

Cartagena de Indias D.T y C., quince (15) de julio de dos mil dos mil veintidós (2022).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-33-002-2014-00375-01
Demandante	ARLEY GUERRA MAZO Y OTROS
Demandado	NACIÓN- RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL
Tema	<i>Privación injusta de la libertad – Ley 906 de 2004 – responsabilidad administrativa de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial por falla en el servicio.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Fiscalía General de la Nación¹ y Rama Judicial², contra la sentencia del 28 de junio de 2019³, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda⁴

3.1.1.Pretensiones⁵:

En ejercicio de la presente acción, los demandantes elevaron las siguientes pretensiones:

1°. Que se declare la responsabilidad administrativa de las demandadas por los daños y perjuicios ocasionados a los señores ARLEY ALEXIS GUERRA MAZO, CLAUDIA PATRICIA MAZO ACEVEDO, HUMBERTO DE JESÚS GUERRA ZAPATA y BRAHIAN STEVEN GUERRA MAZO, con ocasión privación injusta de la libertad del señor ARLEY ALEXIS GUERRA MAZO, desde el día 06 de enero de 2012 al 05 de octubre de 2012.

Segunda: Que se condene al pago de los siguientes perjuicios:

- Perjuicios ocasionados al señor ARLEY ALEXIS GUERRA MAZO:
 - Daño emergente: La suma de \$25.000.000, el cual corresponde al pago de los honorarios profesionales por la defensa en el proceso penal en su contra.

¹ Fols. 521-535 cdno 3(doc.161-173 exp. digital)

² fols. 548-555 cdno 3 (doc.192-204 exp. digital)

³ Fols. 498-517 cdno 3 (doc.116-155 exp. digital)

⁴ Fols. 1-17 cdno 1 (doc.1-17 exp. digital)

⁵ Fols.2-4 cdno 1 (doc.2-4 exp. digital)

- Lucro cesante: La suma de 10 SMLMV.
- Morales: La suma de 100 SMLMV.
- Perjuicio a la vida de relación: La suma de 75 SMLMV.

- Perjuicios ocasionados a la señora CLAUDIA PATRICIA MAZO ACEVEDO:
 - Morales: La suma de 100 SMLMV.
 - Perjuicio a la vida de relación: La suma de 75 SMLMV.

- Perjuicios ocasionados al señor HUMBERTO DE JESÚS GUERRA ZAPATA:
 - Morales: La suma de 100 SMLMV.
 - Perjuicio a la vida de relación: La suma de 75 SMLMV.

- Perjuicios ocasionados al señor BRAHIAN STEVEN GUERRA MAZO:
 - Morales: La suma de 100 SMLMV.
 - Perjuicio a la vida de relación: La suma de 75 SMLMV.

3.1.2. Hechos⁶

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

Relataron que, el día 06 de enero de 2012 el señor ARLEY ALEXIS GUERRA MAZO llegó a la tienda "La Gran Parada" en la Transversal 54 No 33 - 86 de la urbanización Anita en la ciudad de Cartagena de Indias, a esperar su novia, mientras se tomaba unas cervezas.

Alrededor del mediodía aproximadamente, cuando se había tomado dos cervezas, se dio cuenta que dos hombres morenos llegaron en una moto negra de 4 tiempos y que uno de ellos, que se encontraba en "chancas y mochos", se bajó de la moto y empezó a disparar hacia un hombre que se encontraba cerca de él, tomando cervezas.

Agregan que, de la impresión y el susto, el señor ARLEY ALEXIS GUERRA MAZO tan sólo tuvo cabeza para pensar en saltar una baranda que había en el local y empezar a correr, cuando uno de los hombres morenos que disparaba le comenzó a gritar: "tírate al suelo o te mato porque te mato". Sin embargo, el señor ARLEY ALEXIS GUERRA MAZO siguió corriendo hasta una chocita que se encuentra en un parque al frente de una unidad, muy cerca del lugar de los hechos. En ese momento la Policía llegó y capturó al demandante quien el día siguiente, le fue legalizada la captura por el Juzgado Décimo Segundo Penal Municipal con Funciones de control de Garantías de Cartagena, imponiéndole

⁶ Fols.4-6 cdno 1 (doc.4-6 exp. digital)

medida de aseguramiento en establecimiento de reclusión, por el delito de homicidio agravado en concurso con el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones.

El día 05 de octubre de 2012, el Juez Primero Penal del Circuito de Cartagena con Funciones de Conocimiento de Descongestión, resolvió absolver al demandante y ordenó se investigara a los funcionarios del CTI.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. Fiscalía General de la Nación⁷

La entidad demandada, como razones de su defensa indicó que el procedimiento se realizó conforme a lo dispuesto en la Ley 906/2004.

Agregó que su competencia es solo de investigación, y que es el juez de control de garantías quien determina si la solicitud es razonable, adecuada, necesaria y proporcional, concluyendo si impone o no medida de aseguramiento.

Respecto al caso concreto, manifestó que fue el Juzgado Décimo Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena de Indias, en cabeza de la Rama Judicial, quien adelantó todo el proceso penal (legalizó la captura, impuso la medida de detención preventiva) en contra del señor ARLEY ALEXIS GUERRA MAZO, e impuso una carga y causó unos daños antijurídicos a quien no estaba en la obligación jurídica de soportar, razón por la cual la Fiscalía General de la Nación debe ser exonerada de toda responsabilidad.

Como excepciones propuso las siguientes: (i) falta de legitimación en la causa por pasiva; (ii) inexistencia del daño antijurídico; (iii) cobro de lo no debido; (iv) hecho excluyente de un tercero; (v) ineptitud de la demanda; y (vi) falta de nexo causal.

3.2.2. Rama Judicial⁸

La entidad demandada, como razones de su defensa, manifestó que la Fiscalía General de la Nación investigó, y sindicó al señor ARLEY ALEXIS GUERRA MAZO de la comisión de un hecho punible, dando crédito a informes presentados por funcionarios de Policía Judicial que, a juicio del fallador de primera instancia, resultaron contradictorios y hasta inverosímiles, absolviéndolo de toda responsabilidad, a petición de la propia Fiscalía.

⁷ Fols. 209-228 cdno 2 (doc.1-20 exp. digital)

⁸ Fols. 240-247 cdno 2 (doc. 32-40 exp. Digital)

Por lo anterior, alega que no se le puede atribuir conducta alguna, que se pudiera considerar como generadora de daño, ya que ella nunca hizo parte del proceso o procedimiento generador de perjuicio, más aún cuando el proceso penal culmina gracias a su acertada decisión, con la absolución del demandante.

Alegó que, conforme al Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía General de la Nación realiza una investigación preliminar de carácter reservada, por lo en dicha etapa procesal el juez de control de garantías no realiza ninguna valoración probatoria y por lo mismo, no, define la responsabilidad del investigado.

En el presente caso, puso de presente que de las pruebas allegadas se observa que, el Juzgado Doce Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena, impartió legalidad a la captura de Arley Alexis Guerra Mazo, aceptó la formulación de imputación realizada por la Fiscalía, conforme a los artículos 239, 240 inc. final del Código Penal e impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva, solicitada por la Fiscalía, conforme a los artículos 313 numeral 2 artículo 308 numerales 2 y 3, en concordancia con los artículos 310 y 312 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 25 de la Ley 1142 de 2007. Por lo cual, las actuaciones del juzgado con función de control de garantías tuvieron respaldo legal en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que exhibió la Fiscalía General de la Nación, Seccional 34 de Cartagena, en audiencia preliminar.

Continuó indicando que, la etapa del juicio oral la avocó el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena, decidiendo absolver al actor por la falta de elementos probatorios suficientes para demostrar su culpabilidad, por solicitud del ente acusador.

Como excepciones propuso las siguientes: (i) falta de legitimación en la causa por pasiva; (ii) falta de nexo causal; y (iii) la innominada.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁹

Mediante providencia del 28 de junio de 2019 el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones de la demanda, de la siguiente forma:

“PRIMERO. DECLARAR no prósperas las excepciones de falta de legitimación por pasiva, falta de relación causal entre los hechos de la demanda y persona del demandado, inexistencia del daño antijurídico, cobro de lo no debido y hecho

⁹ Fols. 498-517 cdno 3 (doc.116-155 exp. digital)



excluyente de un tercero, propuestas por la Nación- Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, al dar respuesta a la demanda.

SEGUNDO. DECLÁRAR administrativamente responsables a la NACIÓN- RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por los perjuicios causados a los ARLEY ALEXIS GUERRA MAZO, CLAUDIA PATRICIA MAZO ACEVEDO, HUMBERTO DE JESÚS GUERRA ZAPATA y, BRAHIAN STEVEN GUERRA MAZO, con ocasión de la privación de la libertad a que fue sometido el señor Arley Alexis Guerra Mazo, en el período comprendido entre el 06 de enero de 2012 y 05 de octubre de 2012.

TERCERO. Como consecuencia CONDENAR en forma solidaria a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN al pago de los siguientes perjuicios:

3.1 por concepto de perjuicios morales:

3.1.1 A favor del señor ARLEY ALEXIS GUERRA MAZO (víctima directa), el equivalente a setenta (70) SMLMV.

3.1.2 A favor del señor CLAUDIA PATRICIA MAZO ACEVEDO (madre), el equivalente a setenta (70) SMLMV.

3.1.3 A favor del señor HUMBERTO DE JESÚS GUERRA ZAPATA (padre), el equivalente a setenta (70) SMLMV.

3.1.4 A favor del señor BRAHIAN STEVEN GUERRA MAZO (hermano), el equivalente a treinta y cinco (35) SMLMV.

3.2 por concepto de perjuicios materiales:

3.2.1. En la modalidad de daño emergente, a favor del señor ARLEY ALEXIS GUERRA MAZO, la suma de DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL TREINTA PESOS M/CTE. (\$ 18,797.030).

3.2.1. En la modalidad de lucro cesante, a favor del Señor ARLEY ALEXIS GUERRA MAZO, la suma de SIETE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS ONCE PESOS M/CTE. (\$7,573.911.)

CUARTO. La parte demandante podrá obtener el pago de la indemnización reconocida en la presente providencia de cualquiera de las entidades condenadas. La entidad que asuma la condena podrá repetir contra la otra, en los porcentajes determinados en la parte motiva de la sentencia

QUINTO. DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

(...)"

La Juez en sus consideraciones indicó que, el daño se encontraba probado con el certificado allegado, en el que consta que estuvo privado desde el 06 de enero de 2012, hasta el 05 de octubre de 2012.

