

13001-33-33-007-2017-00056-02

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13001-33-33-007-2017-00056-02
Accionante	LEONOR RAMÍREZ DE VILLAREAL
Accionadas	MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL
Tema	RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – FALLA EN EL SERVICIO
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la sala de Decisión Bolívar No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar, a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha catorce (14) de febrero del dos mil diecinueve (2019)¹ proferida por el Juzgado Séptimo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA.²

3.1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.³

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

El señor Nelson Enrique Villareal Orozco nació el día 2 de septiembre de 1954, en el Municipio de Armenia- Quindío, era pensionado por la Caja de Sueldo de Retiro de la Policía Nacional mediante Resolución No. 5419 del 13 de agosto de 1998.

¹ Folios 107-117, consecutivo 01, cuaderno 1 del expediente digital.

² Folios 1-22, consecutivo 01, cuaderno 1 del expediente digital.

³ Folios 9-14 ibidem.

13001-33-33-007-2017-00056-02

El día 20 de noviembre de 1999, el señor Nelson Enrique Villareal Orozco se encontraba sentado en la terraza de su casa, ubicada en el perímetro urbano del Municipio de Zambrano- Bolívar, a ese lugar llegaron cinco personas obligando al señor Villareal a embarcarse en un automotor, llevándoselo con rumbo desconocido, se afirma en la demanda que, hasta la fecha de presentación de la misma, aun se encontraba desaparecido.

La señora Leonor María Ramírez, cónyuge del señor Villareal y sus hijos, hicieron las diligencias pertinentes para dar con la localización del señor Nelson Villareal, sin embargo, sus esfuerzos fueron infructuosos. El 22 de noviembre de 1999, presentaron denuncia por el delito de desaparición forzada ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Zambrano.

Luego de ello decidieron dar parte a las autoridades competentes, Fiscalía, CTI y Policía Nacional, pero estas, no desplegaron ninguna operación para dar con el paradero del señor Nelson Enrique Villareal Orozco.

La señora Leonor María Ramírez de Villareal promovió demanda de muerte por desaparecimiento forzoso de su cónyuge Nelson Enrique Villareal Orozco, ante el Juez Promiscuo de Familia del Carmen de Bolívar, la misma fue fallada el día 16 de octubre de 2003, accediendo a la declaración de muerte presunta.

3.1.2. Las pretensiones de la demanda.⁴

Se solicita que mediante sentencia se declare lo siguiente:

(i) Que se declare a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, es administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios ocasionados a cada uno de los demandantes por la desaparición forzada del señor Nelson Enrique Villareal Orozco el día 20 de diciembre de 1999.

(ii) Que conforme a la declaración anterior se solicita se condene a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa - Policía Nacional a indemnizarlos por los siguientes conceptos;

POR DAÑOS MORALES:

⁴ Folios 7-8 íbidem.

13001-33-33-007-2017-00056-02

- En calidad de cónyuge reconocer a la señora Leonor María Ramírez de Villareal la suma de 87 SMLMV.

Por los hijos:

- Yohany María Villareal Ramírez la suma de 87 SMLMV.
- Patricia Leonor Villareal Ramírez la suma de 87 SMLMV.
- Nelson Enrique Villareal Ramírez la suma de 87 SMLMV.

PERJUICIOS MATERIALES

LUCRO CESANTE:

- En calidad de cónyuge reconocer a la señora Leonor María Ramírez de Villareal la suma de 87 SMLMV.

Por los hijos:

- Yohany María Villareal Ramírez la suma de 87 SMLMV.
- Patricia Leonor Villareal Ramírez la suma de 87 SMLMV.
- Nelson Enrique Villareal Ramírez la suma de 87 SMLMV.

3.1.3. Fundamento normativo de la responsabilidad estatal⁵

El concepto de la violación lo sustenta la parte demandante en el inciso 2, numeral 8 del artículo 163 C.C.A, inciso 2 adicionado por el artículo 7 de la Ley 598 de 2000, artículos 11, 12, 13, 15, 87, 93, 85, 94, 28, 2, 90 de la Constitución Política; artículo 197 del Decreto 1211 de 1998, Ley 1437 de 2011, artículo 155 del Código Contencioso Administrativo.

Además, indicó el Estatuto de Personal de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares, artículo 3, 9, 10, 23, Ley de Víctimas 1448 de 2011, Ley 74 de 1968, artículos 5, 7, 17, 24, 25, 63 de la Ley 19 de 1972 y Ley 288 de 1996.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁶

El apoderado judicial de la Nación – Ministerio De Defensa – Policía Nacional, presentó escrito de contestación de la demanda y se opone a las pretensiones de la misma.

⁵ Folios 17-18 ibidem.

⁶ Folios 60-67, consecutivo 01, cuaderno 1 del expediente digital.

13001-33-33-007-2017-00056-02

Indicó que en los casos en los cuales se alega la omisión de protección, se reitera la necesidad del requerimiento anterior y especial de protección a favor de la víctima; aclara que en el supuesto que sea una zona denominada como de orden público, no se permite suponer la existencia de un peligro inminente para la integridad de la víctima.

Afirmó que en el sub judice, no se da los requisitos exigidos por la jurisprudencia, para que se dé una declaratoria de responsabilidad de la Policía Nacional por omisión de protección, pues no se demostró que previamente a su fallecimiento, el señor Nelson Enrique Villareal Ramírez, o su familia; hayan solicitado a la Policía Nacional protección especial por amenazas contra su vida y, que la institución policial a su vez; se haya negado a proporcionársela, así como tampoco se encontró probado que el mismo perteneciera a un grupo vulnerable o existiera un riesgo constante contra su vida o, que por su ejercicio profesional las autoridades tuvieran conocimiento de peligros sobre su vida.

Además, alegó la configuración de la causal de exoneración de responsabilidad patrimonial, como lo es el hecho de un tercero.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.⁷

Mediante sentencia de fecha catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019) el Juzgado Séptimo Oral administrativo de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda.

