justifica con el fin de determinar las circunstancias libremente expresadas por el señor José Vicente Sandoval Cuesta, que le sirvieron al llamado en garantía para determinar, junto con otros elementos disponibles, la pertinencia de la medida de aseguramiento proferida en su contra. Pero además, resulta admisible su apreciación en tanto existen otras pruebas –todas de carácter testimonial– (*infra* párr. 10) que serán tenidas en cuenta para efectos de dar solución al problema jurídico suscitado en la presente oportunidad⁹.

III. Hechos probados

10. De conformidad con las pruebas válida y oportunamente aportadas al proceso, se tienen acreditados los siguientes hechos relevantes:

10.1. El 5 de agosto de 1999 la Fiscal C.26 Delegada ante los Jueces Especializados DAS-SIJIN-INTERL ANTIN -María del Rosario Silva Ríos- profirió resolución de apertura de investigación previa con fundamento en el oficio n.º 0690/INTEL ANTIN de la misma fecha, suscrito por el jefe del grupo regional antinarcóticos de la Policía Nacional, mediante el cual se informó la novedad rendida por cuatro patrulleros adscritos a dicho cuerpo policial, que daba cuenta de la conducta desplegada por presuntos miembros activos de la SIJIN, quienes

⁹ Se reitera lo decidido por esta Subsección en la sentencia de 26 de noviembre de 2015, exp. 36170, con ponencia del suscrito magistrado.

ese mismo día, en horas de la mañana, interceptaron y registraron a un vehículo de pasajeros en la ciudad de Cúcuta, extrajeron de él una bolsa negra, la cual tomaron para sí luego de interrogar a sus ocupantes sobre su contenido y procedencia, y más adelante transportaron hasta otro punto de la ciudad, donde se la entregaron al conductor de un automóvil que era conducido por un ex agente de policía, quien estaba siendo investigado por ese equipo especializado, a raíz de presuntas actividades ilícitas relacionadas con estupefacientes. En virtud de la mencionada indagación, se ordenó la práctica de una serie de pruebas relacionadas con los hechos acaecidos ese día, y se vinculó, entre otros, al señor José Vicente Sandoval Cuesta (copias auténticas del informe 0690 INTEL ANTIN y los dos informes de novedad -sin número- suscritos por los miembros del grupo antinarcóticos señores Héctor Julio Silva Pinzón, Jesús Rodríguez Ascencio, Jaime Alberto Cañaveral y Jaime Suarez Reinaldo, todos del 5 de agosto de 1999 –f. 42-46 c. pruebas 1–; la resolución del 5 de agosto de 1999 –f. 47-48 c. 2–).

10.2. El mismo 5 de agosto de 1999, se recibieron los testimonios de tres grupos de declarantes: i) los ocupantes del vehículo que fue interceptado por los investigados; ii) los miembros del grupo antinarcóticos, quienes participaron en el operativo de seguimiento a los involucrados y aquellos que rindieron los informes de novedad que dieron lugar al oficio n.º 0690/INTEL ANTIN de esta misma fecha; y (iii) los superiores de los oficiales investigados.

10.2.1. Para el caso del primer grupo, las declaraciones fueron consistentes con respecto a las siguientes circunstancias: (i) tres hombres que se identificaron como miembros de la Policía Nacional-SIJIN, vestidos de civil y que portaban equipos de dotación reservada a esta autoridad, entre los que se encontraba el demandante, realizaron un operativo de registro al vehículo (camión de color blanco) en el que se movilizaban los testigos; (ii) en el interior de vehículo, los policías encontraron una bolsa negra, la cual al parecer no pertenecía a ninguno de sus ocupantes, ya que ninguno de ellos la reclamó como suya ni pudo dar cuenta de su contenido, con excepción del conductor, quien señaló que uno de los supuestos policías “[le] *mostró [la bolsa], y [vio] dos bojoticos (sic) envueltos en cinta marrona*”- (fl. 19, c. pruebas 1); y (iii) los patrulleros asumieron la custodia de la bolsa y finalmente se retiraron del lugar en el vehículo en el que se movilizaban (taxi amarillo).

10.2.2. Por su parte, el segundo grupo de declarantes, fue concordante en relación con la ocurrencia de lo siguiente: (i) que en virtud del seguimiento que hacían a un ex agente de policía por supuestas actividades ilícitas relacionadas con el narcotráfico, presenciaron un comportamiento irregular por parte de tres miembros activos de la Policía Nacional que se dirigían en un vehículo (taxi amarillo), vestidos de civil y portando armamento y equipo de comunicaciones de la Policía Nacional, quienes interactuaron en diversas oportunidades con el ex patrullero que conducía otro automóvil (Renault verde); (ii) que observaron que los miembros de la Policía Nacional interceptaron un automotor de color blanco que transportaba carga y pasajeros, lo registraron y extrajeron del mismo una bolsa negra que tomaron para sí, y luego de dialogar con los ocupantes del bien inspeccionado, se marcharon. Uno de los deponentes manifestó que siguieron a los tres policiales hasta el lugar en el que éstos se encontraron de nuevo con el sujeto al que estaban investigando, a quien le hicieron entrega de la bolsa negra (fl. 40, c. pruebas 1).

10.2.3. Finalmente, los últimos de los declarantes señalaron que interrogaron a los tres patrulleros involucrados y que estos negaron haber encontrado contenido alguno dentro del automotor, pero que uno de ellos, por separado, mencionó que sí habían identificado y tomado una bolsa negra, información de la cual posteriormente se retractó (fl. 63, c. pruebas 1) (copia simple declaraciones rendidas por Luis Alfonso Abreo Carvajal; Javier Antonio Cáceres Meza; Nelson Durán Abreo; Antonio María Cáceres Bastos; Wilfredo Vacca Coronel y Elkin Aníbal Suarez Parada – f. 14-30 c. pruebas 1–, copia simple declaraciones rendidas por Jesús Oswaldo Rodríguez Ascencio; Héctor Julio Silva Pinzón; Jaime Alberto Cañaveral Pérez; Reinaldo Jaimes Suárez y Harrison Trujillo Patiño – f. 34-51, 54-59 c. pruebas 1–).

10.3. El 24 de septiembre de 1999, mediante resolución de apertura de instrucción, se ordenó la captura de los investigados, entre ellos, el señor José Vicente Sandoval Cuesta, para efectos de vincularlo mediante indagatoria a la investigación (copia auténtica de la resolución del 24 de septiembre de 1999, ambas proferidas por la Fiscal C.26 Delegada ante los Jueces Especializados DAS-SIJIN-INTERL ANTIN, dentro del proceso radicado con el número 514 FDE/26 – f. 54-55 c. 2–; copia auténtica orden de captura – f. 56 c. 2–).

10.4. El 8 de octubre de 1999 se llevó a cabo la captura del señor José Vicente Sandoval Cuesta, quien compareció el 11 del mismo mes y año para efectos de diligencia de indagatoria ante la Fiscal C.26 Delegada ante los Jueces Especializados DAS-SIJIN-INTEL ANTIN, en la que señaló, entre otras cosas: (copia auténtica del informe número 890 de fecha 9 de octubre de 1999 consignado por la Dirección Antinarcóticos del Grupo de Inteligencia de Cúcuta –f. 58 c. 2–; copia auténtica del acta de realización de diligencia de indagatoria– f. 60-71 c. 2–).