En cuanto a la imputación, lo encuadró bajo el título de imputación de una responsabilidad objetiva, debido a que se acreditó la privación de la libertad del capturado el cual la recobró por absolución producto de la aplicación de la figura de absolución perentoria.

Del estudio de las pruebas encontró que había inconsistencias en los informes de la Policía y las entrevistas practicadas, toda vez que se indicó que había

sido capturado en flagrancia, pero el demandante se encontraba corriendo, huyendo del lugar de los hechos, sin que fuera sorprendido, ni individualizado al momento de la presunta comisión del delito; adicionalmente, nadie lo señaló como autor o cómplice del delito, ni le fue aprehendida el arma con la cual se cometió el hecho.

En este caso, indicó que no se acreditó en el proceso que el sindicato hubiere dado lugar, con su conducta, a la privación de la libertad, dado que la acción de este, al momento de su captura, era, como ya se dijo, correr alejándose de un establecimiento donde segundos antes se había atentado con arma de fuego contra la vida de una persona, sin que le sea exigible otra conducta, pues como lo manifestó el juez de control de garantías que legalizó la captura he impuso medida de aseguramiento, *"resulta lógico que una persona al escuchar disparo huya del lugar donde se dan"*. Por lo tanto, era imposible encontrar configurara la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad.

Así las cosas, atribuyó la responsabilidad en un 60% a la Fiscalía General y un 40% a la Rama Judicial.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN

3.4.1. Fiscalía General de la Nación¹⁰

Como razones de inconformidad, reiteró la responsabilidad del juez de control de garantías en la decisión de restringir la libertad de una persona.

Alegó que, al momento de imponer la medida de aseguramiento, el juez con función de control de garantías debe realizar una adecuación previa basándose en los elementos materiales probatorios, evidencia física, o de la información obtenidos legalmente por la Fiscalía General de la Nación, que lleva a una inferencia razonable de que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta, de acuerdo con el material probatorio y en aplicación de la lógica que se exige al administrador de justicia, en el sub judice era razonable inferir la comisión de los delitos imputados, constituyéndose bajo ese escenario que dicha persona, es decir, GUERRA MAZO, constituía un peligro para la sociedad, lo que hacía imperioso la imposición de la medida de aseguramiento. Así mismo, se debe relieves la naturaleza de los delitos por los cuales se seguía el proceso penal, ya que se trataba de un homicidio.

Por otro lado, afirmó que el aquí actor estaba en la obligación de soportar la Investigación, no se allegó prueba alguna que dé cuenta de la injusta medida, contrario sensu, se pudo establecer que por la forma como se desarrollaron los

¹⁰ 521-535 cdno 3(doc.161-173 exp. digital)

hechos y los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legal obtenida, se concluye forzosamente que existían razones fundadas para tal restricción.

Frente a los perjuicios, indicó que no fueron demostrados.

3.4.2. Rama Judicial¹¹

Como razones de inconformidad, indicó que la Corte en la sentencia de unificación se pronunció en lo referente al régimen de responsabilidad aplicable en privación injusta de la libertad, destacando que en el presente asunto el régimen de imputación aplicable en este asunto es el subjetivo.

Adujo que, la medida de aseguramiento impuesta al señor Arley Guerra Mazo, no fue consecuencia de una actuación o decisión arbitraria, injustificada e irrazonable ni transgrede los procedimientos establecidos por el legislador, pues de las pruebas obrantes en la etapa de investigación, tales como el informe de policía judicial, así como la gravedad del delito, conllevaron a la necesidad de la imposición de la medida de aseguramiento y constituyen elementos probatorios y jurídicos suficientes para la imposición de la misma, de conformidad con lo previsto en el artículo 308 y 313 de la Ley 906 de 2004.

Puso de presente que, las decisiones adoptadas por el Juez de Control de Garantías, se fundaron en la inferencia razonable a la cual arribó, de acuerdo a los elementos materiales probatorios que se le presentaron como respaldo en el informe de la Policía Nacional, así como las pruebas allegadas a la audiencia preliminar por parte de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, los cuales gozaban de presunción de autenticidad y veracidad.

Agregó que, si bien el actor no resultó condenado, la medida de aseguramiento se adopta en la etapa preliminar del proceso penal, en la que aún no se han recopilado todas las pruebas, de modo que por su misma naturaleza cautelar, su imposición no desconoce la presunción de inocencia,"

Se opuso a las condenas reconocidas, por no haber prueba de las mismas.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

Por acta del 19 de noviembre de 2019¹² se repartió el presente asunto a este Tribunal, por providencia del 27 de octubre de 2020¹³ se dispuso la admisión de los recursos de alzada; y, con providencia del 09 de febrero de 2021¹⁴, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

¹¹ Fols. 548-555 cdno 3 (doc.192-204 exp. digital)

¹² Fol. 2 cdno 4 (doc. 2 exp. digital)

¹³ Fol. 4 cdno 4 (doc. 4-5 exp. digital)

¹⁴ Fol. 9 cdno 4 (doc. 12 exp. digital)

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante: No presentó escrito de alegatos.

3.6.2. Rama Judicial¹⁵: Presentó escrito de alegatos, reiterando los argumentos del recurso de alzada.

3.6.3. Fiscalía General de la Nación¹⁶: Presentó escrito de alegatos, reiterando los argumentos del recurso de alzada.

3.6.4. Ministerio Público: No rindió el concepto de su competencia.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2. Problema Jurídico

Para resolver el caso de marras, este Tribunal procederá a estudiar los argumentos expuestos por las partes demandadas en sus recursos, conforme lo establece el art. 328 del CGP; y para ello, deberá responder los siguientes problemas jurídicos:

¿Se encuentra demostrado en el proceso, que la detención de la que fue objeto el señor ARLEY GUERRA MAZO, fue ilegal y producto de una falla en el servicio de administración de justicia?

En consecuencia,

¿Se encuentra demostrada la responsabilidad administrativa de la Nación – Fiscalía General de la Nación y Nación – Rama Judicial, en el caso bajo estudio, y por ello debe ser condenada a pagar una indemnización o existe alguna causal de exoneración de la misma?

¹⁵ Fol. 13-16 cdno 4 (doc. 17-23 exp. digital)

¹⁶ Fols. 17-21 cdno 3 (doc. 27-34 exp. digital)

5.3. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión, conociendo el fondo del asunto, confirmará la sentencia de primera instancia por cuanto se encuentra demostrado en el plenario, que la falla en el servicio de administración de justicia, por la prolongación injustificada de la privación de la libertad del señor Arley Guerra Mazo, la cual es imputable a la Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación.

Por otro lado, se modificará la determinación de perjuicios por concepto de daño moral, con arreglo a los criterios jurisprudenciales establecidos en la sentencia SU de 29 de noviembre de 2021.

Adicionalmente, se revocará el al reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, por no encontrarse probado que el demandante se encontrara empleado al momento de la detención y el pago efectivo de los honorarios profesionales al abogado.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Responsabilidad Administrativa del Estado

El medio de control de reparación directa, tiene como fuente constitucional el artículo 90 Superior, desarrollado legalmente por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuya finalidad es la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado con motivo de la causación de un daño antijurídico.

En efecto, los estatutos citados disponen:

*“**ARTICULO 90.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...*

*“**ARTÍCULO 140. REPARACIÓN DIRECTA.** En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.*

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública...”

En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que opere la responsabilidad extracontractual del Estado, es imperativo que confluyan los siguientes elementos¹⁷:

¹⁷ Modernamente conocidos como daño antijurídico e imputación.

1. El ***Daño antijurídico***, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima, quien no está obligada a soportar esa carga. Sin daño, no existe responsabilidad, de ahí que sea el primer elemento que debe analizarse.
2. El ***Hecho Dañino***, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y
3. El ***Nexo Causal***, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño

5.4.2. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

La libertad personal como precepto de rango constitucional se convierte en un bien jurídico de protección frente a cada individuo en particular, y a raíz de ello se desarrolla el tema de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad. Puede sostenerse entonces, que en aquellos eventos en los que una persona es injustamente privada de la libertad, en virtud de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y, por ende, sufre un daño antijurídico, genera en cabeza del Estado la obligación de reparación a la luz de los postulados del artículo 90 de la Constitución Nacional.

En lo relacionado con el tema de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado a través de su Sección Tercera ha construido una línea jurisprudencial sobre el tema, elaborada a partir de la Constitución Política de 1991, y bajo los postulados del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal), derogado por la Ley 600 de 2001 y la normativa vigente, contenida en los artículos 66 a 69 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de Administración de Justicia).

Sea lo primero mencionar lo que estipulaba el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991:

*“ARTÍCULO 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. **Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible,** tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.”*

Por otro lado, la regulación contenida en la Ley 270 de 1996, norma vigente en esta materia, establece en su articulado respectivo lo siguiente:

“ARTÍCULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.



ARTÍCULO 67. PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.
2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.

ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

ARTÍCULO 69. DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación."

En sentencia de Unificación SU- 072/2018, LA Corte Constitucional estableció que, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, **el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.** Al respecto, manifestó lo siguiente:

"105. Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica– es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.

En efecto, estando en ciernes la investigación, el ente acusador debe tener claro que el hecho sí se presentó y que puede ser objetivamente típico, luego, en este tipo de casos el juez administrativo puede ser laxo desde el punto de vista probatorio y valorativo, en tanto en estas circunstancias es evidente que la Fiscalía, hoy los jueces¹⁸, disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos y, en tal virtud, deberá ser la administración la que acredite que fueron causas ajenas e irresistibles a su gestión, las que propiciaron la imposición de la medida.

Nótese que en el primer evento basta con desplegar todo el aparato investigativo para establecer si fenomenológicamente hubo una alteración de interés jurídico penal. No puede, entonces, el juez o el fiscal imponer una medida privativa de la libertad mientras constata esta información, dado que esta debe estar clara desde los albores de la investigación. No en vano las diferentes normativas procesales han elaborado un esquema del cual hace parte una fase de indagación encaminada, entre otros propósitos, a establecer justamente si se presentó un hecho con trascendencia en el derecho punitivo que pueda ascender a la categoría de conducta punible.

¹⁸ Artículos 39 y 306 de la Ley 906 de 2004.



El segundo evento es una tarea que reviste una mayor sencillez en tanto depende solo de un criterio jurídico esencialmente objetivo; se trata de un cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipificarían; de esa manera, muy pronto debe establecer el Fiscal o el juez si la conducta encaja en alguna de las descripciones típicas contenidas en el catálogo punitivo.

Lo anterior implica que en las demás eventualidades que pueden presentarse en un juicio de carácter penal, no pueda asegurarse, con la firmeza que exige un sistema de responsabilidad estatal objetivo, que la responsabilidad del Estado es palmaria y que bastaría con revisar la conducta de la víctima.

Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma.

La condena automática del Estado cuando se logra demostrar que el acusado no fue responsable de la conducta punible –antes, “no cometió el hecho”- o que su responsabilidad no quedó acreditada con el grado de convicción que exige la normativa penal, no satisface la necesidad de un ordenamiento armónico que además avance a la par de los desafíos normativos.

Téngase en cuenta, por ejemplo, que en el esquema procesal penal anterior al actual¹⁹ el Fiscal tenía la posibilidad de interactuar de manera más directa con la prueba; sin embargo, una vez se expide la Ley 906 de 2004, el protocolo procesal e investigativo cambió trascendentalmente de tal manera que la inmediación probatoria queda como asunto reservado al juez de conocimiento²⁰ y, en ese orden, una investigación que en principio parecía sólida, podría perder vigor acusatorio en el juicio oral.

En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial²¹, en el cual la contradicción y la valoración de la prueba, se materializan en el juicio oral, es desproporcionado exigirle al Fiscal y al juez con función de control de garantías que hagan valoraciones propias de otras fases procesales en aras de definir, en etapas tan tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria que se mostraban uniformes, la imposibilidad de que el procesado hubiera ejecutado la conducta, ya que, se reitera, quien tiene la competencia para decidir acerca de la contundencia demostrativa de aquellos elementos es un funcionario judicial que actúa en etapas posteriores a las previstas para definir asuntos como la libertad.

Es incuestionable, entonces, que solo ante la contradicción en el juicio oral se puede evidenciar que los testimonios, las pericias y los demás tipos de prueba obtenidos por el Estado tenían fallas o admitían lecturas contrarias.

¹⁹ Ley 600 de 2000, artículos 39, 40 y 74, entre otros.

²⁰ “Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 16. INMEDIACIÓN. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías.

²¹ Artículo 203 y ss del C.P.P”

Así las cosas, incluir la absolución en ese caso o cuando, por ejemplo, no se logra desvirtuar la presunción de inocencia; concurre una causal de ausencia de responsabilidad como la legítima defensa o el estado de necesidad; o la conducta, a pesar de ser objetivamente típica, no lo era desde el punto de vista subjetivo, en los eventos en los cuales es indiscutible la responsabilidad estatal, además de negar los principios que la determinan, soslaya que tales circunstancias están determinadas por juicios esencialmente subjetivos.

Todo ello además exige tomar en cuenta que el nuevo sistema de procesamiento penal, inserto en la Ley 906 de 2004, es de naturaleza tendencialmente acusatoria y ha introducido figuras procesales propias de tal forma de investigar y acusar, entre las cuales ha de mencionarse –por ser relevantes para el asunto subjudice, el principio de oportunidad, la justicia premial y los preacuerdos y negociaciones.

Piénsese, por ejemplo, en los casos en que el ciudadano procesado, capturado en flagrancia o incluso mediando su aceptación de los cargos –confesión–, por razones de política criminal, después de varios meses de encarcelamiento efectivo, es beneficiado con la aplicación del principio de oportunidad (art. 324 y ss. del C. de P.P), caso en el cual a la postre será absuelto”.

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

Expediente proceso penal 130016001129201200065:

- Informe de policía en caso de flagrancia suscrito el 06 de enero de 2012, por el delito de homicidio²².
- Acta de incautación de elementos del 06 de enero de 2012²³.
- Informe ejecutivo suscrito por la Fiscalía General de la Nación de la misma fecha²⁴.
- Reporte inicial suscrito por la Fiscalía General de la Nación de la misma fecha²⁵.
- Entrevista realizada al patrullero Mariano Miguel Plaza Córdoba²⁶.
- Examen de elementos materiales probatorios y evidencia física²⁷.
- Historia clínica del occiso Gerardo Carlos Sáenz Romero, cedula de ciudadanía e inspección técnica del cadáver²⁸.
- Acta de inspección de lugar²⁹.

²² Fol. 31 cdno 1 (Doc. 38-39 exp. Digital)

²³ Fols. 33 cdno 1 (Doc. 41 exp. Digital)

²⁴ Fol. 34-37 cdno 1 (Doc.42-45 exp. Digital)

²⁵ Fols. 38-41 cdno 1 (Doc. 46-49 exp. Digital)

²⁶ Fols.42-43 cdno 1 (Doc.50-51 exp. Digital)

²⁷ Fols. 47-49 cdno 1 (Doc.55-57 exp. Digital)

²⁸ Fols. 50-58 cdno 1 (Doc. 58-66 exp. Digital)

²⁹ Fol. 60-62 cdno 1 (Doc.69-71 exp. Digital)

- Acta de audiencia concentrada celebrada por el Juzgado Décimo Segundo Penal Municipal con Funciones de Garantías el 07 de enero de 2012³⁰.
- Certificación emitida por el Fiscal Seccional 34³¹.
- Informe de investigador de campo³².
- Oficio del 27 de febrero de 2012, en el que el Batallón de Fusileros de la Infantería de Marina No. 02 certifica que el señor Arley Guerra no cuenta con permiso para tenencia y porte de arma de fuego³³.
- Entrevista realizada al señor Martin Antonio Rodríguez Castro, quien figura como trabajador de la tienda la Parada³⁴.
- Ampliación de declaración del patrullero Mariano Miguel Plaza Córdoba³⁵.
- Escrito de acusación presentado por la Fiscalía General, el 07 de marzo de 2012³⁶.
- Acta de audiencia de formulación de acusación celebrada el 12 de abril de 2012 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena con Funciones de Conocimiento en Descongestión³⁷.
- Acta de audiencia de juicio oral celebrada el 05 de octubre de 2012, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena con Funciones de Conocimiento en Descongestión, mediante la cual se absuelve al señor Arley Guerra³⁸.
- Testimonio del señor Pedro Manuel Salazar Velasco en audiencia de pruebas del 7 de abril de 2016³⁹.
- Certificado de reclusión expedido por el INPEC, en el que se indica que permaneció privado de la libertad entre el 06/01/2012 al 05/10/2012, por el delito de homicidio agravado y fabricación, trafico y porte de armas de fuego o municiones⁴⁰.
- Cartilla biográfica del interno Arley Alexis Guerra Mazo⁴¹.
- Expediente penal CUI 13001-60-01129-2012-00065, allegado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena con Funciones de Conocimiento⁴².

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Conforme a los argumentos que plantea la parte demandante en el recurso de apelación, se procederá a verificar si en el caso concreto están

³⁰ Fol. 70-71 cdno 1 (Doc.79-80 exp. Digital)

³¹ Fol. 79 cdno 1 (Doc.88 exp. Digital)

³² Fols. 80-88 cdno 1 (Doc. 89- 97 exp. Digital)

³³ Fol. 90 cdno 1 (Doc.99 exp. Digital)

³⁴ Fol. 93-95 cdno 1 (Doc.102-104 exp. Digital)

³⁵ Fols. 102- 104 cdno 1 (Doc. 111- 113 exp. Digital)

³⁶ Fls. 112-115 cdno 1 y 352-355 cdno 2 (Doc.121-124- 176-179 exp. Digital)

³⁷ Fols. 129-130 cdno 1 y 367-368 cdno 2 (Doc. 141-142 y 192- exp. Digital)

³⁸ Fols. 132 cdno 1 (Doc.144 exp. Digital)

³⁹ Fols. 325-326 cdno 2 (Doc.148-150 exp. Digital)

⁴⁰ Fol. 333 cdno 2 (Doc.156 exp. Digital)

⁴¹ Fol. 335-336 cdno 2 (Doc.158-159 exp. Digital)

⁴² Fols. 339-447 cdno 2 y 3 (Doc. 163- 48 exp. Digital)

acreditados los presupuestos que permitan determinar la responsabilidad que se le imputa a la Nación- Fiscalía General y Rama Judicial.

5.5.2.1 El daño

El daño es conocido doctrinalmente, como el detrimento que es provocado a una persona en su integridad o en sus bienes que no tiene el deber de soportarlo ocasionado por el actuar o la omisión de una entidad estatal o de un particular que cumpla funciones administrativas.

En el presente caso, se configura con la restricción de la libertad que se le impuso al señor Arley Alexis Guerra Mazo, desde el 06 de enero de 2012 al 05 de octubre de 2012, por el delito de homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones⁴³, concediéndole la libertad por sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena con Funciones de Conocimiento en Descongestión.

5.5.2.2 La imputación

En el caso concreto, el daño alegado por el demandante consiste en la restricción de la libertad a la que se vio sometido al ser imputado como responsable del delito de homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

Antes de abordar el análisis de los fundamentos que permitan adoptar una decisión de fondo, es necesario precisar que la privación injusta de libertad como presupuesto de responsabilidad del Estado, no privilegia un régimen de imputación en específico. La jurisprudencia actual tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, pregonan que para analizar y determinar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad no se privilegia un régimen objetivo, sino que, de acuerdo con las particularidades del caso y de la decisión que se adopte por el juez penal de conocimiento, se determinaría si el deber de reparar se fundamenta en la falla o falta del servicio o se aplica un régimen objetivo por daño especial.

En todo caso, es requisito esencial evaluar la legalidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento dictada, por ser la decisión que determina la restricción de la libertad y, además, se deberá analizar si la actuación de la víctima dio lugar a la medida restrictiva que se le imputa, es decir, si se configura la culpa exclusiva de la víctima.

5.5.2.2.1. Análisis de la legalidad de la medida de aseguramiento

En todo caso, es requisito esencial evaluar la legalidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento dictada, por ser la decisión que determina la

⁴³ Fol. 333 cdno 2 (Doc.156 exp. Digital)

restricción de la libertad y, además, se deberá analizar si la actuación de la víctima dio lugar a la medida restrictiva que se le imputa, es decir, si se configura la culpa exclusiva de la víctima como lo analizó el A-quo.

La anterior apreciación se hace, debido a que, la A-quo resolvió la sentencia de primera instancia bajo el fundamento de la responsabilidad objetiva, debido a que se acreditó la privación de la libertad del capturado el cual la recobró por absolución producto de la aplicación de la figura de absolución perentoria, agregando que durante el proceso penal no se pudo identificar e individualizar que el demandante hubiera cometido el delito endilgado, además que no había sido capturado en flagrancia.