Consideró el Juez que, en el presente caso, la parte demandante debió demostrar que antes de la configuración del hecho dañino, puso en conocimiento a la demandada, de la eminencia del peligro y la existencia de un conocimiento generalizado de una situación de orden público que afectaría a los actores y, a pesar de precaver el daño, la accionada no desplegó ninguna actuación a fin de evitar la configuración del mismo.

También manifestó, que las pruebas del contexto de violencia de la zona no son suficientes para comprometer la responsabilidad estatal, porque no se cuenta con ningún respaldo probatorio que dé cuenta de las denuncias que se instauraron y la inoperancia de la entidad para dar con el paradero del actor.

⁷ Folios 107-117, consecutivo 01, cuaderno 1 del expediente digital.

13001-33-33-007-2017-00056-02

3.4. EL RECURSO DE APELACIÓN.⁸

El apoderado de la parte demandante presenta recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, argumentando que en el caso sub-examenen, la señora Leonor María Ramírez de Villareal y sus hijos, sufrieron un daño antijurídico que debe ser reparado integralmente por parte del Estado, por la protección de la vida, honra y bienes de los colombianos ya que es uno de los fines de la Nación, bajo la modalidad del Estado Social de Derecho y, por los derechos de las víctimas en el marco internacional humanitario.

Agrega que el Consejo de Estado, ha precisado que toda violencia a los derechos humanos genera la obligación ineludible de reparar integralmente a las víctimas, derivado de dicho quebrantamiento de la posición de garante que tiene el Estado. En ese sentido, manifiesta que es completamente errada la decisión tomada por el juez de primera instancia, ya que, en ningún momento, tuvo en cuenta la sentencia de desaparición forzada y la denuncia penal presentada por la actora para resolver el caso en concreto, que evidencia la omisión la en el actuar de la accionada.

Con respecto a la falla por omisión en el servicio, establece la actora, que se sustenta en la negligencia, desidia y abandono de la accionada porque no investigó ni utilizó sus tropas especiales para la búsqueda del desaparecido. Afirmó que la institución estatal cuenta con un organismo jurisdiccional como es la Justicia Penal Militar, que tiene su cuerpo de investigación y de inteligencia, que no se pusieron en funcionamiento a fin de dar con el paradero del señor Villareal.

También manifiesta que, la negligencia fue tanta, que la Policía Nacional no le prestó ayuda psicológica o económica a la actora, con el fin de que ella y su grupo familiar se sintieran apoyado, por el contrario, la entidad demandada fue indolente y no les importó el sufrimiento, ni la angustia de las víctimas.

Con referencia a la imputación, señaló en el recurso de alzada, que al ser el señor Villareal un pensionado de la Policía Nacional, se debió desplegar las fuerzas especiales disponibles para su búsqueda, por ser un miembro de la Policía Nacional, agrega, que conforme a la posición de garante surge el

⁸ Folios 120-131, consecutivo 01, cuaderno 1 del expediente digital.

13001-33-33-007-2017-00056-02

estudio de la responsabilidad en la falla del servicio al régimen de responsabilidad objetivo en donde predomina la culpa por la negligencia de la accionada quien tenía la obligación de velar por la protección de un miembro activo de su institución.

Finalmente, invita el apoderado de la actora, que la Sala analice la manera como el agente de la Policía Nacional intervino en audiencia pública de fecha 14 de febrero del año 2019 a las 9:00 a.m. fijada por el juez de primera instancia, quien fungió como abogado de dicha entidad, arguye que no estamos en un proceso ante la Justicia Penal Militar y, en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no podía ejercer la defensa de la accionada, por cuanto se encuentra en una inhabilidad.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

Con auto de fecha veintisiete (27) de mayo de dos mil diecinueve (2019)⁹ se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

Mediante auto de veinticinco (25) de octubre de dos mil diecinueve (2019)¹⁰ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.6. ALEGACIONES

La parte demandante presentó alegatos de conclusión, reiterado lo expresado en el recurso de apelación.¹¹

El Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional presentó alegatos de conclusión ratificando la contestación de la demanda.¹²

3.7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207

⁹ Folio 5, consecutivo 03, cuaderno 3 del expediente digital.

¹⁰ Folio 11 consecutivo 03, cuaderno 3 del expediente digital.

¹¹ Folios 19-23 consecutivo 03, cuaderno 3 del expediente digital.

¹² Folios 24-30 consecutivo 03, cuaderno 3 del expediente digital.

13001-33-33-007-2017-00056-02

CPACA, en esos términos y comoquiera que no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la Ley”*.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que en el presente asunto se debe resolver el siguiente problema jurídico:

¿Existe responsabilidad administrativa y patrimonial de la Policía Nacional frente a los perjuicios sufridos por los demandantes, en razón de la presunta omisión en la que incurrió la accionada por no investigar la desaparición forzada del señor Nelson Enrique Villareal Orozco ni desplegar actividades o mecanismos de búsqueda que permitieran ubicarlo y dar con su paradero?

5.3. TESIS DE LA SALA

La Sala de Decisión sustentará que no se acreditó la imputabilidad ni desde el punto de vista fáctico ni jurídico de los daños irrogados a los demandantes por parte de la Policía Nacional, como quiera que no se probó que fueran agentes de esa entidad los que incurrieran en ese ilícito, o que se haya consumado el delito por su aquiescencia o bien por negligencia en el ejercicio de sus funciones, y de otra parte, la Policía Nacional no era la

13001-33-33-007-2017-00056-02

responsable de activar los mecanismos de búsqueda pertinentes sino eso era responsabilidad de la autoridad judicial conforme lo establece la Ley 971 de 2005.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.4.1.- De la responsabilidad patrimonial del Estado.

La Constitución Política establece en el inciso 1º del artículo 90¹³, la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado.