(...) el último vehículo que requisamos fue aproximadamente a las 12 del día , se trataba de un camión creo que era de color blanco, tipo carrocera, (...) allí, no recuerdo exactamente el sitio, interceptamos el mencionado vehículo, le solicitamos al conductor una requisita para sus ocupantes y el vehículo, se les pidieron los antecedentes a las personas que allí viajaban, por el radio de comunicaciones de la Policía a la Central de Radio para que esta nos contestara si registraban antecedentes las personas que allí viajaban, como también al vehículo (...) PREGUNTANDO: en qué se movilizaban Ustedes el día en que se llevó a cabo este operativo en la vía al Salado CONTESTÓ: En un taxi de color amarillo, marca DAEWO, no recuerdo el número de las placas (...) PREGUNTANDO: diga si usted conoce a los miembros del Grupo Regional Antinarcóticos de esta ciudad, en ese caso, qué trato tiene con ellos. CONTESTÓ: Muy poco los conozco, conozco los vehículos de ellos, pero a las personas no, no tengo ningún tipo de trato con ellos.- PREGUNTANDO: contrario a lo que usted ha manifestado, obra en la presente investigación que usted sí conoce a NELSON VILLAMIZAR TORRES, ex-agente de la Policía Nacional, el cual se movilizaba en un vehículo Renault 12 verde, qué puede decir acerca de esto.- CONTESTO: No es cierto, yo no lo conozco.- PREGUNTANDO: Se afirma bajo la gravedad del juramente que a raíz de las informaciones que se tienen en el Grupo Regional Antinarcóticos acerca de las actividades que al margen de la ley ejecuta NELSON VILLAMIZAR TORRES, ese día 5 de agosto del corriente año, al divisar los policiales de INTEL ANTIN el RENAULT 12 VERDE, parqueado cerca al CAI DEL AEROPUERTO, el cual es tripulado por NELSON VILLAMIZAR TORRES, procedieron a seguirlo, y que fue así como se percataron del momento en que tres miembros de la SIJIN que se movilizaban en el taxi DAEWO AMARILLO, intercambiaron palabras con el conductor del RENAULT 12 VERDE y luego continuaron la marcha hasta interceptar el camión blanco relacionado, al cual requisaron, identificando así mismo a todos los pasajeros y al conductor; usted que puede decir acerca de esto. CONTESTO: Empezando no distingo este señor (sic), intercambio de palabras con ningún tipo de señor que se movilizara en un Renault verde, tampoco lo hicimos, la requisita se efectuó lo normal como lo dije anteriormente.- (...) PREGUNTANDO: De conformidad con las pruebas obrantes en el investigativo y el interrogatorio formulado, surgen en su contra cargos por violación al artículo 39 de la Ley 30 de 1986 pro cuanto usted en su condición de servidor público no dejó a disposición de la autoridad competente como era su deber, una bolsa contentiva de sustancias estupefacientes incautadas en desarrollo de un procedimiento policial llevado a cabo el día 5 de agosto del corriente año (...) siendo el momento de su defensa, qué tiene que decir al respecto. CONTESTÓ: Que voy a entregar doctora, si en ningún momento nosotros encontramos ningún tipo de bolsa de la cual manifiestan (...) soy

inocente y no me explico cómo me implicaron en este tipo de investigación, pido que se aclaren las cosas sobre lo que se me imputa. –Quiero dejar constancia que yo le solicité a la Directora de Fiscalías, que si se me adelantaba algún tipo de proceso para que se me recibiera versión libre–.

10.5. El 19 de octubre de 1999, el señor Miguel Arturo Bueno Ayala en ejercicio de su función como fiscal delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializado, decretó medida de aseguramiento de detención preventiva en contra, entre otros, del señor José Vicente Sandoval Cuesta como presunto responsable del delito tipificado en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986. A continuación, se transcribe el fundamento fáctico de la decisión (copia auténtica de resolución del 19 de octubre de 1999 proferida por la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado dentro del proceso radicado con el número 16269 – f. 82-90 c. 2–):

(...)

ELEMENTOS PROBATORIOS SOBRE LA EXISTENCIA DEL HECHO Y PROBABLE RESPONSABILIDAD DE LOS SINDICADOS

Se traen al presente investigativo el oficio No. 0690 de agosto 5 del presente año, suscrito por el Jefe del Grupo Intel Antin Cúcuta, SI Harrison Trujillo Patiño, mediante el cual ponen en conocimiento de la Fiscalía delegada 26 Especializada la irregularidad presentada por los miembros de la policía nacional, sustentada en los informes de los patrulleros del grupo Antinarcóticos, Héctor Julio Silva Pinzón, Jesús Rodríguez Ascencio, Jaime Alberto Cañaveral y Jaime Suárez Reinaldo.

Son allegadas las declaraciones de los ocupantes del camión de placas 17a-SAV, señores Luis Alfonso Abreo Carvajal, Javier Antonio Cáceres Meza, Antonio María Cáceres Bastos, Wilfredo Vaca Coronel, Elkin Aníbal Suárez Parada, del conductor Nelson Durán Abreo, quienes coinciden en indicar que los miembros de la Sijin que se desplazaban en el taxi marca Daewo, una vez requisaron el camión y hallaron una bolsa negra, de la que preguntaron con insistencia por el propietario de la misma, advirtiéndole al conductor Nelson Durán, de la responsabilidad que debía asumir sobre lo hallado, lo que le implicaría muy seguramente la pérdida de su vehículo; procediendo a solicitarle el nombre y el número telefónico, para posteriormente comunicarse con este.

Son categóricos al manifestar, estos declarantes, que la bolsa o paquete con droga, de acuerdo al dicho del testigo Wilfredo Vaca Coronel, se lo llevaron estos policías de la Sijin, en el taxi en el que se desplazaban.

Se allegaron de igual manera las declaraciones de los patrulleros del grupo antinarcóticos Jesús Oswaldo Rodríguez Ascencio, Héctor Julio Silva Pinzón, Jaime Alberto Cañaveral Pérez, Reinaldo Jaimes Suarez, quienes además de ratificarse bajo la gravedad de juramento sobre los informes rendidos, en cuanto al desarrollo de lo narrado en el acápite de los hechos, pormenorizan, el seguimiento realizado a estos sindicatos desde el primer instante [en] que se percatan de la presencia del Renault 12 conducido por Nelson Villamizar y la participación de este, esperando posteriormente la bolsa que es pasada

a su vehículo, desde el carro en donde se movilizaban los sindicados Lino Parada Parada, José Vicente Sandoval Cuesta y Jairo Alexander Hernández Pérez, poco después que estos sustrajeron la bolsa con sustancia estupefaciente no identificada por las mismas circunstancias modales en que se desarrolla el actuar de estos implicados, cual fue precisamente la ocultación y no reporte de ese hallazgo a la autoridad judicial competente.

Obran de igual manera, las declaraciones de los oficiales de la policía mayor Gilberto Lazzo Coronel; del teniente Nicolás Carmen Aristizábal, quienes coinciden en indicar que una vez entrevistaron al cabo Lino Parada, el agente Sandoval y a Hernández, sobre las irregularidades que se les imputaban, Hernández, había aceptado como cierto el hecho de haber bajado un paquete, el cual había sido entregado más adelante a un vehículo de color verde.

El mayor Gilberto Lazzo, nos informa que el patrullero Hernández, cuando se le quiso tomar una declaración para judicializar su dicho, este había negado lo que ya había expuesto.

Vista los elementos de prueba que preceden, debemos (sic) de hacer algunas apreciaciones, en cuanto a la materialidad del hecho investigado, en razón a los argumentos esbozados por los señores defensores de los acá sindicados:

La conducta descrita en el art. 39 de la Ley 30 de 1986, ofrece actúes alternativos, describiéndose su consumación delictual, de acuerdo a fines distintos e independientes, en razón a las personas o situación última en que se proceda respecto a lo incautado; bien porque se procure la impunidad del delito, se oculte, se altere o se sustraigan los elementos o sustancias decomisadas; o se facilite la evasión de persona capturada, detenida o condenada.

En el caso de sub-examine, es un hecho indiscutible la sustracción y ocultación de una sustancia encontrada el día 5 de agosto hogaño, en el camión conducido por el señor Nelson Durán, **que si bien por la misma circunstancia modal en que se ejecutó el delito, esto es sustrayéndose y ocultándose esta, no se pudo llevar a cabo su identificación**, no ello será óbice para predicar la no materialidad del hecho, pues su realización ofrecida en el tipo que nos ocupa, prevé la situación eventual ocurrida para el presente caso. Esto es la ocultación de la misma (se resalta).

Bástanos con analizar las declaraciones del conductor Nelson Durán y de los demás ocupantes del camión, quienes nos transmiten la forma en que los policiales acá investigados fueron directamente al lugar en donde se encontraba la bolsa con el contenido ilícito, indicante este del conocimiento previo que de acuerdo al seguimiento que les venían haciendo los patrulleros del grupo antinarcóticos, quien les estaba prestando la debida colaboración en la ejecución de ese ilícito, era el también sindicado y ex-policía Nelson Villamizar, con quien desde la redonda vía al aeropuerto, esperaban al paso del camión para ir a apoderarse de la bolsa, como efectivamente lo hicieron, paquete que después para lograr la finalidad criminal propuesta, le entregaron a Nelson Villamizar, pasándolo de un vehículo al otro.

Si la bolsa o paquete no contenía droga estupefaciente, por qué se le advirtió al chofer del camión sobre [las] consecuencias funestas que le implicaría tal hallazgo en su vehículo?, hasta el punto de dejarle en claro, que podría

perder dicho automotor; Cuál otra intención criminal se habían propuesto, al solicitarle a este conductor, el nombre y su teléfono para llamarlo posteriormente, una vez aseguraron el paquete que se substraieron, le permitieron seguir su ruta junto a los ocupantes de ese carro?