Hecha la anterior aclaración, se precisa que en el presente caso, tanto las teorías de las partes demandadas, es la hipótesis de un régimen de responsabilidad subjetivo basado en la necesidad y proporcionalidad de la medida por el tipo de delito y las pruebas recaudadas. Sin embargo, conforme lo establecido en párrafos anteriores, no solo basta con demostrar la providencia absolutoria, sino que, además, es necesario demostrar que la medida de aseguramiento que se dictó resultó infundada, desproporcional e ilegal, y que el demandante no actuó con dolo o culpa grave que se hicieran merecedoras de la misma.

En vigencia de la Ley 906 de 2004, que fue el momento en el que se dispuso a detener a la víctima directa del daño, los requisitos legales que debían cumplirse para adoptar la medida de aseguramiento privativa de la libertad estaban previstos en su artículo 308 y eran los siguientes: a) La procedencia de la medida según el tipo de delito o la pena del delito imputado (art. 313), b) Existencia de evidencia física y elementos probatorios que permitiera inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga (Art. 308), c) Que la medida sea necesaria porque: (i) se requiere evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; (ii) el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o (iii) resulta probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Del escrito de acusación presentado por la Fiscalía General, el 07 de marzo de 2012.⁴⁴ se desprende lo siguiente:

“Ocurrieron el día 06 de enero de 2012 aproximadamente las 12:40 horas, en momentos en que el hoy occiso (GERARDO CARLOS SAENZ ROMERO) se encontraba en una tienda de nombre o razón social “La Gran Parada” ubicada en la transversal 54 No. 33-86, de la urbanización Anita, fue ultimado por un sujeto que llegó a dicho establecimiento desenfundando un arma de fuego y disparó en repetidas ocasiones en contra de la humanidad del hoy occiso, dándose a la huida a pie donde más adelante lo esperaba un sujeto en una motocicleta, quien al divisar una unidad motorizada de la policía nacional, se dio a la huida dejando abandonado a dicho sujeto, procediendo las unidades de policía nacional a capturarlo ya que la comunidad lo

⁴⁴ Fls. 112-115 cdno 1 y 352-355 cdno 2 (Doc. 121-124- 176-179 exp. Digital)

señalaba como el sujeto que momentos había perpetrado dicha conducta, informándole los derechos del capturado y dejándolo a disposición de la fiscalía en turno.

El día 7 de enero de 2012 y ante el juzgado Décimo Segundo penal municipal con funciones de garantías, se realizaron las respectivas audiencias preliminares de conformidad al código de procedimiento penal, legalizándose la captura del hoy acusado, formulándole la respectiva imputación por las conductas establecidas en los artículos 103 y 104, es decir, homicidio bajo circunstancias de agravación punitiva contemplados en el numeral 4 y 7, es decir, por motivo abyecto fútil y aprovechando el estado de indefensión o inferioridad de la víctima, en concurso con el punible de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones agravado por la utilización de un medio motorizado".

Del mismo escrito se desprende que las pruebas presentadas para la acusación correspondían a los testimonios de: (i) Alexander Fonseca Castro, Alcides Romero Villar y Carlos Castañeda Casas, como funcionarios de la SIJIN; (ii) Jefferson Urrea Quintero quien realizó diligencia de registro biográfico, morfológico, decadactilar y fotográfico del acusado; (iii) JORGE LUIS ORTEGA ARRIETA y MARIANO PLAZA CORDOBA, miembros de la policía nacional con funciones de vigilancia, quienes persiguieron y capturaron al hoy acusado en situación de flagrancia; (iv) MIGUEL NUÑEZ TERAN, funcionario de policía Judicial del C.T.I., quien presentó informe de Investigador de campo de fecha 7 de marzo de 2012, obtiene tarjeta de preparación de la cédula de ciudadanía del acusado, y certificado emanado de las fuerzas militares acerca de que no existe autorización para portar armas de fuegos a este y (v) Testimonio del médico legal que practicó la diligencia de necropsia del cadáver de quien en vida respondía al nombre de GERARDO CARLOS SAENZ MORENO.

Como pruebas documentales presentó las siguientes: (i) inspección técnica de cadáver; (ii) informe de policía de vigilancia de flagrancia; (iii) Registro decadactilar, morfológico y fotográfico del imputado; (iv) diligencia de fotografía del lugar de los hechos; (v) cédula de ciudadanía del acusado, (vi) informe de investigador de campo; (vii) certificado de porte de armas; (viii) certificado de anotaciones penales; (ix) protocolo de necropsia.

Para el caso del aquí demandante, se allegó con el escrito de acusación, el informe de vigilancia suscrito por el PT JORGE LUIS ORTEGA ARRIETA⁴⁵ suscrito el 06 de enero de 2012, en el que consignó lo siguiente:

"EL DIA DE HOY SIENDO LAS 12:40 HORAS APROXIMADAMENTE ME ENCONTRABA CON MI COMPAÑERO DE PATRULLA EL PATRULLERO PLAZA CORDOBA MARIANO, REALIZANDO PATRULLAJES EN LA URBANIZACÓN ANITA" POR LA CALLE DEL RESTAURANTE DONDE RAFA, CUANTO ESCUCHAMOS DOS DETONACIONES AL PARECER ARMA DE FUEGO EN LA CALLE CONTINUA DONDE NOSOTROS NOS ENCONTRÁBAMOS, DE INMEDIATO DIRIGIMOS HACIA LA CALLE DE DONDE PROVENÍAN LAS DETONACIONES, Y AL LLEGAR A LA ESQUINA DONDE ESTABA UBICADA LA TIENDA LA PARADA OBSERVAMOS A UN CIUDADANO HERIDO TENDIDO EN EL SUELO EN ESE MISMO LUGAR SE ENCONTRABAN UN GRUPO DE PERSONAS QUE MEDIANTE VOCES DE AUXILIOS NOS SEÑALABAN Á DOS PARTICULARES QUE HUÍAN CORRIENDO POR LA MISMA CALLE DONDE SUCEDIERON LOS HECHOS Y NOS GRITABAN "COJANLOS, COJANLOS, QUE ESOS FUERON LOS QUE LE DISPARARON", EN ESE MISMO INSTANTE LOGRAMOS OBSERVAR HACIA DONDE NOS SEÑALABA LA CIUDADANÍA, A DOS PARTICULARES QUE HUÍAN: CORRIENDO APRESURADAMENTE, UNO DE ELLOS VESTÍA CON UN SUETER BLANCO, JEANS Y GORRA NEGRA Y OTRO VESTIA CON UNA FRANELILLA DE COLOR BLANCO Y JEAN, DE INMEDIATO INICIAMOS SU PERSECUCION Y UNA CUADRA MAS ADELANTE EL QUE TENIA FRANELA

⁴⁵ Fol. 31 cdno 1 (Doc. 38-39 exp. Digital)

COLOR BLANCA SE SUBE EN UNA MOTOCICLETA QUE SE ENCONTRABA ESTACIONADA Y EL QUE TENIA SUETER BLANCO, LE ENTREGA UN ELEMENTO CON CARACTERÍSTICAS SIMILARES A UN ARMA DE FUEGO E INTENTA SUBIRSE A LA MOTOCICLETA, PERO DEBIDO A NUESTRA CERCANIA EL PARTICULAR QUE CONDUCA LA MOTOCICLETA HUYO SIN QUE EL OTRO PARTICULAR SE ALCANZARA ABORDAR LA MOTOQCLETA, Y ESTE AL VER QUE SU COMPAÑERO LO DEJO ABANDONADO SALIÓ CORRIENDO Y UNOS METROS MAS ADELANTE LOGRAMOS ALCANZARLO, DE INMEDIATO PROCEDIMOS A CAPTURARLO DÁNDOLE A CONOCER SUS DERECHOS COMO CAPTURADO. AL MOMENTO DE SU CAPTURA LE HALLAMOS EN SU PODER CELULARES, UNO MARCA BLACK BERRY Y DOS NOKIA; POSTERIORMENTE ES TRASLADADO HASTA LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACION PARA SER DEJADO A DISPOSICIÓN, EL CIUDADANO HERIDO FUE TRASLADADO POR CIUDADANIA HASTA LA CLINICA MADRE BERNARDA DONDE LUEGO NOS INFORMARON QUE HABIA FALLECIDO

Adicionalmente, se suscribió un acta de incautación de elementos del 06 de enero de 2012⁴⁶, en el que se indicó que se incautaban los siguientes elementos: “02 celulares Marca Nokia y 01 celular Black Berry”.

Con el informe ejecutivo suscrito por la Fiscalía General de la Nación de la misma fecha⁴⁷, se adjuntó el reporte inicial suscrito por PT JEFFERSON ALEXANDER URREA QUINTERO, quien realizó los actos urgentes⁴⁸, así como el examen de elementos materiales probatorios y evidencia física⁴⁹.

Entrevista realizada al patrullero Mariano Miguel Plaza Córdoba⁵⁰, quien suscribió el acta de captura⁵¹, en el que relató lo siguiente:

“SIENDO LAS 12:43 HORAS DEL DIA DE HOY 06-01-12 NOS ENCONTRABAMOS REALIZANDO PATRULLAJES DE RUTINA EN NUESTRA JURISDICCION ASIGNADA COMO PATRULLA CAMPANOS 1-1 EN COMPAÑÍA DE MI COMPAÑERO PATRULLERO ORTEGA ARIETA JORGE EN LA URBANIZACIÓN ANITA POR LA CALLE DEL RESTAURANTE DE RAFA, CUANDO ESCUCHAMOS DOS DETENCIONES AL PARECER DE ARMA DE FUEGO DE INMEDIATO NOS TRASLADAMOS A LA CALLE DE DONDE PROVENÍAN LAS DETONACIONES, AL LLEGAR A LA ESQUINA DONDE ESTA UBICADA LA TIENDA LA PARADA OBSERVAMOS A UN CIUDADANO HERIDO TIRADO EN EL SUELO, EN ESE MISMO LUGAR SE ENCONTRABA UN GRUPO DE PERSONAS OBSERVANDO LO QUE HABIA PASADO APENAS ESTAS PERSONAS VIERON NUESTRA PRESENCIA NOS EMPEZARON A GRITAR MEDIANTE VOCES DE AUXILIO COJANLOS, CÓJANLOS QUE ESOS FUERON LOS QUE DISPARARON NOSOTROS DE INMEDIATO LOGRAMOS OBSERVAR HACIA DONDE SEÑALABA LA CIUDADANIA A DOS PARTICULARES QUE HUÍAN CORRIENDO APRESURADAMENTE, UNO ERA DELGADO, DE TEX BLANCA, DE 1.60 DE ESTATURA, QUE VESTÍA UN SUÉTER BLANCO, JEAN AZUL Y UNA GORRA NEGRA Y EL OTRO ERA DELGADO, DE TEX MORENA. DE 1-70 DE ESTATURA, DE CABELLO LARGO ONDULADO, ESTE VESTÍA UN FRANELA BLANCO, CON JEAN, CALZABA UNAS CHANCLAS TRES PUNTADA ENSEGUIDA INICIAMOS LA PERSECUCIÓN CONTRA ESTOS PARTICULARES ANTES MENCIONADOS UNA CUADRA MAS ADELANTE EXACTAMENTE EN EL PARQUE DÉ LA URBANIZACIÓN ANITA EL QUE TENIA FRANELILLA BLANCA DE TEX MORENA SE SUBE A UNA MOTOCICLETA DE MARCA BÓXER NEGRA SIN MAS CARACTERISTICAS QUE SE ENCONTRABA ESTACIONADA, DE INMEDIATO EL COMPAÑERO DE ESTE PARTICULAR ANTES MENCIONADO DE TEX BLANCA LE ENTREGA UN ELEMENTO SIMILAR A UN ARMA DE FUEGO E INTENTA SUBIR A LA MOTOCICLETA TAMBIÉN DEBIDO A NUESTRA PERSECUCIÓN EL PARTICULAR QUE CONDUÍA LA MOTO EMPRENDIÓ LA HUIDA SIN QUE EL OTRO COMPAÑERO ALCANZARA ABORDAR LA MOTOCICLETA Y ESTE AL VER QUE SU COMPAÑERO LO DEJO ABANDONADO SALIÓ CORRIENDO Y UNOS METROS MAS ADELANTES LOGRAMOS ALCANZARLO DE INMEDIATO PROCEDIMOS A CAPTURARLO DÁNDOLE A CONOCER LOS DERECHOS COMO CAPTURADO EN EL MOMENTO DE SU CAPTURA SE LE SOLICITA UN REGISTRO VOLUNTARIO HALLÁNDOLE EN EL BOLSILLO DERECHO