Del enunciado en cita, se concluyen dos elementos que estructuran la responsabilidad administrativa, a saber: (i) la existencia de un daño antijurídico; (ii) La imputabilidad de ese daño a una acción u omisión de la autoridad pública.

Sobre los elementos de la Responsabilidad Estatal, el Consejo de Estado¹⁴, ha manifestado que, para que esta sea declarada, es necesaria la configuración de ambos elementos, es decir que, que debe quedar demostrado el daño antijurídico y la imputación fáctica y jurídica de este a la administración pública.

5.4.1.1.- El daño.

Sobre el daño antijurídico, en reciente sentencia¹⁵ de la máxima autoridad contenciosa, en la que se dirimió un caso similar al asunto de marras, señalo:

"El daño, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) por que sea "irrazonable", en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

En cuanto al daño antijurídico, la Corte Constitucional¹⁶, ha señalado que la "(...) antijuricidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la administración sino de la soportabilidad del daño por parte de la víctima"

¹³ "Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culpable de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este."

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de marzo de 2012. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero. Expediente No. 22163.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 30 de mayo de 2018, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Expediente No. 43556.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

13001-33-33-007-2017-00056-02

Además, debe cumplir con ciertas características, tales como ser cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹⁷, anormal¹⁸ y debe tratarse de una situación protegida¹⁹."

5.4.1.2.- La imputación.

El Consejo de Estado ha definido la imputabilidad de la siguiente manera:

*"La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)."*²⁰

De igual forma, la Alta Corporación ha dicho:

*"Todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del **principio de imputabilidad**, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica".*²¹

Así, en cuanto al juicio de imputación, resulta necesario destacar que la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular; por tanto, en cada caso, debe determinarse, una vez demostrado plenamente el daño y su antijuridicidad, si la imputabilidad a la entidad pública deriva de una falla del servicio o si, aún en ausencia de ella, surge alguna circunstancia que en forma objetiva conlleve a la responsabilidad del Estado; por ejemplo, el riesgo excepcional a que lícitamente se somete a los administrados²².

De modo que, tratándose de uno u otro régimen, la posibilidad de imputar al Estado la causación de un determinado daño conlleva la necesidad de demostrar que el mismo tuvo algún nexo con el servicio público, esto es, la acción adecuada (responsabilidad objetiva) o inadecuada (falla del servicio) que desplegó la administración, pues es aquella circunstancia la que permite hacerla responsable de la conducta de sus agentes, a través de quienes necesariamente actúa. Entonces, para que pueda predicarse la

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

¹⁸ (...) por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio".

Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente: 12166.

¹⁹ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de mayo de 2011. Magistrado Ponente Hernán Andrade Rincón. Expediente No. 20097.

²¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente No. 2020.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de abril del 2012, Expediente No. 21.515, M.P. Hernán Andrade Rincón.

13001-33-33-007-2017-00056-02

responsabilidad extracontractual del Estado resulta indispensable que exista un nexo causal entre el daño y el servicio público.²³

Con todo, sea cual fuere el régimen de responsabilidad bajo el cual se decida el caso concreto, lo cierto es que la entidad estatal no sería responsable del daño, en los eventos en los que se pruebe una causa extraña que exonere a la administración, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor, la culpa personal del agente o el hecho exclusivo y determinante de un tercero²⁴.

5.4.2. Sobre la desaparición forzada.

Acerca de la desaparición forzada, el Consejo de Estado²⁵ ha establecido que en el sistema de las Naciones Unidas, la desaparición forzada es concebida como un típico crimen de Estado, cuando éste actúe a través de sus agentes o de particulares que obran en su nombre o con su apoyo directo e indirecto, sin introducir distinción alguna entre la privación de la libertad de naturaleza legítima o arbitraria.

La comunidad internacional ha reconocido que la desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad pues se trata de un atentado múltiple contra derechos fundamentales del ser humano en cuanto supone la negación de un sinnúmero de actos de la vida jurídico-social del desaparecido, desde los más simples y personales hasta el de ser reconocida su muerte, situación que acarrea para los Estados el deber de adoptar medidas legislativas, administrativas, y de política para prevenir y erradicar este crimen de lesa humanidad.

Ahora, en lo que tiene que ver la desaparición forzada en el derecho penal interno, la Corte Constitucional en uno de los apartes de la sentencia de constitucionalidad del artículo 165 de la Ley 599 de 2000, en la que declaró la inexecutable de la expresión “*perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley*” contenido en el inciso primero de la norma, reiteró que, al no haber cualificado el sujeto activo que comete la desaparición el constituyente estableció una prohibición de carácter universal que se dirige

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, sentencia del diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021). C.P. MARÍA ADRIANA MARÍN. Rad. 76001-23-31-000-2011-00388-01 (52774)

²⁴ Véase, entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de junio de 2017, exp. 66001-23-31-000-2008-00258-01 (45.350), CP: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de noviembre de 2021 Rad 85001-23-31-000-2012-00067-01 (52814), C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

13001-33-33-007-2017-00056-02

a todas las personas independientemente de la calidad que ostenten, sea agente público o particular, que resulta ser más amplia que la consignada en los instrumentos internacionales. Lo anterior para denotar que, como tanto en la Constitución como en la ley penal, la desaparición forzada puede ser cometida por cualquier particular, sea que pertenezca a un grupo al margen de la ley o no, no basta con que el delito se haya configurado para considerar que existe responsabilidad patrimonial del Estado por vía de reparación directa.

Frente a esta conducta, Colombia lo ha tipificado como delito en la Ley 599 de 2000, ha suscrito además el Convenio Contra La Desaparición Forzada, de igual forma creó un plan de búsqueda urgente que fue reglamentado mediante la Ley 971 de 2005, el mismo es, un mecanismo público tutelar de la libertad y la integridad personales y de los demás derechos y garantías que se consagran en favor de las personas que se presume han sido desaparecidas. Tiene por objeto que las autoridades judiciales realicen, en forma inmediata, todas las diligencias necesarias tendientes a su localización, como mecanismo efectivo para prevenir la comisión del delito de desaparición forzada; Así pues, quien sepa que una persona ha sido probablemente desaparecida, podrá solicitar a cualquier autoridad judicial la activación del mecanismo de búsqueda urgente.