De allí que debamos de (sic) concluir, no compartiendo lo esgrimido por los señores defensores, que de acuerdo a la libertad probatoria consagrada en el art. 235 del C. de P.P., para la demostración de la existencia del hecho, es permitido cualquier medio de prueba como sustento de ello; y visto el contenido de los elementos o ingredientes alternativos de la conducta, la Ley no puede exigir prueba especial para el caso que la ejecución del tipo que nos ocupa, sea precisamente el de la sustracción y ocultación de la sustancia, pues ante tal eventualidad es imposible practicar [una] experticia de identificación de esta, cuando la consumación delictual la ha ocultado.

Es la prueba testimonial la que nos sirve de soporte para concluir sobre la existencia del hecho, como violatorio del art. 39 de la Ley 30/86. (se resalta)

Sobre la responsabilidad de los sindicatos LINO PARADA PARADA, JAIRO ALEXANDER HERNÁNDEZ PEREZ, JOSÉ VICENTE SANDOVAL CUESTA y NELSON VILLAMIZAR TORRES, hemos de manifestar que los tres primeros sindicatos, como miembros activos de la Policía Nacional, si bien aceptan haber interceptado el camión de marras y niegan haber sustraído el paquete sindical del punible endilgado, existe suficiente prueba testimonial, que desvirtúa tal negación de estos agentes de la SIJIN, compuesto por dos grupos de testigos, el uno contenido en las declaraciones del conductor del camión y de varios de sus ocupantes y el otro por los patrulleros del grupo antinarcóticos que veía haciendo el respectivo seguimiento, **quienes de manera inequívoca son contestes en afirmar los primeros sobre el hallazgo y posterior sustracción de una bolsa con una sustancia de un peso aproximado de tres kilos; y los otros haber visto cuando efectivamente dicha bolsa fue montada en el taxi en donde estos se desplazaban y posteriormente pasada al vehículo Renault 12 de color verde conducido por Nelson Villamizar.** (se resalta)

Tal negación de estos policiales sobre tan evidencia depuesta como de ocurrencia indubitable, se reverte como un indicio grave en contra de estos y de contera robustece la elucubración del contenido ilícito del paquete que estos ocultaron.

Sobre este mismo tópico, deben traerse las declaraciones del mayor Gilberto Lazzo Coronel y del teniente Nicolás Carmen Aristizábal, quienes nos transmiten lo expuesto por el sindicato Jairo Alexander Hernández, cuando fue interrogado por estos superiores sobre la irregularidad descubierta el día 5 de agosto del presente año; y son ellos los que nos indican que Hernández sí admitió haber bajado el paquete con la sustancia; y fue claro al reconocer que este fue entregado posteriormente al sindicato Villamizar que conducía un carro de color verde; pero nos dicen estos declarantes que Hernández cuando se le quiso oír en declaración escrita, este había negado.

Sin embargo, para este despacho las declaraciones de estos dos oficiales, son dignas de crédito, pues son indicativas de un proceder intachable, propio de personas que por el compromiso con la institución a la que pertenecen, los mueve como único interés en los hechos que se investigan, el de buscar

la depuración de esa entidad.

Sobre NELSON VILLAMIZAR TORRES, la prueba que se erige en contra de los agentes de la policía acá comprometidos, guarda idéntica valoración en lo atinente al seguimiento de los patrulleros del grupo antinarcóticos, quienes observaron la previa participación de este sindicato, desde la redoma que va al aeropuerto, en donde allí esperó junto a los policiales a que pasara el camión que conducían Nelson Durán; que este es un Renault verde siguió de cerca junto con los policías que se desplazaban en el taxi; esperando de regreso y sirviendo para que quienes se habían apoderado de la droga, la pudieron ocultar a través de participación.

Despréndase igual indicativo de prueba del dicho del mayor Gilberto Lazzo Coronel y del teniente Nicolás Carmen Aristizábal, quienes nos transmiten lo manifestado por el sindicato Hernández, quien aceptó tanto la sustracción de la droga como su ocultación en un carro de color verde conducido por un ex-policía de apellido Villamizar.

No obstante lo anterior, y atendiendo al tipo por el que se procede, de igual manera al comportamiento desplegado por este sindicato, de acuerdo a las etapas en que fue visto en su ejecución, tenemos que Nelson Villamizar Torres, participó a título de cómplice del delito que se les enrostra a este y a los miembros de la policía nacional.

*Como corolario de todo lo anterior tenemos que contra LINO PARADA PARADA, JAIRO ALEXANDER HERNÁNDEZ PÉREZ, JOSÉ VICENTE SANDOVAL CUESTA y NELSON VILLAMIZAR, se dan los presupuestos del art. 388 del C. de P.P., para decretarles medida de aseguramiento de detención preventiva, por infracción a la Ley 30 de 1986.
(...).*

10.6. El 15 de diciembre de 1999, la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá D.C. de la Fiscalía General de la Nación, en resolución del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de los detenidos, revocó la providencia por medido de la cual se ordenó detención preventiva en contra, entre otros, del señor José Vicente Sandoval Cuesta, por considerar que del análisis de las pruebas obrantes en el expediente no existió un indicio grave que justificara la medida de aseguramiento impuesta por el inferior (copia auténtica del recurso de apelación interpuesto el 14 de diciembre de 1999 contra la resolución que decretó la medida de aseguramiento del demandante – f. 92-98 c. 2–; copia auténtica de la resolución del 15 de diciembre de 1999 proferida por la Fiscalía General de la Nación, unidad delegada ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá D.C. (Sala Especial de Descongestión) dentro del proceso radicado con el número 16269 (1ra instancia) 43519 (2da instancia) –f. 99-113 c. 2–):

(...)

CONSIDERACIONES A ESTE NIVEL:

En segundo lugar, estricto sensu no se dio la situación de flagrancia ni la

ruptura bajo esa especial modalidad de ejecución criminal frente a los ojos de una o más personas a la cual se refiere el artículo 370 del C. de P.P., puesto que los sindicados no fueron sorprendidos en el momento de cometer un hecho punible ni fueron atrapados –en el sentido literal, naturalístico y obvio- portando, cargando, transportando, etc., la vedada sustancia inferida por policiales y fiscal de primera instancia.

(...)

En el evento bajo examen se ha partido de la desatinada premisa de que en el camión se decomisó, de necesidad, droga sometida al control penal, obviamente sin que se haya podido determinar si se trata de cocaína, heroína, marihuana u otra, por el potismo motivo de que los delatores jamás tuvieron acceso al producto contenido en la bolsa negra supuestamente bajada del carro y movilizada ante la mirada impertérrita tales servidores públicos encargados de poner en marcha el aparato coercitivo estatal mediante informe oficial. En el campo de las posibilidades es factible que el paquete albergara dólares, joyas, viandas, juguetes, armas, estupefacientes, etc, más no indefectiblemente este tipo de materiales.

Es que las distancias que mediaban entre unos y otros imposibilitaban la percepción física que se ha pretendido superar a base de pálpitos de quienes, al parecer, tenían conocimiento que uno de los implicados -léase Nelson Villamizar Torres- venía dedicado a la ilícita labor de despojar a los narcotraficantes de los enervantes, empresa delictiva en la que contribuían efectivos de la Policía Nacional. Dicho comportamiento no se ofrece ilusorio ni extraordinario en nuestro medio, pero no basta con la imputación insular para ya tomarlo como verdad apodíctica e incontrovertible.

De idéntica manera debe puntualizarse la incoherencia fáctica, fenoménica y normativa que destilan las conclusiones del funcionario de primera instancia, dado que no está acreditado, como corresponde a todo proceso penal adelantado en un auténtico Estado Social de Derecho, que en realidad de verdad los representantes de la autoridad sacaran del camión una bolsa repleta de sicotrópicos, puesto que ninguno de los pasajeros fue hallado en posesión de la misma, nadie aseguró haber visto y distinguido la naturaleza del alijo, menos aún alguien dijo haber sentido un olor extraño o hallar trazas de droga, aspectos que descartan la atribuibilidad exacta de una conducta típica, antijurídica y culpable, lo que indiscutiblemente se precisa para la correcta formulación de reproche a escala penal. La materialidad de la infracción, la prueba del “cuerpo del delito” no se atisba en la foliatura, de allí que no sea de recibo la tesis de que pueda tenerse por probada a partir de conjeturas, de barruntos, porque ésas no son evidencias.