⁴⁶ Fols. 33 cdno 1 (Doc. 41 exp. Digital)

⁴⁷ Fol. 34-37 cdno 1 (Doc.42-45 exp. Digital)

⁴⁸ Fols. 38-41 cdno 1 (Doc. 46-49 exp. Digital)

⁴⁹ Fols. 47-49 cdno 1 (Doc.55-57 exp. Digital)

⁵⁰ Fols.42-43 cdno 1 (Doc.50-51 exp. Digital)

⁵¹ Fol. 32 cdno 1 (Doc. 40 exp. Digital)



DEL PANTALÓN QUE VISTE 03 CELULARES 01 MARCA BLACK BERRY Y 02 CELULARES MARCA NOKIA POSTERIORMENTE SON CONDUCIDOS HASTA LAS INSTALACIONES DE LA FISCALÍA PARA DEJARLOS A DISPOSICIÓN DE LA AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE, ES DE ANOTAR QUE EN TODO MOMENTOS SE LE RESPETARON Y GARANTIZARON SUS DERECHOS. PREGUNTADO; FUE NECESARIO EL USO DE LA FUERZA AL MOMENTO DE LA CAPTURA CONTESTO. NO YA QUE EL CAPTURADO NO OPUSO RESISTENCIA PREGUNTADO: EL PARTICULAR CAPTURADO PRESENTAN ALGUNA CLASE DE LESION CONTESTO: NO PREGUNTADO. DESEA AGREGAR CORREGIR O ENMENDAR ALGO A LA PRESENTE DILIGENCIA CONTESTO: NO".

En ampliación de declaración el patrullero Plaza Córdoba⁵², relató lo siguiente:

"Me llamo como mencione anteriormente, me desempeño como Patrullero de la Policía Nacional, en la cual me encuentro hace aproximadamente seis años, en la actualidad me encuentro adscrito al CAI de San José de los Campanos, CAI que tengo de estar adscrito hace cuatro años aproximadamente, con respecto al caso por el cual me citaron no sabia muy bien cual era, pero una vez refrescado la memoria, recuerdo que eso fue para el mes de enero del presente año, se que fue al inicio del mes de enero pero el día exacto no lo sé, pero si se cual es el caso, ya que para ese día me encontraba de servicio realizando el segundo turno que corresponde desde las 07:00 am hasta las 14:00 horas, en el cuadrante número ocho de la Estación de Policía del Pozón, ya que el CAI de San José de los Campanos donde me encuentro adscrito actualmente depende de la Estación del Pozón, ese cuadrante ocho le corresponde los barrios Providencia, La concepción, Santa Lucia y Urbanización Anita, bueno entonces yo para ese día me encontraba de patrullaje con el patrullero Ortega Arrieta Jorge en una motocicleta de la Policía del cuadrante, realizando como de costumbre el patrullaje de rutina, cuando siendo aproximadamente las 12:30 horas cuando me encontraba a la altura del Colegio República de Argentina, que está ubicado a dos cuadras aproximadamente del lugar donde ocurrieron los hechos que se llama tienda La Parada, bueno entonces a esa hora yo me encontraba realizando una requisa a dos personas de sexo masculino quienes se movilizaban en una motocicleta, cuando de repente en esos instantes que terminábamos de realizar la requisa, escuche con mi compañero de patrullaje unas detonaciones de tres a cuatro disparos aproximadamente, disparos que una vez escuchamos procedimos a prender la motocicleta de la Estación que era en la que andábamos, pero esa motocicleta no quiso prender, entonces al ver esa situación, mi compañero y yo corrimos con rumbo hacia el lugar donde se escucharon los disparos, y cuando nosotros íbamos corriendo con dirección rumbo a la avenida de la Cordialidad, la gente iba señalándonos hacia el lugar donde provenían los disparos y entonces en ese momento cuando íbamos llegando al lugar de donde habían provenido los disparos, mi compañero de nombre JORGE ORTEGA y yo observamos la multitud de las personas que se encontraban en el sector, en las afueras de la tienda la Parada, quienes manifestaban que la persona a que habían baleado estaba viva, y entonces en ese mismo momento en que nosotros llegamos y le preguntamos a las personas que se encontraba allí presente que para donde habían cogido los sicarios, estas nos manifestaron que era una sola persona el sicario, quien vestía una franela blanca, jean azul, tenis y una gorra de color claro, de color de piel blanca, de aspecto paisa, y que este había salido del lugar de los hechos corriendo solo con un arma de fuego en la mano con dirección hacia la tienda la Subasta que esta ubicada a una cuadra de donde esta la Tienda la Parada, tiendas ubicadas en la Urbanización Anita, entonces nosotros al recibir esa información, mi compañero y yo empezamos a correr con dirección hacia donde nos habían dicho que había cogido el sicario corriendo para darse a la huida, entonces en ese momento en que vamos corriendo, va pasando otro compañero de apellido San Martin de la Policía quien ahora mismo esta trabajando en el comando de Manga, va pasando en su moto particular y este al ver que nosotros íbamos a pie corriendo con destino hacia donde había cogido el sicario, este paró y mi compañero JORGE ORTEGA se monto en la motocicleta con el y siguieron por el lugar donde señalaba la gente que el sicario había cogido y yo al ver que mi compañero se fue en busca del sicario, me devolví para el lugar de los hechos y al llegar al lugar de los hechos, empecé a modular por radio dando las características del sicario que había mencionado la gente del sector, entonces mis compañeros que habían ido en busca del sicario, inmediatamente que yo di las características del sicario por radio mi compañero JORGE ORTEGA salió al aire manifestando por radio, que ya había capturado a la persona que habían descrito como el

⁵² Fols. 102- 104 cdno 1 (Doc. 111- 113 exp. Digital)



sicario , persona que capturaron en el parquecito de la Urbanización ANITA, y de inmediato lo trasladaron hasta el CAI FREDONIA , y yo como me encontraba en la escena de los hechos , con la patrulla que había llegado de apoyo , cogí y subí al herido en un taxi para trasladarlo a la Clínica Madre Bernarda , lugar donde falleció la persona que le propinaron los disparos. Así mismo le puedo manifestar que la gente del sector al momento en que mi compañero y yo llegamos , nos dijeron de manera rápida, aparte de lo que le mencione anteriormente que al sicario lo estaba esperando una motocicleta de color negra , quien era conducida por un sujeto de color de piel morena , de contextura delgada , quien vestía una gorra negra y franela del mismo color, quien tenía cabello largo , y que este estaba ubicado en la tienda La Subasta montado en la moto esperándolo , esto es todo lo que le puedo manifestar al respecto ya que es lo que me consta y no tengo mas nada pue agregar a la presente diligencia , solo lo que le puedo comentar es que mi compañero JORGE ORTEGA ARRIETA es el que les puede dar mayor información acerca de la persecución del capturado ya que el fue el que lo capturo en el parquecito de la Urbanización Anita , pero el en la actualidad se encuentra de vacaciones. No siendo mas el motivo de la diligencia se da por terminada siendo las 16:34 horas".

En audiencia preliminar celebrada el 07 de enero de 2012⁵³ ante el Juzgado Décimo Segundo Penal Municipal con Funciones de Garantías, la Fiscalía⁵⁴: como pruebas que sustentaron su solicitud de legalización de captura indicó las siguientes:

- informe de la policía de vigilancia suscrito por el PT Jorge Ortega Arrieta;
- acta de derechos del capturado;
- acta de incautación de elementos,
- informe ejecutivo rendido por Jefferson Urrea Quintero;
- entrevista rendida por PT Mariano Plaza Córdoba;
- registro decadactilar, biográfico y morfológico del capturado;
- formato de arraigo;
- epicrisis del occiso;
- cedula de ciudadanía de la víctima;
- acta de inspección técnica a cadáver
- Acta del primer respondiente PT Jorge Luis Ortega Arrieta
- Acta de inspección a lugares

El capturado aquí demandante Arley Alexis Guerra Mazo, solicitó se le escuchara en audiencia en mención, en la que relató lo siguiente⁵⁵:

"PREGUNTADO: Señor Arley donde estaba usted el día de ayer entre las 12:00 y 1:00 de la tarde. CONTESTÓ: En esa tienda que esta después de la bomba del gallo. PREGUNTADO: Señor Arley dígame al señor juez que pasó en esa tienda entre esa hora. CONTESTÓ: Me encontraba en esa tienda y me tomé dos águilas light, estaba al lado de una entrada que es como un tragamonedas, en ese momento llega un moreno con camisa blanca dando disparos, yo brinco de una baranda verde que se encuentra ahí y salgo corriendo y escucho detrás que me grita el man al suelo o lo mato, al suelo o lo mato, yo decidí pues seguir corriendo, la policía me detuvo cuando iba corriendo de ahí pa abajo. PREGUNTADO: usted observó las características del sujeto que le disparó al otro señor. CONTESTÓ: solo alcance a ver que era un moreno y ya, porque yo la verdad no quise mirar pa atrás, yo solamente corría".