Los agentes y demás miembros del Ministerio Público podrán solicitar la activación del mecanismo de búsqueda urgente sin que deban realizar procedimientos o investigaciones previas o preliminares. Lo anterior, sin perjuicio de sus competencias disciplinarias, de intervención judicial o de protección de los derechos humanos.

5.4.3. De los presupuestos para la acreditación de una falla del servicio en los casos de omisión de la investigación.

En reciente providencia, el Consejo de Estado²⁶ determinó que, en aquellos procesos en donde la imputación del daño antijurídico radique en la omisión de la accionada de investigar las conductas que configuren los tipos penales como los de desaparición forzada o secuestro, la responsabilidad por omisión, con ocasión del desconocimiento del ámbito obligacional,

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, dos (2) de julio de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 47001-23-33-000-2012-00067-01 (53860) Actor: INÉS MARGARITA LACOUTURE DE VIVES Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL - POLICÍA NACIONAL - MINISTERIO DEL INTERIOR.

13001-33-33-007-2017-00056-02

además de exigir establecer si se impone en un caso concreto una determinada conducta positiva o negativa y si la autoridad obligada omitió ejecutarla, también requiere, de manera indispensable, que se elabore un juicio de atribución, soportado en la necesaria relación que ese deber omitido pudo tener en la causación del daño alegado.

Así, frente a los supuestos sobre los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado por la omisión en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, es necesario efectuar el contraste entre i) el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para la autoridad administrativa implicada, de un lado, y ii) el grado de cumplimiento u observancia del mismo, por parte de la autoridad demandada en el caso concreto.

Asimismo, ha entendido el máximo órgano de lo Contencioso, que es necesario que se identifique con particularidad el contenido obligacional del que el demandante pretende derivar la responsabilidad estatal por omisión, más allá de solo mencionar las obligaciones genéricas que se derivan de las normas constitucionales.

En este sentido, alega dicha Corporación, que no se pretende desconocer que el Estado tiene el deber de protección de los ciudadanos conforme al artículo 2 de la Constitución, pero este deber no se erige como fuente general de todos y cada uno de los daños que sufren los particulares y, especialmente, cuando se encuentra acreditado que el mismo proviene del hecho de un tercero.

Por lo anterior, cuando se pretende la determinación de responsabilidad de autoridades con ocasión de la omisión de sus funciones, deben identificarse en concreto los deberes particulares omitidos en el caso específico, es decir, qué debió haber hecho el órgano administrativo demandado que no hizo, y por supuesto, probarlo.

Por ello ha enfatizado la Corporación, que no basta con que el demandante se refieran genéricamente a las obligaciones estatales de protección de la ciudadanía para endilgar responsabilidad a las demandadas, sino que por el contrario, se torna indispensable, realizar el juicio de atribución atendiendo particularmente a los deberes que debió haber cumplido en el caso concreto y a la determinación de si, de haber cumplido dichas obligaciones particulares, se habría evitado la concreción del daño antijurídico, que en este tipo de casos, como el de marras, se

13001-33-33-007-2017-00056-02

configura con la desaparición y posterior declaración de muerte presunta de la víctima.

En ese sentido, ha expresado ese Tribunal, que las anteriores consideraciones cobran mayor relevancia si se analizan casos en los que se endilga responsabilidad por omisión de investigación, por ejemplo, partiendo de que se ha considerado que el de “investigar”, es un deber de medios y no de resultados, de ahí que, no se quebrante dicho deber de investigar, por la sola circunstancia de no arrojar un resultado condenatorio o favorable en cada caso, y debe ser comprendido como una obligación propia asumida de manera exhaustiva por el Estado, considerando la compleja estructura de ejecución del crimen y el contexto en el que se comete.

5.5. CASO EN CONCRETO

5.5.1. Hechos Probados

- Acta de matrimonio católico entre el señor Nelson Enrique Villareal y la señora Leonor Ramírez Pardo.²⁷
- Resolución de reconocimiento de asignación mensual de retiro al señor Nelson Enrique Villareal Orozco, por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.²⁸
- Sentencia de muerte presunta por desaparecimiento del señor Nelson Enrique Villareal Orozco, proferido por el Juzgado Promiscuo de Familia del Carmen de Bolívar.²⁹
- Registro Civil de Defunción con indicativo serial 03874346, por medio del cual se inscribe la muerte presunta por desaparición del señor Nelson Enrique Villareal Orozco.³⁰
- Constancia emanada del Juzgado Promiscuo Municipal de Zambrano-Bolívar del 10 de febrero del 2015, en donde indica bajo el radicado 13894-4089-001-1999-0141-000, se encuentra investigación previa por el delito de desaparición en averiguación, donde aparece como denunciante la señora Leonor María Ramírez de Villareal,

²⁷ Folio 23, consecutivo 01, cuaderno 1 del expediente digital.

²⁸ Folios 27-28, consecutivo 01, cuaderno 1 del expediente digital.

²⁹ Folios 30-33, consecutivo 01, cuaderno 1 del expediente digital.

³⁰ Folio 35, consecutivo 01, cuaderno 1 del expediente digital.