Con auxilio de las reglas de la experiencia, del diario acontecer y del comportamiento de una persona media o del común, con facilidad se colige que ante la falta de certidumbre o de vestigios acerca de quién es el titular de algo comprometedor o ilícito, no es dable suplir las falencias con base en suposiciones, así se pretexto el instituto de la libertad probatoria, situación que tiene sus propios límites y que en todo caso debe armonizarse con el artículo 246 del estatuto instrumental penal que versa sobre la necesidad de la prueba (“Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación”), sin que en modo alguno las sospechas alcancen el nivel de indicio como juicio indu-deductivo, en el cual el hecho indicador debe estar debidamente probado (art. 302 ibídem), máxime cuando los ahora implicados no iban a ser tan obtusos para ponerse en evidencia ante sus compañeros de oficio, si se toma en consideración que

ya habían sido detectados, a juzgar por el señalamiento que a distancia uno ellos lo hiciera.

Por lo tanto, el dubitativo material recolectado debe ser analizado en su conjunto y no a guisa aislada, pero ante todo con respaldo en las reglas de la experiencia (o sea, el conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y puede formularse en abstracto por toda persona de un nivel mental medio) y con ayuda de la sana crítica (las que no son otra cosa que las pautas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la resolución judicial completa). Tales patrones de la sana crítica son garantías de idónea reflexión, dirigidas a obtener su más limpio y recto razonamiento, sin que sirva de argumentación total la procedencia de la imputación a cargo de un miembro de la fuerza pública, de quienes no se puede presumir la mentira pero tampoco el ser portadores a ultranza de la verdad, puesto que existen innumerables casos en que el desvío intencional de lo acaecido les favorece, *verbi gratia* para sumar “positivos” o para justificar la carencia de tacto investigativo al momento del hallazgo.

Esta instancia ha sido incansable en recordar que bien puede ocurrir que en el naufragio de toda prueba de percepción y de representación, se acuda al instituto de la prueba por deducción: de los hechos conocidos se infieren y deducen los desconocidos, en donde la prueba histórica se transforma en punto de partida de la prueba crítica
(....)

De cara al tema de las presunciones (que no son medios de prueba sino razonamientos), la de inocencia no queda vencida bajo el artilugio de la sola afirmación de una persona que asegura unas vivencias no compartidas con otras, pues en esas condiciones se invierte la carga de la prueba y se exige al inculpado que pruebe un hecho negativo, algo que pugna con el sentido común y con la ecuanimidad. Obrar en ese sentido equivale a dar cabida al proceso penal inquisitivo advertido por Beccaria, en el que se trata el inculpado como si hubiera sido juzgado culpable. Del mismo modo Ferri sostiene que “la presunción de inocencia y con ella la regla más general -in dubio pro reo- tiene un fondo de verdad y hasta es obligatoria cuando se trata del periodo preparatorio del juicio, o sea del procedimiento de instrucción, y no existen todavía contra el que es objeto de la información más que simples suposiciones”.

(...)

Por desventura en la providencia recurrida se asume como hecho palmario la manipulación dolosa de sustancias estupefacientes, a la par que se prohíja sin reservas la imputación de los policiales, sin parar mientes en las explicaciones brindadas por los sindicados, lo cual no quiere decir que estos últimos se hayan ceñido en un todo a la verdad de lo sucedido, porque si hay quienes sostengan que del automotor sacaron una bolsa negra, admisión que a no dudarlo no les era favorable. Empero, se insiste, resulta inaceptable la conclusión brindada en primera instancia en torno al contenido de dicho paquete, dándose la equivocidad mencionada a lo largo y ancho de este interlocutorio.

Como se intuye de lo expresado, la fragilidad incriminatoria no resiste la emisión de una medida de aseguramiento, bajo el entendido de que no hay un indicio grave conforme lo señalara el a quo, puesto que “el indicio no es un hecho cualquiera, sino un hecho que tiene la propiedad, por así decirlo,

de salirse de sí para mostrar otro, pero es un hecho, una circunstancia” y para que muestre el otro requiere el empleo de la regla de la experiencia, dentro de unas circunstancias que lo transforman de nuestro en indicador (...).

10.7. En virtud de la anterior decisión, el 17 de diciembre de 1999, el señor José Vicente Sandoval Cuesta fue puesto en libertad, una vez le fue notificada de la orden de libertad que restableció su derecho de locomoción (copia auténtica de la orden de libertad número 123036 del 16 de diciembre de 1999 proferida por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D.C. –Sala Especial de Descongestión –f. 114 c. 2–; copia auténtica del oficio número 1031 XJPMI-789 de notificación de la orden de libertad del 17 de diciembre de 1999 emitido por la Policía Nacional, Departamento de Norte de Santander –f. 115 c. 2–).

10.8. El 25 de octubre de 2000, la fiscal delegada ante los jueces penales del circuito especializado de Cúcuta calificó el mérito del sumario con preclusión de investigación a favor del señor José Vicente Sandoval Cuesta, al considerar que el hecho punible no existió: (copia auténtica de la resolución del 25 de octubre de 2000 proferida dentro del proceso radicado con el número 15921 por la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Cúcuta –f. 129-139 c. 2–):

CONSIDERACIONES DE LA FISCALÍA. –

Desafortunadamente, es éste uno de los múltiples casos en que la administración de justicia, ha pecado con sus procedimientos y le ha causado daños incuestionables a las personas comprometidas en las irregulares actuaciones judiciales adelantadas.-

Se inicia la presente investigación amparada en informes suscritos por el personal del Grupo Regional Antinarcóticos de Cúcuta y posteriormente en desarrollo de la investigación preliminar se recaudó un buen número de pruebas testimoniales, evidencias que daba a conocer un presunto procedimiento irregular efectuado por miembros de la SIJI-DENOR en complicidad con un exagente de la mencionada entidad, de donde se dedujo que los funcionarios públicos y el exagente, se apropiaron de una bolsa de color negro que era transportada en un camión que el día 5 de agosto de 1999, se desplazaba hacia la población de San Faustino y que presuntamente contenía una cantidad indeterminada de estupefacientes.-

Con fundamento en el material probatorio obrante, la Fiscalía Delegada ante la Policía Nacional, consideró oportuno decretar la apertura de investigación formal en contra de las personas que de conformidad a las pruebas recaudadas resultaban comprometidas en el presunto reato, motivos por los que ordena la vinculación formal de los aquí sindicados, contra quienes imparte las respectivas órdenes de captura, sin darse cuenta eso sí que por ninguna parte de la foliatura aparecía prueba alguna de la que se pudiera tener de manera incuestionable que el contenido de la bolsa presuntamente

distraída, fuera droga ni la cantidad, es decir, se edificó la instrucción en bases probatorias gaseosas en lo referente a la materialidad del hecho delictivo y se dio por cierto un hecho que sólo tiene hasta el momento existencia en el plano hipotético.

En otros términos, la presente investigación tiene como fundamento la presunta comisión de un hecho punible ilusorio, intangible, irreal. No obstante esto, se procedió de manera apresurada, creemos que de buena fe, a dar por terminada la etapa preliminar, y se dio inicio a la instrucción sumarial sin el lleno de los presupuestos procesales mínimos necesarios para éste fin.-

No entiende el Despacho cómo es posible que contando la Fiscalía con un término más o menos prolongado para el adelantamiento de la investigación preliminar, pudiendo en esta etapa recaudar todas y cada una de las pruebas necesarias para dar el paso firme a la etapa de la instrucción propiamente dicha, entre estas las versiones libres y espontáneas de los indiciados, no se agotó siquiera medianamente el lapso legalmente estipulado ni se recaudaron las pruebas necesarias para la vinculación sólida de los comprometidos, no obstante esto, se decretó la apertura de la investigación formal y se ordenó la captura de los sindicados contra quienes se impartieron sendas órdenes de captura dentro de un proceso plagado de vacíos probatorios que a la postre resultaron ser de una relevancia jurídica tan importante que fueron las bases sobre las cuales nuestro superior de instancia tras un estudio juicioso y mesurado de las pruebas obrantes, consideró necesario reconocerla y consecuentemente decretar la revocatoria de la medida de aseguramiento.-

Considera ésta Fiscalía Especializada que le asisten sobradas razones no sólo al señor agente del Ministerio Público, sino también al defensor técnico de los encartados al predicar la inexistencia fáctica del hecho delictivo imputado a los justiciables, planteamientos jurídicos que encontraron sobrado respaldo en el pronunciamiento de segunda instancia y que a la fecha cuentan con plena vigencia, habida consideración de la falta de prueba sobreviniente que permita la demostración de lo contrario, circunstancia que para éste Despacho tienen sus consecuencias apenas lógicas, pues, si no se ha probado el delito imputado, menos aún se ha resquebrajado la presunción de inocencia que ampara a los encartados.-

(...)