Es con este material probatorio, que el Juez de Control de Garantías⁵⁶ legalizó la captura del indicado, con base en las pruebas allegadas por la Fiscalía

⁵³ Fol. 70-71 cdno 1 (Doc.79-80 exp. Digital)

⁵⁴ Min. 2:21 audio 1 de la carpeta de audiencia 07-01-2012

⁵⁵ Min. 2:10 audio 2 de la carpeta de audiencia 07-01-2012

⁵⁶ Min. 4:11-15:56 audio 03 de la carpeta de audiencia 07-01-2012

como fueron el informe de la policía de vigilancia suscrito por el PT Jorge Ortega Arrieta, el acta de derechos del capturado y el mismo testimonio del demandante, que fue concordante con lo plasmado en las documentales.

La Fiscalía⁵⁷ solicitó la imposición de la medida de aseguramiento con detención preventiva en establecimiento carcelario como coautor del delito de homicidio en concurso con fabricación y porte de armas de fuego con circunstancias de agravación, aduciendo a su vez que, con las pruebas antes relacionadas, se podía inferir la coautoría del demandante, máxime si se tiene en cuenta que la captura fue realizada en flagrancia. Por otro lado, dejó constancia de que el imputado no registraba antecedentes penales, pero revisado el SPOA reposaba una noticia criminal 80884 por el delito de fabricación y porte de armas de fuego que cursó en la Fiscalía Seccional de Medellín en estado inactivo.

Como fundamento para acceder a la solicitud de medida de aseguramiento el juez de control de garantías⁵⁸ determinó en resumen que, los informes de policía dan cuenta de las circunstancias de modo, tiempo y lugar y que son estos agentes los únicos llamados a suscribirlos por encontrarse en el lugar de los hechos y ser testigos presenciales; agregó que si bien resultaba lógico que una persona huya de un lugar donde hay disparos, no es lógico que intente subir en la motocicleta que se señalaba era donde se transportaba el cómplice y que además, quisiera entregar a este conductor de la motocicleta un elemento similar a un arma de fuego.

Agregó que, por tratarse de dos conductas, como es el homicidio que atenta contra el bienpreciado como es la vida y el porte de armas, el legislador lo ha ido agravando buscando con ello que sea reprochable, por lo que estas dos indican que el imputado es un peligro para la sociedad por haber segado presuntamente la vida de una persona. Puso de presente que, la anotación del SPOA permite inferir que continua en la actividad delictiva como es el porte de armas. Así las cosas, los comportamientos del actor al huir dan cuenta de que no colaborará con la justicia, razón para corroborar la medida de aseguramiento en detención preventiva en establecimiento carcelario.

Ahora bien, encuentra esta Sala que, del estudio de las pruebas se evidencian múltiples contradicciones como son: (i) el informe de vigilancia suscrito por el PT JORGE LUIS ORTEGA ARRIETA en el que no individualiza al señor Guerra Mazo, y en el que no se indica si la persona que portaba suéter blanco, jeans y gorra negra se trataba de este mismo; (ii) por otro lado, en la certificación emitida por la Fiscalía a folio 79 se indica que, al establecimiento llegaron dos sujetos a bordo de una motocicleta que le dispararon al occiso, por lo que esto no coincide si se supone que el aquí actor se encontraba sentado al lado

⁵⁷ Min. 1:12 audio 04 de la carpeta de audiencia 07-01-2012

⁵⁸ Min. 4:25 audio 06 de la carpeta de audiencia 07-01-2012

del señor Sáenz Romero sin que esto constituya prueba de su presunta participación en el acto delictivo; (iii) por otra parte, los relatos de los PT Ortega Arrieta y Plaza Córdoba, se contradicen en el sentido de que el primero de ellos manifestó que junto a su compañero Plaza realizan la persecución y posterior captura, sin embargo el segundo de ellos, adujo que el señor Ortega Arrieta inició la persecución con otro PT de apellido San Martín que iba pasando por el lugar debido a que la moto a ellos asignada no quiso encender; (iv) no es cierto como manifestó el Juez de control de garantías que hubiesen sido dichos patrulleros testigos presenciales de los hechos, toda vez que estos tal y como lo relatan se guiaron por las narraciones de habitantes del sector que señalaban hacia donde habían huido los delincuentes.

De igual forma, se recepcionó la entrevista de la siguiente persona:

- Señor Martín Antonio Rodríguez Castro, quien figura como trabajador de la tienda la Parada⁵⁹, lugar donde ocurrieron los hechos, quien en resumen refirió que el occiso y el aquí demandante llegaron juntos a pie pidieron una cerveza cada uno y se sentaron en el establecimiento, 20 minutos después piden dos cervezas más, transcurridos 20 minutos más escucha los tres disparos por lo que se refugia en uno de los mostradores y al salir nuevamente se da cuenta que habían matado a uno de ellos, y el otro ya no se encontraba en el lugar, afirmó que no eran personas residentes del barrio, nunca los había visto, y que el joven que huyó lo describió de contextura delgada, tes blanca clara, estatura media y que podía tener aproximadamente 25 años, portaba una gorra pero no recordaba el color de esta. Frente a los sicarios declaró que no los vio por lo que no podía decir nada al respecto.

Mediante audiencia de juicio oral celebrada el 05 de octubre de 2012, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena con Funciones de Conocimiento en Descongestión, resolvió absolver al señor Arley Guerra⁶⁰, en virtud a una solicitud de absolución perentoria presentada por la Fiscalía toda vez que los testigos no se hicieron presentes.

Así las cosas, para esta Sala, el Juez de Control de Garantías, al tener de presente estos informes y entrevistas, como material probatorio aportado por la Fiscalía, a manera de sustento de la solicitud de imposición de la medida privativa de la libertad, debió por medio de la sana crítica, determinar que los mismos no constituían elementos de prueba que permitieran arribar que el indiciado configuraba un peligro para la sociedad, y por el contrario, asumiendo una posición peligrosista, concluyó de forma infundada, que por tener anotaciones en el SPOA anteriores relacionadas con delitos a los endilgados se podía inferir que continuaba en la actividad delictiva como es

⁵⁹ Fol. 93-95 cdno 1 (Doc.102-104 exp. Digital)

⁶⁰ Fols. 132 cdno 1 (Doc.144 exp. Digital)

el porte de armas.

Hace énfasis la Sala, que el actor no fue capturado en el lugar de los hechos, por otro lado, los policías no eran testigos presenciales como se señaló y simplemente contaban con la información suministrada por algunas personas sin que mediara una mínima identificación del aquí demandante; ni le fue encontrada arma de fuego alguna. Adicionalmente, es importante resaltar que a lo largo de la investigación no se solicitó la prueba de absorción atómica para verificar que efectivamente el aquí demandante hubiera accionado el arma de fuego.

5.5.2.1.1 Análisis de responsabilidad de la Nación - Fiscalía General de la Nación.

Teniendo en cuenta que, la Fiscalía General de la Nación alegó la responsabilidad de la Rama Judicial, en cuanto fue esta a través del Juez de Control de Garantías quien impuso la medida de aseguramiento.

Conviene señalar que las actuaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación se encuentran amparadas por la función constitucional que le fue asignada en el artículo 250 de la Constitución Política, según el cual:

“ARTICULO 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías

No obstante, la normativa penal -Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004- le impone, además, una serie de obligaciones que debe acatar para el correcto ejercicio de dicha función constitucional, es por ello que, por ejemplo, se prevé que:

*“En caso de duda sobre la procedencia de la apertura de la instrucción, **la investigación previa tendrá como finalidad** determinar si ha tenido ocurrencia la conducta que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades, si está descrita en la ley penal como punible, si se ha actuado al amparo de una causal de ausencia de responsabilidad, si cumple el requisito de procesabilidad para iniciar la acción penal y para **recaudar las pruebas indispensables para lograr la individualización o identificación de los autores o partícipes de la conducta punible**”⁶¹.*

Mediante providencia de sustanciación, el Fiscal General de la Nación o su delegado, dispondrá la apertura de instrucción indicando los fundamentos de la

⁶¹ Ley 600 de 2000, artículo 322.

decisión, las personas por vincular y las pruebas a practicar.

La instrucción tendrá como fin determinar: (...)

2. Quién o quiénes son los autores o partícipes de la conducta punible. (...) ⁶²

La Fiscalía General de la Nación estará obligada a verificar la correcta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales (...) ⁶³.

Resulta necesario decir, el representante del ente acusador conforme al ordenamiento jurídico vigente le imponía la obligación, de que en caso que durante el transcurso de la investigación de la noticia criminal, en el estudio de los elementos materiales de prueba, no se logre determinar, respecto de la comisión de la conducta, la posible autoría del detenido, debía desistir de la imputación, esto para no seguir afectando los derechos fundamentales del privado de la libertad.

Encuentra esta Sala que, desde el momento en que se estudió la legalización de la captura existían dudas sobre la identificación de la persona capturada, contando solo la entidad con los informes de Policía que además no fueron ratificados pese a los múltiples requerimientos que se efectuaron a los patrulleros que dieron captura y presentándose inconsistencias en sus declaraciones al no estar presente al momento de los hechos. Adicionalmente, coincide esta Sala en que, el demandante fue capturado metros más adelante del lugar de los hechos, por manifestaciones de la comunidad, pero ninguno de estos integrantes se presentó al proceso penal en sus diferentes etapas para identificar a quien se le imputaba haber realizado el delito de homicidio. Así mismo, no se llamó después del 24 de febrero de 2012, en que el PT Plaza Córdoba manifiesta que no estuvo presente al momento de la captura del señor Guerra Mazo, sino que fue su compañero Ortega Arrieta junto con un compañero de apellido San Martín y este último no fue llamado a la investigación para conocer su dicho.

Como quiera que en la investigación no se pudo obtener el arma de fuego con el cual se cometió el homicidio del que se acusó al señor Arley Guerra que permitiera razonablemente deducir que había participado en la comisión del delito, ni se le practicó la prueba que llevara a inferir que hubiese usado esta arma, por lo que al final del proceso llevó a la conclusión de la absolución del aquí demandante.

Así las cosas, el ente acusador no cumplió íntegramente con su deber de identificar plenamente al indiciado, o en su defecto, recaudar el suficiente material probatorio que infiriera la participación de este en los delitos que se endilgaron.

⁶² Ley 600 de 2000, artículo 331.

⁶³ Ley 906 de 2004, artículo 128.