13001-33-33-007-2017-00056-02

sindicados desconocidos y como víctima el señor Nelson Villareal Orozco, el mismo fue iniciado el 22 de noviembre de 1999 y remitido a la Fiscalía Seccional del Carmen de Bolívar el 30 de noviembre del mismo año.³¹

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

Previo a realizar el estudio de los elementos de la responsabilidad extracontractual del estado en el sub judice, valga recordar que la parte actora fue enfática en señalar que el hecho generador del daño en este caso, no provino de las actuaciones de las autoridades previas a la desaparición del señor Villareal, sino que, el mismo se derivó de que, una vez presentada la denuncia y conocidos los hechos por parte de las autoridades, éstas no cumplieron con su deber, pues no hicieron nada para obtener la liberación del señor Nelson, ni se desplegó investigación para hallar su cuerpo sin vida.

Así, en el recurso de apelación se sostuvo que, la responsabilidad endilgada a la autoridad demandada no provenía de la desaparición misma, sino de su omisión frente a la investigación de este hecho, siendo esta última, la que generó el daño alegado, omisión que fue planteada en la demanda, pero no fue objeto de pronunciamientos por el juez de la instancia.

Recordado dicho objeto de reparo, se pasa analizar el primer elemento de responsabilidad:

5.5.2.1. Daño

El daño es entendido como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, en el presente caso se acredita con la desaparición y posterior muerte presunta del señor Nelson Enrique Villareal Orozco.

5.5.2.2. Daño antijurídico

El Consejo de Estado³² ha manifestado que *“El problema de la responsabilidad del Estado debe resolverse con base en lo prescrito en el*

³¹ Folio 36, consecutivo 01, cuaderno 1 del expediente digital.

³² Sentencia del 5 de marzo de 2001, exp. 11.222, la cual ha sido reiterada, entre otras, en las siguientes providencias: del 2 de marzo de 2002, exp. 11.250, del 16 de marzo de 2002, exp. 11.670 y del 26 de abril de 2002, exp. 13.273, de diciembre 4 de 2006, exps. 16.092 y 16.188.

13001-33-33-007-2017-00056-02

art. 90 de la Carta Política, según el cual el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Debe establecerse, entonces, en cada caso, si existen los elementos previstos en esta disposición para que surja la responsabilidad, esto es, el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado. (...)”.

Conforme a lo expuesto, es menester analizar si el daño fue antijurídico, pues el artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

Así pues, para que el daño adquiriera una dimensión jurídicamente relevante (se predique su antijuridicidad) es menester que el menoscabo³³: **i)** recaiga sobre un derecho subjetivo o sobre un interés tutelado por el derecho; **ii)** no exista un título legal conforme al ordenamiento constitucional que justifique o legitime la lesión al interés jurídicamente tutelado y **iii)** no haya sido causado o determinado por el hecho de la propia víctima³⁴⁻³⁵.

Para el presente caso, es menester traer a colación la Resolución 47/133 de 1992 la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas -ONU- mediante la cual se adoptó la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en la que se estableció que se presenta este comportamiento cuando *“se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna u otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas*

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 23 de abril de 2018, rad. 43.241; 23 de abril de 2018, rad. 43.085; 23 de abril de 2018, rad. 43.214 y 23 de abril de 2018, rad. 48.364, entre otras.

³⁴ No se desconoce que la culpa de la víctima se ha estudiado tradicional y generalmente con ocasión del juicio de causalidad, pero consideramos que una teoría de la responsabilidad fundada en la protección del patrimonio de la víctima permite y hace aconsejable entender que el daño determinado por la conducta de la víctima no puede ser contrario a derecho. Al punto advierte la doctrina: “[S]i el perjuicio se imputase al propio titular, o a una causa externa e irresistible, no se daría la nota esencial de la antijuridicidad; si fuere el propio titular, porque no es concebible que nadie pueda hacerse agravio jurídico a sí mismo, y si se trata de fuerza mayor, porque faltando un sujeto no puede trabarse la relación de antijuridicidad”. En García de Enterría, Eduardo. *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Madrid, Editorial Civitas, 1984. Reproducción de la edición que en 1956 publicó el Instituto de Estudios Políticos, p. 179). De Cupis, por su lado, dice: “el perjuicio que se sufre por causa de uno mismo, se considera daño, en la acepción usual de la palabra; pero fácilmente se descubre que tal perjuicio no tiene valor de daño (entiéndase, por supuesto, en sentido jurídico)”. En De Cupis, Adriano. *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 2ª Edición, Barcelona, Editorial Bosch, 1975, p. 84.

³⁵ A estos supuestos se debe agregar, para que se configure el perjuicio, que la lesión tenga consecuencias ciertas en el patrimonio económico o moral de la víctima.

13001-33-33-007-2017-00056-02

personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sust rayéndola así a la protección de la ley".

Así, las pruebas muestran diáfananamente que existió una lesión definitiva del derecho a la libertad personal, a la integridad física y del derecho a la vida de Nelson Enrique Villareal Orozco, tutelados constitucional y convencionalmente en el artículo 11³⁶ y 12³⁷ de la Constitución Política, 4.1 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁸ y artículos 1 y 2 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Lo anterior, por cuanto quedó acreditado que la sentencia proferida por el Juzgado de Familia del Carmen de Bolívar, en donde declaran la muerte presunta del señor Nelson Enrique Villareal Orozco y el certificado de defunción del mismo, que la víctima, el día 20 de noviembre de 1999, fue raptado por unos sujetos desconocidos cuando se encontraba en su residencia ubicada en el casco urbano del Municipio de Zambrano- Bolívar.

Asimismo, se presentó una afectación de los intereses jurídicamente tutelados de los actores, pues la desaparición forzada de aquel tuvo una dimensión más amplia y pluriofensiva, al incidir directamente en los bienes jurídicos de sus familiares. Por último, ningún medio de convicción evidenció que la actuación de la víctima fuera la causa determinante y exclusiva de su desaparición.

Con base en lo anterior, la Sala tiene por suficientemente establecido que la desaparición forzada a la que fue sometido el señor Nelson Enrique Villareal Orozco, ocurrió contra derecho objetivo y causó un daño antijurídico a las demandantes, en términos que autorizan el tránsito a la fase de imputación para establecer si es atribuible fáctica y jurídicamente a la Nación.