No acaba de entender el Despacho las razones que llevaron a nuestro homólogo al adelantamiento de tan apresurada y sui generis investigación, causando incuestionablemente daños no sólo de carácter económico sino también morales a los vinculados a ella, pues, se tiene que los funcionarios públicos hoy por hoy están definitivamente desvinculados de la Policía Nacional, hecho que tuvo su origen en la presente investigación, que como vuelvo y repito no es otra cosa que una sarta de imprecisiones y vacíos que hasta el momento no fueron llenados, pero que injustamente produjeron los resultados nocivos ya referidos.-

Quiere resaltar el Despacho la prueba trasladada allegada a la investigación, la cual nos permite conocer un procedimiento anterior realizado por el cabo LUIS LINO PARADA PARADA y el agente JOSÉ VICENTE SANDOVAL CUESTA, en desarrollo del cual los prenombrados incautaron aproximadamente 14 kilogramos de clorhidrato de cocaína, inmovilizar un vehículo y privan de la libertad a una persona. Esto nos demuestra ni más ni menos que el cabo PARADA PARADA y el agente SANDOVAL CUESTA, son dos personas honestas y pulcras en los procedimientos que desarrollan, pues,

si no se apropiaron de 14 kilos de alcaloides en ésta oportunidad, menos se iban a comprometer con una pequeña cantidad como la presuntamente aludida en la presente investigación, considerando esta Fiscalía Especializada que si en verdad se hubiera continuado con el adelantamiento de una investigación integral como es el deber legal, seguramente existieran (sic) abundancia de pruebas como la aludida en éste acápite que permitirían dilucidar en definitiva la calidad ética y funcional de los policivos injustamente vinculados al informativo (negrilla del texto original).

10.9. La anterior decisión fue confirmada en su integridad en sede del grado jurisdiccional de consulta, 7 de febrero de 2000 (copia auténtica de la resolución del 7 de febrero de 2000 proferida dentro por la Fiscal 03 Delegada ante el Tribunal del Distrito –f. 140-143 c. 2–).

10.10. El 19 de abril de 2012, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, con ponencia del Magistrado Edgar Enrique Bernal Jáuregui, absolvió al señor Miguel Arturo Bueno Ayala -vinculado como llamado en garantía- a devolver las sumas correspondientes a la condena que le fue impuesta a la Nación-Fiscalía General de la Nación dentro del proceso de reparación directa bajo radicado n.º 2002-1531, el cual fue promovido por el señor Jairo Alexander Fernández Pérez, quien fue sometido a investigación penal y privado de la libertad en virtud de los mismos hechos que dieron lugar a la presente causa.

10.10.1. Respecto al llamamiento en garantía, el precitado Tribunal consideró, a pesar de encontrar probada la responsabilidad extracontractual de la demandada respecto al daño jurídico sufrido por el accionante, que el señor Miguel Arturo Bueno Ayala actuó con convicción de causa al proferir la medida de aseguramiento, tras encontrar que las pruebas obrantes eran medios suficientes para construir un indicio grave respecto del tipo penal presuntamente configurado, el cual por su naturaleza implicaba una conducta de ocultamiento que quedaba demostrada a partir de los testimonios que fueron valorados (copia simple de la sentencia del 19 de abril de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander dentro del proceso n.º 2002-1531, accionante Jairo Alexander Fernández Pérez; accionado, Nación-Fiscalía General de la Nación y otro –f. 498-523 c. ppl.).

IV. Problema jurídico

11. Corresponde a la Sala determinar si la responsabilidad atribuida a la Nación-

Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad del demandante resultó comprometida por la conducta dolosa o gravemente culposa del señor Miguel Arturo Bueno Ayala, y en caso afirmativo, si deberá ser condenado a devolver la totalidad de las sumas pagadas por la entidad de conformidad con el acuerdo conciliatorio efectuado dentro del *sub lite*.

11.1. Para dar respuesta a lo anterior, se tendrá que establecer la naturaleza y procedencia del llamamiento en garantía en el presente proceso. También se deberá determinar la valoración del dolo o la culpa grave del llamado en garantía al momento de proferir la decisión que dio lugar a la imposición de la medida privativa de la libertad en contra del accionante. Por último, de ser procedente, se deberá revisar qué montos se encontraría eventualmente llamado a devolver a la entidad demandada conforme a su responsabilidad dentro de la causa.

11.2. Conviene aclarar que como el escrito de apelación se relaciona únicamente con el llamamiento en garantía, la Sala se abstendrá de valorar el daño y la responsabilidad endilgada a la entidad demandada Nación-Fiscalía General de la Nación, comoquiera que tales aspectos no fueron objeto del recurso de alzada, además de que ya existe un acuerdo conciliatorio suscrito entre las partes, que hizo tránsito a cosa juzgada, por lo que su contenido no puede modificarse ni someterse a revisión¹⁰.

V. Análisis de la Sala

12. De conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución, el Estado deberá repetir contra sus agentes cuando sea condenado a la reparación de daños o perjuicios causados como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de éstos. En desarrollo de este postulado constitucional, se expidió la Ley 678 de 2001, por la cual se reglamentó la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 21 de octubre de 2004, exp. 25140, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. En similar sentido, véanse los autos de 27 de junio de 2013, exp. 44015, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y la sentencia de 22 de mayo de 2014, exp. 26.310, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición¹¹.

13. Sobre la aplicabilidad de esta ley en el tiempo, la jurisprudencia ha señalado que la misma se circunscribe a los hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de su entrada en vigencia (agosto 4 de 2001) puesto que, por regla general, la ley nueva solo tiene efectos hacia el futuro. Esto significa que para los eventos ocurridos con anterioridad, las normas aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público, en concreto, los artículos 77, 78 y 217 del Código Contencioso Administrativo, los cuales exigen al Estado la carga de probar que éste actuó con dolo o culpa grave¹².

14. Así las cosas, como en el presente asunto los hechos que motivaron la demanda ocurrieron el 19 de octubre de 1999, fecha en la cual se profirió la medida de aseguramiento de detención preventiva, el régimen aplicable para el estudio de la conducta del servidor público llamado en garantía no es el previsto en la Ley 678 de 2001, sino el consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política y en los artículos ya mencionados del Código Contencioso Administrativo.

15. En relación con los conceptos de dolo y culpa grave, con fines de repetición, la jurisprudencia de la Sala ha señalado que:

¹¹ La acción de repetición puede definirse *“como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado.”* Para que la entidad pública pueda repetir contra el funcionario o ex funcionario, es necesario que concurran los siguientes requisitos: (i) que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los antijurídicos causados a un particular; (ii) que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o antiguo funcionario público; (iii) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia.// Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política.// Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 18 de febrero de 2010, exp. 18701, C.P. Ruth Stella Correa; de 7 de abril de 2011, exp. 19801, C.P. Ruth Stella Correa; y de 12 de mayo de 2011, exp. 19835, C.P. Hernán Andrade Rincón, entre otras.

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

(...)

De la norma que antecede [art. 63 del Código Civil], se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (*diligens paterfamilias*) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levísima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el régimen civil se asimila al dolo.

Respecto de la culpa grave señalan los hermanos Mazeaud, que si bien es cierto no es intencional, es particularmente grosera. “Su autor no ha querido realizar el daño, pero se ha comportado como si lo hubiera querido; era preciso no comprender *quod omnes intellgunt* para obrar como él lo ha hecho, sin querer el daño”. De acuerdo con jurisprudencia citada por estos autores incurre en culpa grave aquel que ha “...obrado con negligencia, despreocupación o temeridad especialmente graves...” (Derecho Civil, Parte II, vol. II, pág. 110)¹³ y agregan que “...reside esencialmente en un error, en una imprudencia o negligencia tal, que no podría explicarse sino por la necedad, la temeridad o la incuria del agente...” (Mazeaud y Tunc, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual, Tomo I, Volumen II, pág 384.)

Ahora bien en cuanto a la segunda modalidad subjetiva con la que se califica la conducta del agente, esto es, el dolo, debe entenderse por tal, aquella conducta realizada por el autor con la intención de generar un daño a una persona o a su patrimonio, o en otra concepción, un comportamiento antijurídico, habiéndoselo representado y adecuado a sus posibilidades, con el fin unívoco de obtener un resultado dañino deseado.