Por lo tanto el Fiscal del caso, estaba en la obligación de realizar un control previo de las circunstancias fácticas y de las pruebas, para determinar que no había fundamentos para que en realidad pudiera prosperar la acción penal, por lo que se configura la falla en el servicio de la administración de justicia, tanto porque se inició una acción penal sin la evidencia suficiente para sustentar la imputación del capturado, como cuando el ente acusador, decide radicar el escrito de acusación sin los fundamentos para ello, máxime que posteriormente a la radicación de este, decidió solicitar la absolución perentoria por no haber recaudado el material probatorio que permitiera sustentarla apropiadamente como fueron los testimonios de los patrulleros.

5.5.2.2.2 Análisis de responsabilidad de la Nación - Rama Judicial

Al respecto, cabe manifestar que la normativa penal -Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004- establecen que:

“Las decisiones judiciales proferidas dentro del proceso penal serán la expresión del ejercicio de la función constitucional de administrar justicia. Los funcionarios judiciales serán independientes y autónomos⁶⁴.

En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia⁶⁵.”

Asimismo, se contempla que *“Toda sentencia contendrá: (...) 2. La identidad o individualización del procesado”⁶⁶.*

Lo anterior, corresponde a imperativos que se deben acatar al ejercer la función pública de administrar justicia, en particular al proferir una sentencia, y su inobservancia acarrea, como lo consagra el artículo 90 de la Constitución Política y el artículo 65 de la Ley 270 de 1996, la declaratoria de responsabilidad del Estado *“por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales”*.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado de manera reiterada que no solo compete a la Fiscalía General de la Nación realizar todas las labores tendientes a la plena identificación e individualización de los autores o partícipes de una conducta penal, sino que también recaen en el juez de la causa las obligaciones de revisar de forma completa las piezas procesales, a fin de desvirtuar la presunción de inocencia que recae sobre el imputado, y verificar que quien se vinculó al proceso efectivamente fuese el autor o partícipe del delito⁶⁷.

⁶⁴ Ley 600 de 2000, artículo 12.

⁶⁵ Ley 906 de 2004, artículo 5

⁶⁶ Ley 600 de 2000, artículo 170.

⁶⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Bogotá D.C., cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)., Radicación

Así las cosas, era dable que el Juez Décimo Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías en la audiencia de legalización de captura celebrada el 07 de enero de 2012, en contra del señor Arley Guerra Mazo, advirtiera sobre la falta de identificación e individualización por parte del ente acusador de la persona que se estaba imputando, máxime si solo se contaba con los informes de Policía que tal y como se evidencia en párrafos anteriores, fueron generales y no determinaban que se tratara del aquí demandante.

Dadas las consideraciones expuestas en precedencia, respecto del juicio de imputación, la Sala encuentra responsables de manera conjunta y en los porcentajes establecidos por el A-quo, a la Nación Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial, a título de falla en el servicio, por haber identificado, individualizado y acusado erróneamente al demandante como participe de una serie de delitos que no se demostró haber cometido, es decir, hubo unas fallas en la actuación penal en cada uno de los entes que representan al estado que llevaron a que el señor Guerra Mazó estuviera privado de la libertad, sin que él con su conducta hubiese dado lugar a dicha detención, tal como lo dejó establecido de manera clara el juez de primera instancia.

Finalmente, como quiera que se analizaron los argumentos expuestos en el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, y los mismos fueron denegados por esta Corporación, se procederá a confirmar la decisión impugnada en cuanto a la imputación en contra de las aquí demandadas.

Ahora en relación, con la solicitud de aclaración de la sentencia presentada por la Fiscalía General de la Nación respecto a la forma en que debe ser pagada la condena impuesta, no existe ningún punto que deba ser objeto de aclaración producto de una duda o contradicción entre los considerandos y la resolutive del fallo de primera instancia, puesto que, la condena es solidaria con las repercusiones que ello implica, solo que las sumas a pagar por concepto de perjuicios le corresponde a la Nación- Rama Judicial en un 60% y a la Fiscalía General en un 40%, y si alguna de ellas paga la totalidad por la solidaridad, tiene derecho a repetir frente a la otra sobre el porcentaje que no le corresponde cancelar.

5.6. Liquidación de perjuicios

Ahora bien, las partes demandadas sustentaron su recurso de alzada, en contra del reconocimiento de los perjuicios de la siguiente forma:

La Fiscalía se opuso al reconocimiento de los perjuicios morales por cuanto

número: 47001-23-31-000-2011-00400-01(61800), Actor: JORGE ENRIQUE BRICEÑO SUÁREZ Y OTROS, Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS

indicó que no se probaron los daños, por ende, no había lugar a la concesión de estos. Frente a los honorarios del abogado, adujo que el contrato de prestación de servicios, ni el certificado expedido por el profesional del derecho, son plena prueba de su pago efectivo.

Por su parte, la Rama Judicial frente a los honorarios del abogado indicó que dicha prueba se encuentra sometida al Estatuto Tributario en cuanto a su facturación y pago, y no se demostró que el abogado haya facturado sus servicios, ni el pago efectivo de los mismos. Con relación al lucro cesante la tesis aplicada por el A-quo solo aplica para dependientes, sin que se demostrara que la víctima tenía empleo y lo perdió con ocasión a los hechos.

En ese orden de ideas, la Sala se pronunciará solo frente a los daños morales, daño emergente y lucro cesante, conforme a los motivos de las apelaciones.

5.6.1. Perjuicios morales

En primer lugar, se establece que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado aun en los eventos que se apela la declaratoria de responsabilidad le es imperativo al magistrado revisar los perjuicios reconocidos en primera instancia ⁶⁸, en ese orden de ideas, se procederá a realizar el estudio de los mismos.

La reparación en consonancia con los últimos postulados de unificación del Consejo de Estado⁶⁹ establece.

“El Consejo de Estado en la providencia analizada, como aspectos novedosos ilustró que, de ahora en más, en relación con la víctima directa de la detención, tanto si se trata de una privación de la libertad en establecimiento carcelario, como si se trata de detención domiciliaria, la sola prueba de la privación de la libertad constituirá presunción de perjuicio moral para ella. con respecto a los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero (a) permanente, la prueba de tales calidades también comportará presunción de perjuicio moral para ellos. en relación con las demás víctimas indirectas, la prueba del parentesco no será una presunción del perjuicio moral. en tales casos, el juez deberá determinar si el interesado cumplió la carga de acreditar el perjuicio moral derivado de la existencia de una relación estrecha con el detenido, de la cual pueda inferirse la presencia de un perjuicio moral indemnizable.”⁷⁰

Del mismo análisis el máximo Tribunal Contencioso se refirió a las reglas de tasación a regir, bajo los siguientes términos.

“En lo que respecta a la tasación de la indemnización, se fijaron nuevos montos tanto para la víctima directa del menoscabo, como para sus seres más allegados y demás

⁶⁸ Sala Plena de la Sección Tercera del 9 de febrero de 2012, expediente 20104

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 2006-00178 de noviembre 29 de 2021 unificación. Rad. 18001-23-31-001-2006-00178-01 (46681), Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz.

⁷⁰ ibidem

terceros con interés de manera que, si la privación de la libertad tuvo una duración igual o inferior a un mes, se estableció que el monto a indemnizar será equivalente a cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes. ahora bien, si la privación tuvo una duración superior a un mes, por cada mes adicional transcurrido, sin importar el número de días que tenga el mes, se fijó cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Con todo, se aclaró que, por cada día adicional al último mes transcurrido, se pagará una fracción equivalente a 0,166 salarios mínimos mensuales legales vigentes, valor éste que se obtuvo de dividir cinco (5) smmlv por 30."⁷¹

Y respecto de los parientes afectados, la regla es:

*"Finalmente, la alta corte consagró que los parientes en el primer grado de consanguinidad del preso, su cónyuge o su compañero (a) permanente recibirán el 50% de lo que le corresponda a la víctima del menoscabo. Mientras que, los demás demandantes, cuando logren acreditar los perjuicios morales, recibirán como máximo el 30% de lo que le corresponda a la víctima directa de la medida privativa."*⁷²

De conformidad con los anteriores parámetros, los topes de indemnización de perjuicios morales para la víctima directa son los siguientes:

Duración de la privación	Víctima directa en SMLMV
Entre un día y un mes	Suma fija de 5 SMLMV
Hasta 2 meses	Hasta 10 SMLMV
Hasta 3 meses	Hasta 15 SMLMV
Hasta 4 meses	Hasta 20 SMLMV
Hasta 5 meses	Hasta 25 SMLMV
Hasta 6 meses	Hasta 30 SMLMV
Hasta 7 meses	Hasta 35 SMLMV
Hasta 8 meses	Hasta 40 SMLMV
Hasta 9 meses	Hasta 45 SMLMV
Hasta 10 meses	Hasta 50 SMLMV
Hasta 11 meses	Hasta 55 SMLMV
Hasta 12 meses	Hasta 60 SMLMV
Hasta 13 meses	Hasta 65 SMLMV
Hasta 14 meses	Hasta 70 SMLMV
Hasta 15 meses	Hasta 75 SMLMV
Hasta 16 meses	Hasta 80 SMLMV

⁷¹ Ibidem.

⁷² Ibidem.

Hasta 17 meses	Hasta 85 SMLMV
Hasta 18 meses	Hasta 90 SMLMV
Hasta 19 meses	Hasta 95 SMLMV
20 meses o más	Hasta 100 SMLMV

Para las víctimas indirectas, los topes máximos de indemnización se determinan a partir del monto reconocido a la víctima directa, de la siguiente manera:

a.- A los **parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, el cincuenta por ciento (50%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

b.- A los **demás demandantes**, cuando acrediten los perjuicios morales, el **treinta por ciento (30%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

En el presente asunto, el juez de primera instancia profirió su decisión en atención los criterios jurisprudenciales que precedían⁷³ antes de la Sentencia de Unificación de 29 de noviembre de 2021, no obstante, en este trámite, la Sala procederá a modificar el fallo con arreglo al criterio reciente⁷⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso concreto, de las pruebas arrojadas al expediente, se encuentra probado que el señor ARLEY ALEXIS GUERRA MOZO estuvo privado de su libertad desde el 06 de enero de 2012 al 05 de octubre de 2012, es decir, por un período total de 8 meses y 28 días en detención preventiva en establecimiento carcelario. En tal medida, al señor ARLEY ALEXIS GUERRA MOZO le corresponde el equivalente a 44,6 SMLMV⁷⁵.