5.5.2.3. Imputación

Antes de establecer el cumplimiento del requisito de imputación, teniendo en cuenta las pruebas arrojadas al proceso, es pertinente realizar una reconstrucción de lo sucedido en los siguientes términos:

³⁶ "El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte".

³⁷ "Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

³⁸ "1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

13001-33-33-007-2017-00056-02

- I) Indica la demanda, que el día 20 de noviembre de 1999 se encontraba en la terraza de su vivienda el señor Nelson Enrique Villareal Orozco, en el casco urbano del Municipio de Zambrano-Bolívar, cuando siendo aproximadamente las 7:40 de la noche, llegaron cinco individuos que bajo amenaza obligaron al señor Nelson Villareal a subirse en un vehículo para posteriormente llevárselo sin rumbo conocido.
- II) El 22 de noviembre de 1999, la accionante, presentó denuncia por el delito de desaparición forzada ante la justicia ordinaria en el Juzgado Promiscuo Municipal de Zambrano. Dicho juzgado certificó que una vez se recibió la denuncia, se remitió a la Fiscalía Seccional la precitada denuncia, el día 30 de noviembre de 1999.
- III) La accionante afirma que se dirigió a la Policía Nacional, al CTI y a la Fiscalía General de la Nación, para que desplegaran las investigaciones pertinentes, sin embargo, de dichas afirmaciones, no obra constancia.
- IV) Posteriormente, la señora Leonor María Ramírez de Villareal adelantó proceso judicial ante el Juzgado de Familia del Carmen de Bolívar, quien por medio de sentencia allegada al plenario declaró la muerte presunta por desaparecimiento del señor Nelson Enrique Villareal Orozco, en la misma providencia se fijó como fecha de la presunta muerte, el 20 de noviembre del 2001.

De acuerdo a lo expuesto por el demandante como quiera que no le atribuye la acción de desaparición directamente a agentes de la Policía, la Sala no estudiará ese aspecto y se concentrará en lo que se refiere a si existió una omisión en la búsqueda del señor Nelson Enrique o en la labor de investigación de ese delito por parte de la Policía Nacional, así las cosas entrará a estudiar la imputación jurídica, para ello, deberá comprobarse en el presente caso si las obligaciones en cabeza de la Policía Nacional han sido incumplidas y ello ha traído como consecuencia que el daño se haya consumado.

Así pues, es posible afirmar que el aludido hecho dañoso, conforme al recurso de apelación y concordante con los hechos esbozados en la demanda y los fundamentos de la pretensión, no solo lo constituye la desaparición forzada del señor Villareal sino que también lo es, la omisión de

13001-33-33-007-2017-00056-02

la accionada, en desplegar acciones en procura de dar con el paradero del raptado, así como adelantar la investigación correspondiente, se debe entonces efectuar el contraste entre: **i)** El contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para la autoridad administrativa implicada y, **ii)** el grado de cumplimiento u observancia del mismo, por parte de la autoridad demandada, conforme a la exigencia expresada por el Consejo de Estado, en sentencia del 21 de julio del 2021, arriba analizada.

Valga resaltar que, respecto al primer requisito, ha dicho el Consejo de Estado, **es necesario que se identifique con particularidad el contenido obligacional del que el demandante pretende derivar la responsabilidad estatal por omisión**, más allá de solo mencionar las obligaciones genéricas que se derivan de las normas constitucionales. **Por ello, deben identificarse en concreto los deberes particulares omitidos en el caso específico, es decir, qué debió haber hecho el órgano administrativo demandado que no hizo, y por supuesto, probarlo.**

Teniendo en cuenta lo anterior y aterrizando al caso en estudio, observa la Sala que la parte demandante respecto a la primera exigencia, derivó las obligaciones incumplidas por parte de la Policía de la normativa constitucional y legal que establece las funciones y misiones de esta institución. Señaló así, como las fuentes de las obligaciones, los artículos constitucionales 2, 11, 12, y 90 el Decreto 1211 de 1990 en su artículo 197, el estatuto de personal oficial y suboficial, en sus artículos 3, 9, 10, 23. Además la Ley de víctimas 1448 del 2011, Ley 74 de 1968, Ley 1418 del 2010 y Ley 288 de 1996.

No obstante, en relación al segundo elemento, el actor se limitó a expresar que era evidente la negligencia y decidía del actuar omisivo de la Policía Nacional frente a la desaparición forzada de un agente pensionado de su institución puesto que no adelantó ninguna labor investigativa a fin de dar con el paradero del señor Villareal, por lo que omitió la confrontación entre el contenido obligacional de manera particular – no solo genérica- y el cumplimiento u observancia del mismo por parte de la Policía Nacional.

Es más, observa la Sala que la parte actora ni siquiera acreditó que hubiera puesto en conocimiento a la Policía Nacional la desaparición del señor Nelson Villareal. Por el contrario, solo se demostró que la Fiscalía General de la Nación – entidad que ostenta la obligación funcional derivada de la Constitución Política, de adelantar las investigaciones de los hechos que revistan las características de un delito en el Estado colombiano, que no es

13001-33-33-007-2017-00056-02

demandada en este asunto-, se le trasladó la denuncia instaurada por la accionante en el Juzgado Promiscuo de Zambrano el día 30 de noviembre de 1999, sin embargo, tampoco se acreditó que el ente investigador, haya requerido las funciones de policía judicial de la accionada, para apoyar la investigación penal bajo la coordinación y dirección de la Fiscalía.