Así pues, dentro de los aspectos integrantes del dolo, nuestra doctrina ha mencionado que “deben estar presentes dos aspectos fundamentales, uno de carácter intelectual o cognoscitivo y otro de naturaleza volitiva; o en palabras más elementales, para que una persona se le pueda imputar un hecho a título de dolo es necesario que sepa algo y quiera algo; que es lo que debe saber y que debe querer...”¹⁴, de donde los dos aspectos resultan fundamentales, pues el volitivo es el querer la conducta dañina y el cognoscitivo le entrega al autor aquellos elementos necesarios para desarrollar la conducta de manera tal que logre u obtenga el fin dañino deseado.

(...)

Resulta claro, entonces, que el elemento fundamental del dolo radica en el aspecto volitivo, de manera que obra dolosamente quien conociendo el daño

¹³ [11] Cfr. Sentencia de 25 de julio de 1994, Exp. 8493, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. La jurisprudencia de la Sección antes de la expedición de la Ley 678 de 2001 se apoyó en esta doctrina para precisar el alcance de la culpa grave.

¹⁴ [12] Alfonso Reyes Echandía, Culpabilidad, Tercera Edición, Editorial Temis, 1998, pág 43.

que con su acción u omisión ha de producir voluntariamente lo provoca¹⁵, es decir, cuando actúa con intención maliciosa de generar un determinado resultado injusto, que se enmarca dentro de una conducta jurídicamente reprochable.

En suma, mientras la culpa es la falta de diligencia o de cuidado en la conducta por imprevisión, negligencia o imprudencia, el dolo como dice ENECCERUS “Es el querer un resultado contrario a derecho con la conciencia de infringirse un derecho o un deber”¹⁶.

16. Esta Corporación también ha sostenido que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Así mismo, es necesario tener en cuenta otros conceptos como los de buena y mala fe que están contenidos en la Constitución Política¹⁷ y en la ley, a propósito de algunas instituciones como por ejemplo contratos, bienes y familia.

17. En consideración a lo anterior, la Sala ha explicado que, para determinar la responsabilidad personal de los agentes, ex agentes estatales o particulares investidos de funciones públicas, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta, necesariamente, el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave¹⁸. Igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento se debió a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas – actuación dolosa–, o si al actuar pudo prever la irregularidad en la cual incurriría y el daño que podría ocasionar, y aun así lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo –actuación gravemente culposa–.

¹⁵ [13] Alessandri R., Arturo; Somarriva U, Manuel; y Vodamic H., Antonio, *Tratado de la Obligaciones Volumen II, Segunda Edición, Ed. Jurídica de Chile, 2004, pág. 265.*

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 5 de diciembre de 2006, exp. 23953, C.P. Ruth Stella Correa, y de 7 de abril de 2011, exp. 19.801, C.P. Ruth Stella Correa.

¹⁷ El artículo 83 Constitucional reza: “*Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas*”.

¹⁸ Sección Tercera, sentencia de agosto 25 de 2011, exp. 20117, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

18. Es claro entonces que *“se trata de establecer una responsabilidad subjetiva cualificada, en la cual juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico permitirá deducir la responsabilidad del agente, ex agente estatal o particular en ejercicio de funciones públicas y, por ello, resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta”*¹⁹.

19. Pues bien, entra la Sala a analizar las exigencias legales -vigentes para el momento de los hechos- que recaían sobre el señor Miguel Arturo Bueno Ayala, en su condición de fiscal especializado, para proferir la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del accionante, y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave, lo cual necesariamente comporta un análisis de las normas que regulaban la actividad de la Fiscalía General de la Nación.

20. En primer lugar, conviene recordar que la Constitución Política de 1991, previo a la reforma introducida por el Acto Legislativo n.º 3 de 2002, establecía en su artículo 250 que era deber de la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querella, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Así mismo lo era:

- 1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere del caso, tomar las necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.*
- 2. Calificar y declarar prelucidas las investigaciones realizadas.*
- 3. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.*
- 4. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.*
- 5. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.*

El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 27 de abril de 2011, exp. 19.192, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, y 22 de julio de 2007, exp. 16038, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

21. Por otro lado, en el orden infraconstitucional, se tiene que la legislación penal vigente para la época de los hechos, esto es el Decreto Ley 2700 de 1991, en su artículo 127, establecía la competencia de los fiscales delegados ante los jueces de circuito para investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, los delitos cuyo juzgamiento fuera atribuido en primera instancia a los jueces penales de circuito especializados, entre ellos el hecho punible consagrado en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986²⁰ conforme al artículo 71²¹ del mismo estatuto procesal.

22. Igualmente, en cuanto al ejercicio de la función investigativa y de instrucción en cabeza de los fiscales especializados, el precitado estatuto establecía en el artículo 388, respecto de la medida de aseguramiento que:

*Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra del sindicado resultare **por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.***

En los delitos de competencia de los [jueces Penales de Circuito Especializados] sólo procederá como medida de aseguramiento, la detención preventiva (se resalta).

23. En cuanto a los medios de prueba legalmente admisibles, el artículo 248 del Decreto Ley 2700 de 1991 incluyó la inspección, la peritación, los documentos, el testimonio, la confesión. Sobre a los indicios se estableció que se tendrían en cuenta al momento de realizar la apreciación de las pruebas siguiendo las normas de la sana crítica. Por otro lado, el inciso final del artículo 313 del mismo estatuto procesal, adicionado mediante la Ley 504 de 1999 (25 de junio), señalaba que en ningún caso los informes de la Policía Judicial y las versiones suministradas por informantes tendrán valor probatorio en el proceso.

²⁰ “El funcionario empleado público o trabajador oficial encargado de investigar, juzgar o custodiar a personas comprometidas en delitos o contravenciones de que trata el presente Estatuto, que procure la impunidad del delito, o la ocultación, alteración o sustracción de los elementos o sustancias decomisados o facilite la evasión de persona capturada, detenida o condenada, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, pérdida del empleo e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término”.

²¹ “Los jueces penales de circuito especializados conocen, en primera instancia de: (...) 11. De los delitos descritos en los artículos 39 y 43 de la Ley 30 de 1986 y de los que se deriven del cultivo, producción, procesamiento, conservación o venta de la heroína en cantidad igual o superior a doscientos cincuenta (250) gramos o de la amapola o su látex (...)”.

24. Ahora bien, el indicio fue considerado por la Corte Constitucional como un *“hecho material que permite mostrar otro o que sirve para formular una conjetura; es un punto de partida para construir una prueba, pero aisladamente no sustituye a la prueba misma. Su característica relacional impide que sea tratado como hecho puro bajo la lógica formal-silogística. El indicio es siempre incompleto y, por lo tanto, debe permanecer como elemento de interpretación y ponderación de otras circunstancias, no como una verdad o como un axioma independiente”*²².

25. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia indicó en alguna oportunidad sobre la gravedad del indicio:

(...) pues la connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador.

*Se trata de una simple ponderación lógica que permite al funcionario judicial asignar el calificativo de **grave o vehemente** al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado; de **leve**, cuando se revela sólo como una entre varias causas probables, y podrá darle la menguada categoría de **levísimo** cuando deviene apenas como una causa posible del hecho indicado (negrilla del texto original)*²³.

26. En otro momento ese mismo tribunal, sostuvo:

(...) [e]l indicio en materia penal, entendido como un fenómeno objetivo de expresión acabada o inacabada de una conducta de autoría o de participación responsable, no posee existencia autónoma sino derivada y emana de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información, esto es, de los contenidos de las manifestaciones reales y personales que digan relación con el comportamiento humano objeto de investigación y que desde luego hubiesen sido aducidos, producidos e incorporados con respeto al principio de licitud y legalidad de la prueba.

Aquel medio cognoscitivo de proyecciones sustanciales se identifica en el plano de lo general con la estructura del silogismo deductivo en el cual es dable identificar: (i).- La premisa menor o hecho indicador, (ii).- La premisa mayor o inferencia lógica en la que tienen operancia los ejercicios de verificabilidad de la sana crítica que se apoyan en leyes de la lógica, la ciencia

²² Sentencia T-097 del 7 de marzo de 1994, exp. T-23114, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de mayo de 1997, exp. 9858, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

y postulados de la reflexión y el raciocinio, y (iii).- La conclusión o hecho indicado.

El indicante que de manera superlativa interesa al derecho penal, no es una fenomenología vacía ni es cualquier clase de indicación, incluso ni siquiera se trata de un simple señalamiento de autoría o de participación factual o de meros resultados, en tanto que aquellas atribuciones no resuelven la conducta punible en su integridad pues de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 599 de 2000, está erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

En la anterior perspectiva puede afirmarse que la verdadera revelación que al debido proceso penal interesa es aquella que indica, muestra, refleja o da a conocer contenidos de intervención en el comportamiento delictuoso en sus aspectos tanto subjetivos como materiales.