Se allegó registro civil de nacimiento del señor ARLEY ALEXIS GUERRA MOZO, en el que figuran como padres los señores Claudia Patricia Mazo Acevedo⁷⁶ y Humberto de Jesús Guerra Zapata⁷⁷, y este último es quien efectúa el registro⁷⁸, para estos dos demandantes procede de conformidad con lo expuesto y la presunción de haber padecido la zozobra de ver a su hijo y padre privado de la libertad, por lo que les será reconocido a cada uno lo que corresponde a

⁷³ Sentencia de unificación CE. de fecha 28 de agosto de 2013

⁷⁴ "Por último, la Sección Tercera precisó la forma en que debían implementarse las reglas establecidas en la Sentencia de unificación de 29 de noviembre de 2021, según lo cual, en las demandas presentadas a partir de la ejecutoria de la Sentencia de unificación, la aplicación de las reglas para el reconocimiento y la liquidación del perjuicio moral será inmediata, al igual que para las demandas presentadas antes del 28 de agosto de 2013, como ocurre en este caso." CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata, Bogotá D.C., 4 de agosto de 2022, Radicación: 05001-23-31-000-2010-00869-01 (54.840)

⁷⁵ El cual resulta de dividir 0,166 SMLMV por 28 días que transcurrieron del mes

⁷⁶ *ibidem*

⁷⁷ *ibidem*

⁷⁸ Fol. 26 rev cdno 1 (Doc. 31 exp. Digital)

22,3 SMLMV.

En cuanto al hermano, señor Brahian Steven Guerra Mazo, quien es el hermano de ARLEY ALEXIS GUERRA MOZO, por cuanto no se probó un vínculo estrecho que diera cuenta de la afectación que le acarreó la privación de su familiar, no podrá la Sala reconocerle perjuicio moral alguno, por lo que se procederá a revocar el perjuicio decretado a su favor.⁷⁹

Así las cosas, en virtud a lo antes expuesto, se modificará lo reconocido en las siguientes cantidades por concepto de daño moral:

Demandante	Parentesco	Monto reconocido
Arley Alexis Guerra Mozo	Victima directa	44,6 SMLMV
Claudia Patricia Mazo Acevedo	Madre	22,3 SMLMV
Humberto de Jesús Guerra Zapata	Padre	22,3 SMLMV

5.6.2. Perjuicios materiales – Lucro cesante.

La Sección Tercera del Consejo de Estado unificó los lineamientos para el reconocimiento de los perjuicios materiales, por concepto de lucro cesante, en los casos de privación injusta de la libertad, de la siguiente forma⁸⁰:

“Presupuestos para acceder al reconocimiento del lucro cesante

*“Por concepto de lucro cesante sólo se puede conceder **lo que se pida en la demanda**, de forma tal que **no puede hacerse ningún reconocimiento oficioso** por parte del juez de la reparación directa; así, lo que no se pida en la demanda no puede ser objeto de reconocimiento alguno.*

*“**Todo daño y perjuicio que el demandante pida que se le indemnice por concepto de lucro cesante debe ser objeto de prueba suficiente** que lo acredite o, de lo contrario, no puede haber reconocimiento alguno (artículos 177 del C. de P. C. y 167 del C.G.P.⁸¹).*

⁷⁹ Al respecto el Consejo de Estado: “Adicionalmente, precisó que para las demás demandantes, en caso de acreditar los perjuicios morales, el máximo que se aplicaría sería del 30%. No obstante, indicó que para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas, “la cuantificación deberá estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso”. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata Bogotá D.C., 4 de agosto de 2022 Radicación: 05001-23-31-000-2010-00869-01 (54.840).

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 18 de julio de 2019, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp: 44572

⁸¹ 6 Para la Corte Constitucional (sentencia T-733 de 2013): ‘La noción de carga de la prueba ‘onus probandi’ es una herramienta procesal que permite a las partes aportar los elementos de prueba para acreditar los hechos que alega el demandante o las excepciones propuestas por el demandando. Su aplicación trae como consecuencia que aquella parte que no aporte la prueba de lo que alega soporte las consecuencias. Puede afirmarse que la carga de la prueba es la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla cuando no ‘el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no (sic) existencia de un hecho afirmado’, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero’”.



“Así, para acceder al reconocimiento de este perjuicio material en los eventos de privación injusta de la libertad debe haber **prueba suficiente que acredite que, con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos...**

Parámetros para liquidar el lucro cesante:

“(…)

“2.2.2 Ingreso base de liquidación

“El ingreso base de liquidación deber ser lo que se pruebe fehacientemente que devengaba la víctima al tiempo de su detención, proveniente del ejercicio de la actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos.

“Para que la prueba del ingreso sea suficiente, debe tenerse en cuenta que, si se trata de un empleado, se debe acreditar de manera idónea el valor del salario que recibía con ocasión del vínculo laboral vigente al tiempo de la detención; al respecto, debe recordarse que los artículos 232 (inciso segundo) del Código de Procedimiento Civil y 225 del Código General del Proceso señalan que: “Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión” (negritas de la Sala).
(…)

“2.2.4 Incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales

“Se puede reconocer un incremento del 25% al ingreso base de liquidación, por concepto de prestaciones sociales, siempre que: i) así se pida en la demanda y ii) se pruebe suficientemente que el afectado con la medida **trabajaba como empleado al tiempo de la detención**, pues las pretensiones sociales son beneficios que operaran con ocasión de una relación laboral subordinada .

“Así, se **debe acreditar la existencia de una relación laboral subordinada**, de manera que **no se reconoce el incremento en mención cuando el afectado directo con la medida de aseguramiento sea un trabajador independiente**, por cuanto, se insiste, las prestaciones sociales constituyen una prerrogativa en favor de quienes tienen una relación laboral subordinada, al paso que los no asalariados carecen por completo de ellas”.

Con la demanda solo se allegaron dos declaraciones extraproceso de los señores Marisol Moreno Parra y Estella de Jesús Parra Granda, quienes manifiestan que a raíz de la privación de la libertad del señor Arley, este perdió su empleo quedando desprotegida su familiar, debido a que el demandante velaba por todos ellos.

Ahora bien, conforme a la jurisprudencia en cita, no le es dable al juez reconocer de oficio lo que no esté debidamente probado, en ese orden de ideas, **“Todo daño y perjuicio que el demandante pida que se le indemnice por concepto de lucro cesante debe ser objeto de prueba suficiente** que lo acredite o, de lo contrario, no puede haber reconocimiento alguno (artículos 177 del C. de P. C. y 167 del C.G.P.⁸²).”. Así las cosas, al no

⁸² 6 Para la Corte Constitucional (sentencia T-733 de 2013): ‘La noción de carga de la prueba ‘onus probandi’ es una herramienta procesal que permite a las partes aportar los elementos de prueba para acreditar los hechos que alega el demandante o las excepciones propuestas por el demandando. Su aplicación trae como consecuencia que aquella parte que no aporte la prueba de lo que alega soporte las consecuencias. Puede afirmarse que la carga de la

demostrarse que al momento de la detención estuviera empleado o devengara ingreso alguno, no es dable presumir como lo afirmó el A-quo que devengaba el salario mínimo.

Bajo los anteriores argumentos, se revocará lo reconocido por el juez de primera instancia, por concepto de este perjuicio.

5.6.1. Perjuicios materiales – Daño emergente.

Sobre este punto también se pronunció la sentencia de unificación del 18 de julio de 2019, expediente 44.572, así:

"(...) en los eventos de privación injusta de la libertad, cuando el demandante pretenda obtener la indemnización del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales cancelados al abogado que asumió la defensa del afectado directo con la medida dentro del proceso penal, quien haya realizado el pago deberá aportar: i) la prueba de la real prestación de los servicios del abogado y ii) la respectiva factura o documento equivalente expedido por éste, en la cual se registre el valor de los honorarios correspondientes a su gestión y la prueba de su pago, de suerte que, si solo se aporta la factura o solo se allega la prueba del pago de la misma y no ambas cosas, no habrá lugar a reconocer la suma pretendida por concepto de este perjuicio. "Ahora, si se prueba la prestación de los servicios por parte del abogado y se aportan tanto la factura como la prueba de su pago, pero no coinciden los valores expresados en ambos, se reconocerá por este concepto el menor de tales valores. ""En todo caso, dada la naturaleza cierta y personal de este tipo de perjuicio, la indemnización por concepto del daño emergente por pago de honorarios profesionales sólo se reconocerá en favor del demandante que lo pida como pretensión indemnizatoria de la demanda, quien, además, deberá acreditar idóneamente, conforme a lo dicho en precedencia, que, en efecto, fue quien realizó el pago".

Atendiendo lo estipulado por el Tribunal de cierre, esta pretensión también se revocará toda vez que no existe la prueba del pago al abogado y la factura o documento expedido por este, por cuanto según la jurisprudencia en cita si no se aporta ambas no hay lugar a reconocer dicho perjuicio. Así las cosas, el certificado que obra a folio 29 cdno 1, no es prueba fehaciente de los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para su reconocimiento.

En ese orden de ideas, revocará el ordinal 3.2. de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia correspondiente al reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante. Respecto a lo demás se confirmará

5.5 De la condena en costas.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés*

prueba es la obligación de 'probar', de presentar la prueba o de suministrarla cuando no 'el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no (sic) existencia de un hecho afirmado', de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero".

público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil". A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala no impondrá en el caso concreto, porque los recursos de alzada les fueron parcialmente favorables a las demandadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO (3) de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia correspondiente al reconocimiento de perjuicios por concepto de daño moral, el cual quedará así:

"TERCERO. Como consecuencia CONDENAR en forma solidaria a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN al pago de los siguientes perjuicios:

3.1 por concepto de perjuicios morales:

3.1.1 A favor del señor ARLEY ALEXIS GUERRA MAZO (víctima directa), el equivalente a (44,6) SMLMV.

3.1.2 A favor del señor CLAUDIA PATRICIA MAZO ACEVEDO (madre), el equivalente a (22,3) SMLMV.

3.1.3 A favor del señor HUMBERTO DE JESÚS GUERRA ZAPATA (padre), el equivalente a (22,3) SMLMV.

SEGUNDO: REVOCAR el ORDINAL 3.2. correspondiente al reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

CUARTO: ABSTENERSE de aclarar la providencia de primera instancia, por lo expuesto en la parte considerativa de este fallo.

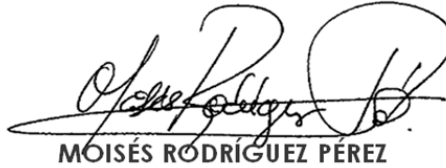
QUINTO: ABSTENERSE DE CONDENAR en costas a las partes demandadas, por cuanto los recursos de alzada les fueron parcialmente favorables.

SEXTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones en los sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.023 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