En este punto, se hace menester recordar, que es la Fiscalía General de la Nación, la que ostenta la dirección de la acción punitiva del estado y la encargada de investigar la configuración de los delitos conforme al artículo 250 de la Constitución Política, en el cual se establece que, le corresponde a esta entidad de oficio o mediante denuncia o querella, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Para tal efecto la entidad deberá:

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

*Así mismo, los protocolos diseñados en Colombia para la búsqueda de personas deben ser adelantados por autoridad judicial, conforme a la Ley 971 de 2005, la cual tiene por objeto que las autoridades judiciales realicen, en forma inmediata, todas las diligencias necesarias tendientes a su localización, como mecanismo efectivo para prevenir la comisión del delito de desaparición forzada.

Es preciso concluir, que la obligación funcional derivada de la Constitución Política, de adelantar las investigaciones de los hechos que revistan las características de un delito en el Estado colombiano, corresponde entonces

13001-33-33-007-2017-00056-02

a la Fiscalía General de la Nación, que no es demandada en este asunto, pues a la Policía Nacional, la ley le endilga el cumplimiento de funciones de policía judicial para apoyar la investigación penal bajo la coordinación y dirección de la Fiscalía, conforme al artículo 250 constitucional, ahora bien, la Policía Nacional puede desplegar todo su andamiaje operacional al momento de la configuración de una flagrancia, pero, realizada la captura, se debe poner a disposición a la Fiscalía general de la Nación el capturado, para continuar con el respectivo ejercicio de la acción penal. Con lo cual se denota, que es en la Fiscalía en quien recae, de manera principal, el adelantar las acciones de investigación frente al delito de desaparición forzada.

Tal como se ha indicado, existe eventos en los que se configura los casos de flagrancia, situación que no se demostró en el presente proceso, en donde es posible, que, sin mediar coordinación por parte del ente investigador con la Policía Nacional, esta última realice funciones de captura y allanamiento de manera directa, tal facultad se encuentra consagrada en los artículos 32 de la Constitución Política, 229 y 301 del C.P.P. y el artículo 168 de la Ley 1801 de 2016.

*Con relación a la omisión en la búsqueda del señor Nelson Enrique Villareal Orozco como ya se anotó, la misma está a cargo de la autoridad judicial conforme a la Ley 971 de 2005, y no directamente en cabeza de la Policía Nacional como lo deduce la parte actora.

De otra parte, en relación con la responsabilidad de la Policía Nacional, en cuanto a la obligación de investigar actos delictivos, se trae a colación La Ley 282 de 1996, por la cual se dictaron medidas tendientes a erradicar algunos delitos contra la libertad personal, especialmente el secuestro y la extorsión, estableció en el artículo 4 la creación de los Grupos de Acción Unificada por la Libertad Personal -GAULA-, los cuales están conformados con personal, bienes y recursos de la Fiscalía General de la Nación, el Ejército Nacional, la Policía Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea, quienes asumirían las funciones de las entonces Unidades Antisecuestro UNASE³⁹.

³⁹ Artículo 4o. Grupos de acción unificada. Créanse los Grupos de Acción Unificada por la Libertad Personal, "Gaula", cada uno conformado con el personal, bienes y recursos señalados mediante resolución del Director del Programa Presidencial para la Defensa de la Libertad Personal, los cuales deberán ser aportados por la Fiscalía General de la Nación, el Ejército Nacional, la Policía Nacional, la Armada Nacional, la Fuerza Aérea y el Departamento Administrativo Nacional de Seguridad.

Parágrafo. En adelante, las funciones que vienen cumpliendo las Unidades Antisecuestro, Unase, estarán a cargo de los "Gaula" y en consecuencia su personal, bienes y recursos, podrán ser

13001-33-33-007-2017-00056-02

En el artículo 5° se previó una organización conformada por: i) una unidad de inteligencia, encargada de la recopilación de aquella información necesaria para determinar la mejor manera de planear y ejecutar las labores operativas; ii) una unidad operativa, destinada a la planeación y ejecución de labores militares destinada a la liberación y protección de las víctimas de las conductas antes mencionadas y a la aprehensión material de los responsables de las mismas y, iii) por último, una unidad investigativa, encabezada por un fiscal y conformada por personal con funciones de policía judicial⁴⁰.

En este orden de ideas, resulta claro que la Policía Nacional tienen importantes funciones en materia de investigación, operatividad y represión de los delitos de secuestros y extorsión por medio de los Grupos Gaula que estas entidades integran, sin embargo, igualmente la dirección en esta materia está a cargo de la Fiscalía.

Otro aspecto a que se refirió el recurso de apelación es a la presunta responsabilidad que tiene la Policía Nacional, por intermedio de la Justicia Penal Militar, sobre lo anterior es dable indicar a la parte actora que la Jurisdicción Penal Militar no es la llamada a responder, investigar y/o desplegar sus fuerzas en delitos relacionados como el de la desaparición forzada realizada por particulares de los que no se tenga certeza que son persona activo de las fuerzas militares, por cuanto a la Justicia Penal Militar se le reconoce un campo de acción limitado, excepcional y restringido, en la medida que a ella solo le corresponde juzgar a los miembros de la fuerza pública en servicio activo por los delitos cometidos y relacionados con el servicio.

incorporados a éstos, previa evaluación que para el efecto realice el Conase.

40

Artículo 5o. Organización de los GAULA. Los Grupos de Acción Unificada por la Libertad Personal, Gaula, para el cumplimiento de su misión se organizarán así:

- a) Una Dirección Unificada a cargo del Fiscal respectivo y el Comandante Militar o Policial correspondiente, en lo de su propia competencia;*
- b) Una unidad de inteligencia y evaluación compuesta por analistas de inteligencia, técnicos en comunicaciones y operación de bases de datos, encargados de recolectar y procesar la información y proponer a la Dirección Unificada las diferentes alternativas de acción;*
- c) Una Unidad Operativa compuesta por personal de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional o el Departamento Administrativo de Seguridad. Cada Unidad actúa bajo el mando de un Oficial y se encarga del planeamiento y la ejecución de las operaciones necesarias para el rescate y la protección de las víctimas y la captura de los responsables;*
- d) Una Unidad Investigativa compuesta por agentes, detectives y técnicos con funciones de Policía Judicial. Cada unidad actúa bajo la dirección del fiscal competente y se encargará de adelantar las investigaciones penales.*

13001-33-33-007-2017-00056-02

En esa dirección, la competencia de la Justicia Penal Militar, esto es, de los tribunales militares o cortes marciales, solo se activa cuando concurren dos elementos básicos: **(i) que el agente pertenezca a la institución castrense y sea miembro activo de ella (elemento subjetivo); y (ii) que el delito cometido tenga relación directa con el servicio (elemento funcional).** Consecuencia de lo anterior, es que el fuero penal militar se extiende a los miembros de la Fuerza pública en servicio activo que cometan delitos relacionados con el servicio, y a los miembros de la fuerza pública en retiro que hayan cometido delitos cuando se encontraban en servicio activo y el mismo encuentre relación con el servicio.