Desde la teoría del conocimiento, desde una visión epistemológica, puede llegar a concebirse a aquél medio probatorio como un fenómeno que ha sido aducido, producido e incorporado de manera legal y lícita, es decir, que tiene existencia jurídica, y con el cual se puede construir una hipótesis de responsabilidad (de autoría o de participación) la que desde luego deberá verificarse y tener como mira los contenidos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales de esos institutos vistos en sus generalidades como en sus expresiones singulares.

El instrumento a que se hace referencia se constituye en una categoría cognoscitiva y probatoria de carácter complejo y proyecta efectos, incidencias sustanciales, que recaen en la adecuación típica y en la forma de intervención que de manera singular se atribuye.

Lo dicho significa que el indicio en materia penal no puede concebirse ni aprehenderse en el exclusivo plano de los procesos lógicos inductivos y deductivos, ni al margen del comportamiento humano objeto de juzgamiento, ni por fuera de la teoría de la imputación fáctica y subjetiva, ni de los principios de necesidad, legalidad y licitud de la prueba.

En otras palabras, de manera precisa lo que se quiere significar es que el medio de convicción de la referencia no se agota ni se explica al interior de una actuación penal con el simple ejercicio discursivo de repetir como frase gastada que aquél es 'un hecho debidamente probado que por medio de la reflexión y el raciocinio nos lleva de un hecho conocido a uno desconocido'. En su aplicación, es claro, que la estructura del silogismo antes vista, como los procesos lógicos y los postulados de la sana crítica tienen operancia, pero apenas son una parte y no lo abarca su totalidad comprensiva.

I.- De los fundamentos del indicio y su relación directa con los contenidos de la acción-

Desde la perspectiva del artículo 29 constitucional mediante la cual se concibe un derecho penal de acto, es como se entiende que lo esencial del delito es la conducta humana pues ésta caracteriza y otorga elementos particulares y singulares al injusto típico.

En esa medida, si los indicios como expresiones o fenómenos lo que en realidad hacen es revelar, mostrar o dar a conocer ya de forma inacabada o acabada (parcial o total) aspectos subjetivos y objetivos del comportamiento

delictivo de que se trate, es a partir de lo anterior como se comprende que cualquier aplicación doctrinaria, jurisprudencial y práctica que de ellos se haga no puede efectuarse al margen de la acción, es decir, por fuera de los contenidos materiales tanto objetivos como subjetivos de la misma. Se entiende pues que es sobre un comportamiento determinado sobre el que recaen las atribuciones indiciarias.

La anterior consideración permite verificar que el concepto de indicio en asunto penal no se resuelve de manera exclusiva en los juicios lógicos abstractos de deducción o inducción, sino que por el contrario además de éstos, dicho instituto se proyecta como una categoría del conocimiento probatorio compleja y que por sobre todo tiene incidencias de carácter sustancial.

En nuestra Carta Política en el artículo 29 se halla consagrado el derecho penal de acción, postulado que se recoge en el texto de esa normativa en lo que tiene que ver con el “acto que se imputa”, y que a su vez se proyecta en la Ley 599 de 2000 en los conceptos que dicen relación con la conducta punible (típica, antijurídica, culpable, dolosa, culposa, preterintencional) la cual siempre se resuelve en un comportamiento de autoría o de participación responsable o en sus negaciones.

Es un hecho jurídico cierto e innegable que el presupuesto esencial del injusto típico, antijurídico y culpable es la conducta humana. En igual sentido, se comprende que es a partir de ella y con relación a la misma como se erigen, conciben y construyen todos los conceptos y categorías dogmáticas penales que se ocupan de su regulación, tratamiento y valoración.

En esa medida, es como se advierte que el indicio de responsabilidad al estar de manera íntima relacionado con todos los institutos que se derivan del derecho de acto se constituye en un medio de conocimiento probatorio que tiene incidencias adjetivas, y que por ende para los fines de su apreciación y aplicación no se puede sustraer de los contenidos que caracterizan el comportamiento singular de que se trate (negrilla del texto original)²⁴.

27. En virtud de lo anterior, se tiene que la determinación del indicio comporta un ejercicio deductivo fundamentado en los elementos probatorios que guardan relación con el hecho objeto de investigación, cuya estructura está dada por un hecho indicador, una inferencia lógica derivada de la sana crítica y un hecho indicado, como conclusión.

28. Como quedó probado en la presente causa (*supra* párr. 10.2.), el señor José Vicente Sandoval Cuesta fue investigado penalmente por su presunta responsabilidad respecto del tipo penal tipificado en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986: “El funcionario empleado público o trabajador oficial encargado de

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de septiembre de 2009, exp. 29221, M. P. Yesid Ramírez Bastidas

investigar, juzgar o custodiar a personas comprometidas en delitos o contravenciones de que trata el presente Estatuto, que procure la impunidad del delito, o la ocultación, alteración o sustracción de los elementos o sustancias decomisados o facilite la evasión de persona capturada, detenida o condenada, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, pérdida del empleo e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término”.

29. En el proceso obraban una serie de testimonios que daban cuenta de una conducta desplegada por el demandante el día 5 de agosto de 1999, además de la información que de forma espontánea él mismo aportó cuando rindió indagatoria el 11 de octubre de ese mismo año (*supra* párr. 10.8.).

30. En efecto, para la valoración de la necesidad de proferir la medida de aseguramiento, el señor Miguel Arturo Bueno Ayala, en ejercicio de su función como fiscal delegado ante los jueces del circuito especializado, debía valerse de los elementos puestos a su disposición diferentes de los informes de policía o las versiones suministradas por informantes, tal como efectivamente lo hizo al valorar únicamente las declaraciones rendidas por los testigos de los hechos ocurridos el 5 de agosto de 1999.

31. Quedó demostrado que, para fundamentar la medida de aseguramiento proferida, el llamado en garantía realizó la valoración de las declaraciones realizadas por: i) los ocupantes del vehículo en el que presuntamente se encontró la bolsa negra (f. 14-30 c. 4); ii) los superiores funcionales del demandante y el personal del grupo antinarcóticos que intervino en el seguimiento efectuado a aquel y a sus acompañantes (f. 34-64, 71-74 c. 4).

32. Observadas las declaraciones producidas dentro de la investigación previa adelantada contra el actor (*supra* párr. 10.2.), fueron elementos de hecho recurrentes, concurrentes y coherentes, respecto a lo ocurrido el día 5 de agosto de 1999: una información previa sobre la posible conducta irregular de un ex agente de la SIJIN en materia de actividades ilícitas relacionadas con estupefacientes (*supra* párr. 10.2.2.); una interacción sospechosa desplegada por los tres patrulleros vinculados a la investigación previa -entre ellos, el demandante- y el ex agente de policía, antes de la interceptación del camión blanco que

transportaba carga y pasajeros (*supra* párr. 10.2.2.); la realización de un operativo de registro al vehículo automotor de pasajeros interceptado, a partir del cual se encontró una bolsa negra, de la que no se pudo establecer su contenido; la sustracción de la misma por parte de los tres patrulleros investigados y su desaparición u ocultamiento y posterior entrega al ex agente de policía investigado por actividades ilícitas (*supra* párr. 10.2.1.), sin que en todo caso, se hubiere determinado el paradero, naturaleza o ubicación final del objeto aprehendido por los indagados.

33. Para la Sala, el ejercicio deductivo que permitía el establecimiento de, al menos, un indicio grave de responsabilidad para justificar la medida de aseguramiento, quedó claramente agotado por el llamado en garantía cuando basó su razonamiento en el dicho de los testigos de los hechos acaecidos el 5 de agosto de 1999, quienes, tal como lo señaló en la resolución de 19 de octubre siguiente²⁵, fueron concordantes en indicar una conducta modal desarrollada, entre otros, por el demandante, que encuadraba en el tipo penal consagrado en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986. Valorados a la luz de las reglas de la sana crítica²⁶ dictadas por las *leyes de la lógica, la ciencia y postulados de la reflexión y el raciocinio*, el fiscal encontró que los testimonios eran suficientes para tener, como hecho indicado, la posibilidad de comisión del hecho punible mencionado.