De ese modo, no le corresponde a la Jurisdicción Penal Militar, en ningún caso, y por ningún motivo, juzgar o mover su andamiaje para investigar, procesar a los civiles, ni tampoco a los miembros de la fuerza pública en retiro (como es el caso de la víctima) o en servicio activo que cometan delitos no relacionados con el servicio, esto es, delitos que se aparten de las funciones misionales que en su condición de tal ejecutan de acuerdo con el ordenamiento jurídico, los cuales serían de competencia de la jurisdicción ordinaria en cabeza de la fiscalía para investigar y acusar ante los jueces penales la posible infracción a las conductas que constituyen tipos penales. En ese sentido, se reitera, tratándose de los civiles, el artículo 213 de la Carta establece expresamente que **“en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar”**.

De otra parte, de acuerdo al marco normativo y jurisprudencial, se tiene que en quien recae la labor de investigación y búsqueda es en la autoridad judicial ordinaria, adicional a ello, la Sala no encuentra evidencia que permita construir o soportar un juicio de atribución frente a la inacción de la autoridad y el daño acreditado pues, del material probatorio que reposa en el expediente, no da cuenta de ninguna comunicación que la actora haya puesto en conocimiento a la Policía Nacional de la retención que se le hiciera al señor Villareal por parte de desconocidos, por lo que resulta imposible determinar la responsabilidad de la demandada en dicho contexto, pues si se le endilga negligencia y omisión en la investigación que permitiera la búsqueda del señor Villareal, lo mínimo que se debe acreditar era haber los expuestos los hechos aquí relatados a la entidad accionada.

Luego entonces, ausentes los medios probatorios que acreditarían que a la accionada se le haya puesto en conocimiento la denuncia de la desaparición o se le haya solicitado cooperación en sus funciones de

13001-33-33-007-2017-00056-02

policía judicial por parte de la Fiscalía, los cuales eran indispensable para demostrar la conducta negligente y omisiva que se le endilga a la institución, se deberá dar por no demostrado el nexo causal entre el daño antijurídico que se reclama y la accionada o en otras palabras no se haya demostrada la imputación jurídica y fáctica necesaria para atribuir el daño alegado, pues, muy a pesar que en los hechos de la demanda se manifiesta que la Policía tuvo conocimiento de lo ocurrido al señor Villareal, las pruebas documentales arrimadas al plenario, no dan cuenta que se le haya puesto en conocimiento dicha situación a esta institución, ni en qué momento se le puso en conocimiento la desaparición de la víctima, circunstancias indispensables para esta Sala a fin de evaluar la conducta omisiva que se alega frente a la accionada, adicional a ello, se reitera, de acuerdo al marco normativo expuesto era la autoridad judicial a quien le correspondía adelantar las investigaciones del caso así como activas los mecanismos de búsqueda.

Por otro lado, el apoderado de la parte actora indicó en su escrito de apelación que el abogado que representó a la Policía Nacional en audiencia inicial del 14 de febrero de 2019, no podía ejercer su profesión, por cuanto era miembro activo de la Policía Nacional, sin embargo, observa esta Judicatura que dicha objeción no le fue puesta en conocimiento al juez de instancia frente a la decisión de reconocer personería jurídica al apoderado de la Policía Nacional en la citada audiencia. No obstante, por ser un punto de reparo del recurso de alzada, se hará el siguiente pronunciamiento:

La Corte Constitucional en sentencia C-1004 del 22 de noviembre de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 29 numeral 1 parágrafo de la Ley 1123 de 2007, señaló:

*La regla general consiste, por consiguiente, en que a los **servidores públicos** no se les permite prima facie ejercer la profesión de abogacía, así estén debidamente inscritos y quieran hacerlo en uso de licencia. Únicamente pueden los servidores públicos ejercer la profesión de abogacía cuando deban hacerlo por función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permite.*

Partiendo de la regla anterior y una vez se constata que, en el expediente, obra poder otorgado por la Policía Nacional al Dr. Tayson es posible inferir que el profesional del derecho actuó en función de su cargo, como

13001-33-33-007-2017-00056-02

representante de la Policía Nacional, situación que no acarrea inhabilidad alguna.

En conclusión, de cara al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y luego de realizar el análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial, esta Judicatura concluye que no es posible acceder a las pretensiones solicitadas y en consecuencia, se deberá confirmar la decisión de primera instancia, conforme a lo expuesto con precedencia.

5.6. CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandante que resultó vencida dentro del presente proceso, las cuales se liquidarán por el juez de primera instancia.

VI. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia de fecha noviembre veintiséis (26) de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la demandada conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

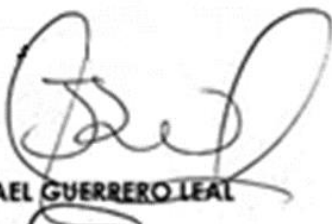
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

13001-33-33-007-2017-00056-02

LOS MAGISTRADOS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ


MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

La anterior firma corresponde al proceso con número de radicado 13001-33-33-007-2017-00056-02