²⁵ “(...) **Es la prueba testimonial la que nos sirve de soporte para concluir sobre la existencia del hecho, como violatorio del art. 39 de la Ley 30/86.** Sobre la responsabilidad de los sindicatos LINO PARADA PARADA, JAIRO ALEXANDER HERNÁNDEZ PEREZ, JOSÉ VICENTE SANDOVAL CUESTA y NELSON VILLAMIZAR TORRES, hemos de manifestar que los tres primeros sindicatos, como miembros activos de la policía nacional, si bien aceptan haber interceptado el camión de marras y niegan haber sustraído el paquete sindical del punible endilgado, existe suficiente prueba testimonial, que desvirtúa tal negación de estos agentes de la SIJIN, compuesto por dos grupos de testigos, el uno contenido en las declaraciones del conductor del camión y de varios de sus ocupantes y el otro por los patrulleros del grupo antinarcóticos que veía haciendo el respectivo seguimiento, quienes de manera inequívoca son contestes en afirmar los primeros sobre el hallazgo y posterior sustracción de una bolsa con una sustancia de un peso aproximado de tres kilos; y los otros haber visto cuando efectivamente dicha bolsa fue montada en el taxi en donde estos se desplazaban y posteriormente pasada al vehículo Renault 12 de color verde conducido por Nelson Villamizar” -se resalta- (ver *supra* párr. 11.3, párrafos en cita 12-13).

²⁶ En efecto, el artículo 294 del Decreto 2700 de 1991 señalaba que, para la apreciación del testimonio, el funcionario tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias del lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio.

34. Es necesario resaltar, sin trascender a la órbita del razonamiento penal, el cual se aclara es ajeno a la competencia de esta jurisdicción, que el ejercicio deductivo para la determinación de un indicio, derivado de los elementos indicadores puestos a disposición del operador jurídico, en este caso, del ente acusador, no puede ser tenido en cuenta de forma abstracta sin atender a la circunstancia establecida en el tipo penal que se pretende aplicar a un determinado caso.

35. Por el contrario, la determinación del indicio -grave- debe compasarse directamente con la conducta configurativa del hecho punible que va a servir como base para la calificación jurídica en la etapa de instrucción, para que realmente se constituya como un elemento de antesala para determinar eventualmente la responsabilidad sobre el delito en sede jurisdiccional. Por ello, observa la Sala que la conducta modal establecida en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986, exigía que el *funcionario público* encargado, por ejemplo, de la custodia de persona comprometida en los delitos o contravenciones relacionadas con estupefacientes, *procurara*, entre otras, la *ocultación o sustracción del material decomisado*.

36. Se observa que, el citado tipo penal exigía una conducta modal que se agotaba con el cumplimiento de sus elementos constitutivos claramente comportamentales: procurar el ocultamiento o sustracción de material relacionado con estupefacientes, más allá del resultado final derivado de la misma, por ejemplo, las actividades realizadas con el material incautado por el funcionario público.

37. Desde luego, se puede pensar que el tipo penal reseñado exigía, para efectos de la determinación de responsabilidad, la certeza de que el material que determinado funcionario llegare a confiscar estuviere relacionado con estupefacientes. Sin embargo, haciendo una lectura literal del delito reseñado (tal como así lo exige el principio de estricta legalidad en materia penal), se encuentra que el hecho punible se entendería agotado con la procura de ocultación, alteración o sustracción de los “*elementos o sustancias decomisados*”, sin importar, al menos para efectos de la determinación del indicio grave, la certeza que existiere sobre su naturaleza.

38. Por lo anterior, la valoración realizada por el fiscal respecto a la conducta desplegada por el demandante, no sólo se vislumbra razonable sino también necesaria, comoquiera que dentro de sus obligaciones y exigencias legales también se encontraba que una vez producida la captura del investigado, éste debía resolver su situación jurídica dentro de los cinco días siguientes a la realización de la misma²⁷. Igualmente que, en materia de los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados, siempre que a ello hubiere lugar, era procedente que el llamado en garantía -en cumplimiento de su deber legal²⁸- profiriera la medida de aseguramiento de detención preventiva, tal como efectivamente ocurrió.

39. No se puede dejar de lado tampoco el contexto espacio-temporal en el que se desarrolló la inferencia por parte del llamado, esto es, para la época de los hechos, de acuerdo a las reglas de la experiencia, la lógica y la sana crítica, el narcotráfico se encontraba en pleno auge, por lo que las directrices de política criminal estaban encaminadas a combatirlo. Precisamente en ese contexto que vivía nuestro país para la época, no era desproporcionado pensar en la posible y probable ocurrencia de un hecho de tal naturaleza, al menos para efectos de la determinación del indicio grave requerido respecto del tipo penal consagrado en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986, para activar la maquinaria del Estado en ejercicio de su *ius puniendi* conforme a los procedimientos y las normas existentes para la época (las cuales regulaban no sólo las garantías procesales para los investigados sino también la conducta que por obligación debían seguir los funcionarios persecutores), en aras de garantizar los fines del ente acusador.

40. Lo anterior significa que, la valoración de la conducta realizada por el apelante en ejercicio de sus facultades como fiscal delegado, no puede hacerse abstraída de las circunstancias fácticas, normativas y contextuales acaecidas para el momento de los hechos, pues hacerlo de otro modo, implicaría que la evaluación

²⁷ Señalaba el Código de Procedimiento Penal vigente: “Artículo 387. Cuando la persona se encuentre privada de la libertad, rendida la indagatoria o vencido el término anterior, el funcionario judicial deberá definir la situación jurídica por resolución interlocutoria, a más tardar, dentro de los cinco días siguientes, con medida de aseguramiento si hubiere prueba que la justifique, u ordenando su libertad inmediata”.

²⁸ “Artículo 397: La detención preventiva procede en los siguientes casos: (...)”

1o) Para todos los delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados (...)”

del acatamiento y cumplimiento de sus exigencias legales y constitucionales de las que este era titular comportaría un examen anacrónicamente injustificado y descontextualizado.

41. Así mismo, la conducta del llamado en garantía debe ser valorada a la luz de la autonomía funcional que le asistía en el ejercicio de su labor de instrucción y del contexto espacio-temporal en que ocurrieron los hechos y las circunstancias particulares del caso, lo cual para la Sala no puede ser desconocido, aun cuando las resoluciones posteriormente proferidas hayan encontrado equivocada la valoración desplegada por este, pues tales apreciaciones no son suficientes para concluir que la actividad desarrollada por el señor Miguel Arturo Bueno Ayala fue abiertamente ilegal y desproporcionada.

42. En virtud de lo dicho, la Sala encuentra que la conducta desplegada por el llamado en garantía al momento de decretar la medida de aseguramiento en contra del accionante no desconoció de forma dolosa o gravemente culposa las funciones de su cargo o significó un incumplimiento grave, voluntario, irregular, negligente o abiertamente desproporcionado de sus obligaciones legales y constitucionales, pues como quedó establecido, fue el resultado de una valoración razonable y justificada por las disposiciones legales aplicables, y con ello, revestida de la legitimidad propia que comportaba el ejercicio de su autonomía funcional como encargado de la labor de instrucción penal en el marco de las particularidades del caso aquí estudiado.

43. Así las cosas, para la Sala, la argumentación efectuada por el Tribunal para condenar al señor Miguel Arturo Bueno Ayala como llamado en garantía, no puede ser compartida comoquiera que dedujo la existencia de la culpa grave a partir de las consideraciones expuestas en las providencias ulteriores, que simplemente valoraron de forma distinta el material probatorio aportado al expediente, sin verificar las obligaciones legales y constitucionales vigentes para la época de los hechos que dieron lugar al llamamiento conforme aquí quedó ilustrado. Tampoco se valoró la intervención que tuvo la fiscal que inició la etapa de investigación previa y su relación con la conducta desplegada por el señor Bueno Ayala al momento de proferir la medida de aseguramiento.

44. Tal argumentación en sede de primera instancia, por ende, no dio cuenta del incumplimiento grave de las obligaciones que le asistían al llamado en garantía, tal como así lo exigen las disposiciones mencionadas previamente, y en esa medida, la condena efectuada en lo referente al señor Arturo Bueno Ayala no se puede mantener incólume.

45. Por las razones anotadas, se revocará la sentencia apelada en lo referente a la condena impuesta en contra del llamado en garantía.

VII. 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 “B”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. REVOCAR el numeral SEXTO de la sentencia apelada, esto es, la proferida el 21 de junio de 2010 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual se condenó al llamado en garantía a devolver a la Nación-Fiscalía General de la Nación la totalidad de las sumas pagaderas por esta a la parte demandante, en su lugar, **ABSOLVER** de responsabilidad al señor Miguel Arturo Bueno Ayala.

SEGUNDO. Sin condena en costas.

En firme este proveído, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala de Subsección

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado