



97317c

**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

Cartagena de Indias D. T. y C., once (11) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

<b>Medio de control</b>	<b>REPARACIÓN DIRECTA</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-004-2013-00296-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>LIDER MANUEL CASTELLAR REYES Y OTROS</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y OTROS</b>
<b>Tema</b>	<b>PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD/</b>
<b>Magistrada Ponente</b>	<b>CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE</b>

Procede la Sala Fija de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada NACIÓN-RAMA JUDICIAL y NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, contra la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### 1. DEMANDA

#### 1.1 HECHOS

Los señores LIDER CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE, el día 13 de julio de 2011, cuando se desplazaban por la avenida principal de Chapacua, fueron detenidos por agentes de la Policía Nacional y conducidos al CAI de Fredonia, por tener las características de dos sicarios que a eso de la 7:00 p.m. habrían dado muerte a un abogado en otro barrio de la ciudad.

En audiencia preliminar se legalizó su captura, se les imputó los delitos de homicidio agravado en concurso con fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones y se les impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

Las diligencias de captura y en general de investigación, estuvieron acompañadas de irregularidades, como lo fueron entre otras : i) el que acudieran como agentes captadores, policías distintos a los que efectivamente llevaron a cabo la actuación, ii) se les pusiera a disposición de la Fiscalía en un tiempo que superaba el término de la distancia de su desplazamiento, iii) se informara un lugar diferente a aquel en que ocurrió la aprehensión, e iv) inconsistencias en las declaraciones de los supuestos captadores y contradicción con las de testigos presenciales.

Estando reclusos, recibieron amenazas por otros prisioneros, que los acusaban de haber matado a su abogado, pues el occiso aparentemente ejercía la





Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

defensa de miembros de una banda delincuencial; fue así como el señor CASTELLAR REYES fue herido de gravedad.

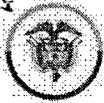
Finalmente, fueron puestos en libertad en virtud de que se declaró la preclusión de la investigación que se seguía en su contra, pero incluso después de ello fueron objeto de señalamientos por sus conocidos y mucho más en razón de publicaciones de prensa. Además, como decidieron interponer denuncia en contra de los policías que les habían inculpado injustamente, ANDERSON RIVERA fue víctima de homicidio a mano de sicarios y LIDER CASTELLAR sobrelleva una vida totalmente destrozada, lejos de su hogar, en zozobra y a escondidas, para no correr la misma suerte de su compañero.

## 1.2 PRETENSIONES

-Declarar que la Policía Nacional, Fiscalía General de la Nación y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Rama Judicial, son administrativamente responsables de: **i)** los perjuicios materiales y morales causados al señor LIDER CASTELLAR REYES; **ii)** los perjuicios morales ocasionado a su compañera permanente LAURA VANESSA CASTRO SARMIENTO; sus hijos menores DAMIAN ADOLFO CASTELLAR CASTRO y LEIDER MANUEL CASTELLAR PÁJARO; sus padres PEDRO DAMIAN CASTELLAR VELÁSQUEZ y MARÍA DEL CARMEN REYES CASTELLAR, y sus hermanos ONIRIS DEL ROSARIO, CECILIO RAFAEL, LUÍS CARLOS y TEDDY ALFONSO CASTELLAR REYES. Siendo ocasionado todo esto, por la privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor LIDER MANUEL CASTELLAR REYES, por casi cinco meses y otros hechos de los que fue objeto, como quiera que finalmente se decretó la preclusión de la investigación seguida en su contra.

- Declarar que la Policía Nacional, Fiscalía General de la Nación y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Rama Judicial, son administrativamente responsables de **1)** los perjuicios materiales y morales causados: **i)** a quien en vida respondiera al nombre de ANDERSON RIVERA AGUIRRE, **ii)** a su compañera permanente GEINIS MARÍA GARCÉS TIBADUIZA, **iii)** a su menor hija y única heredera AILYS JULIANA RIVERA GARCÉS, a sus padres MARTÍN RIVERA PÉREZ y BLANCA MIRIAM AGUIRRE AGAMEZ; **2)** los perjuicios morales causados a sus hermanas MARCELA, MARTHA y MARYI RIVERA AGUIRRE. Siendo ocasionado todo esto, por la privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor ANDERSON RIVERA AGUIRRE, por casi cinco meses y otros hechos de los que fue objeto, como quiera que finalmente se decretó la preclusión de la investigación seguida en su contra.

-Condenar a la Nación Colombiana-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, Fiscalía General de la Nación y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Rama Judicial, a pagar a los accionantes o a quien represente legalmente sus derechos, como reparación o indemnización por los



Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

perjuicios de orden material y moral, la suma de \$734.000.000 o lo que resulte probado en el proceso.

-Ordenar que el pago de la condena o conciliación respectiva sea tramitado y actualizado en la forma prevista por el artículo 195 del CPACA, y que las sumas de dinero reconocidas devenguen los intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria, y causen un interés moratorio a la tasa comercial, una vez vencidos los términos de que trata el inciso segundo del artículo 192, o el inciso tercero del artículo 195 del CPACA.

-Ordenar el cumplimiento de la sentencia o conciliación en los términos del artículo 192 del CPACA.

### 1.3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El apoderado de la parte demandante invoca como fundamentos:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- La Convención Americana de Derechos Humanos
- La Constitución Política, artículos 1, 2, 6, 21, 28, 29, 90 y 218
- Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), artículos 1 y 68

Indica que el Consejo de Estado fundamenta la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en el artículo 90 de la Constitución Política, es decir en el daño antijurídico, de manera que si una persona es privada de su libertad en el desarrollo de una investigación penal y posteriormente es liberada mediante providencia judicial que resuelve desvincularla del proceso, los perjuicios que demuestre y que se deriven de la detención deben serle indemnizados, pues no estaba en el deber de soportarlos.

Sostiene que, la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo ha entendido que en estos casos resulta irrelevante la discusión entre, si la decisión de privación de la libertad fue ilegal o errónea, porque inclusive siendo perfectamente legal, puede causar un daño antijurídico y la injusticia de la privación de la libertad se hace evidente con la decisión definitiva de carácter absolutorio, es decir se trata de una responsabilidad objetiva

Afirma que la privación de la libertad de los señores LIDER CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE fue injusta, toda vez que se trató inicialmente de una actividad de la Policía Nacional abiertamente mentirosa, desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales; que se concretó en una serie de omisiones por parte de la Fiscalía en interpretar el principio de la investigación integral, pues no se explica cómo existiendo dos versiones sobre la captura, se inclinó por una, sin efectuar los actos necesarios para un mejor conocimiento de lo ocurrido y esto así mismo se tradujo en una falla del



**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

servicio que produjo consecuencias jurídicas adversas a los demandantes. De igual forma, la orden de privación de la libertad adoptada por la Administración de Justicia, no fue apropiada, razonada y conforme a derecho, sino mecánica, acomodada y abiertamente arbitraria.

Finalmente, resalta que especial atención debe colocarse en que los señores CASTELLAR y RIVERA, no sólo fueron perjudicados con la privación injusta de su libertad, sino que además son víctimas de un daño mayor que se extiende hasta la actualidad y es el hecho de que fueron expuestos como gatilleros al servicio de bandas criminales, al haber sido señalados y publicados en periódicos por fotografías e informes remitidos por la Policía Nacional.

## **2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **2.1 RAMA JUDICIAL (Fls. 271-286)**

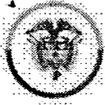
Se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por estimar que no hubo falla del servicio por privación injusta de la libertad, ya que toda la actuación judicial estuvo soportada en las normas legales vigentes.

No reconoce ninguno de los hechos relatados en la demanda, afirmando que se atiene a lo probado; sin embargo, insiste en que ante una eventual responsabilidad, ésta recaería en el Ministerio de Defensa-Policía Nacional, debido a que el actuar de sus agentes indujo en error al juez de control de garantías.

Manifiesta que, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha indicado que en asuntos de privación injusta de la libertad se deben seguir los siguientes criterios: las hipótesis establecidas en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 se resuelven bajo la tesis objetiva o amplia y hacen parte de este supuesto los casos en que el hecho no existió, la conducta no resulta constitutiva de delito o el procesado no lo cometió; mientras que las situaciones que no se encuentren contempladas en tal disposición se definen por el régimen subjetivo o de la falla del servicio.

En ese entender, considera que el régimen subjetivo de la falla del servicio se aplica a todos los asuntos donde se haya establecido que la absolución del procesado se verificó por alguna de las siguientes causales: i) in dubio pro reo, ii) imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, iii) imposibilidad de iniciar o proseguir la investigación penal, iv) existencia de una causal que excluya la responsabilidad penal y por v) prescripción de la acción penal.

Indica que, en el régimen de falla del servicio la carga probatoria se incrementa para el convocante, pues la simple privación de la libertad no conduce a responsabilidad del Estado. De manera que al actor le corresponde acreditar fehacientemente la ilegalidad de la detención, esto es



**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

que fue una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales.

Sostiene que, conforme al Código de Procedimiento Penal vigente, es la Fiscalía General de la Nación, la encargada de recopilar los elementos materiales probatorios y evidencia física para presentarlas ante el juez de control de garantías para la imposición de medida de aseguramiento, quien verificará no sólo los requisitos y finalidades establecidas por la constitución y la ley sino que además, realizará un test con fundamento en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación.

En ese sentido, según su criterio, el juez de control de garantías no realiza ninguna valoración probatoria y por lo mismo, no define la responsabilidad penal del investigado, como quiera que se trata de un estadio procesal donde la labor del funcionario judicial se circunscribe a verificar el cumplimiento de los requisitos consagrados en los artículos 250 constitucional, 308 de la Ley 906 de 2004, y la constatación de que la medida de aseguramiento se adecúa al test de proporcionalidad, razonabilidad y ponderación.

Señala que, cuando la Fiscalía solicita la preclusión de la investigación, no surge la responsabilidad de la Nación-Rama Judicial, porque la privación de la libertad, tuvo su origen en la actuación atribuida al organismo investigador, pues sin que existieran verdaderos elementos materiales de prueba que comprometieran la responsabilidad del procesado, era improcedente iniciar una investigación penal y mucho menos esperar hasta la etapa del juicio para solicitar la preclusión y como la solicitud de absolución de parte de la Fiscalía se traduce en un retiro de los cargos, el juez no puede proferir fallo condenatorio.

Indica que no puede perderse de vista que la absolución en este caso se debió a la causal plasmada por el Fiscal Instructor y que se contrae a la establecida en el numeral 6º imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, la cual generó por parte del ente acusador el reconocimiento de su imposibilidad investigativa y por ende la solicitud de preclusión.

Concluye entonces, que la Rama Judicial, debe responder es por la conducta de los agentes judiciales y para el caso, las actuaciones de éstos estuvieron ajustadas a la Ley y la Constitución, por cuanto la privación de la libertad reunió los requisitos legales y al haber concluido el proceso por preclusión de la investigación, inmediatamente se ordenó la libertad de los involucrados. En consecuencia al no existir conducta reprochable, no es entendible que pueda hablarse respecto de la Rama Judicial la realización de un daño antijurídico, habida cuenta de una falta de nexo causal entre el presunto daño y la entidad.



**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

Por último, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de relación causal entre los hechos de la demanda y persona del demandado y la innominada.

## **2.2 POLICÍA NACIONAL (Fis. 292-301)**

No reconoce ninguno de los hechos expuestos en la demanda y se opone a todas las pretensiones, al estimar que carecen de respaldo fáctico y jurídico. En particular, indica sobre los perjuicios materiales deprecados, que no está demostrado que los demandantes fueran personas económicamente activas antes de los hechos de la demanda, pues no obra en el expediente contrato que pruebe relación laboral con alguna empresa; así mismo, resaltó en relación con los perjuicios morales, que no basta probar parentesco con la víctima, sino que debe acreditarse el dolor originado en el hecho dañoso y esto no se dio en el presente caso.

Sostiene que, no es cierto que al actor se le haya causado un daño antijurídico por parte de la Policía, a raíz de la captura, ya que se realizó audiencia de legalización de la misma el 14 de julio de 2011 y de ahí en adelante quien determinó la situación jurídica de los señores LIDER CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE, fueron el juez y la Fiscalía.

En ese orden, estima que si las autoridades judiciales resolvieron la continuación del proceso penal por el delito de homicidio agravado, es porque existían elementos probatorios para llamar a los señores RIVERA y CASTELLAR a juicio, sin que por el hecho de que posteriormente el juez resolviera absolverlos se consolide una responsabilidad en contra de la Policía Nacional.

Resalta que, la responsabilidad del Estado establecida en los artículos 65 y siguientes de la Ley 270 de 1996 y en el Decreto 2700 de 1991, no le es aplicable a la Policía Nacional, sino que es propia de los agentes judiciales. En esa medida, si bien junto con la Fiscalía General de la Nación y los jueces, puede privar de la libertad, los regímenes jurídicos aplicables a cada entidad son diferentes y en el caso de la Policía no será el de responsabilidad objetiva, sino que responderá a título de falla del servicio, en los eventos en los que se pruebe por ejemplo, que la captura realizada por la institución no cumplió los requisitos legales, que no se dan los presupuestos de la flagrancia, que se puso a disposición de la autoridad judicial al capturado por fuera de las 36 horas siguientes a su captura, no habiendo ocurrido ninguno de estos supuestos en el sub iudice.

Indicó que, se advierte una escasa actividad probatoria de la parte demandante, quien tenía la obligación de demostrar tanto la existencia del daño alegado como la imputabilidad del mismo al servicio, teniendo en



Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

cuenta que la carga de la prueba le correspondía en virtud del principio incumbiprobatio.

Finalmente, propuso la excepción de indebida representación de la parte demandada.

### 2.3 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (Fls. 664-677)

Solicita que se procure un fallo que deniegue las declaraciones y condenas expuestas en la demanda, al considerar que no se avizora ningún tipo de responsabilidad por parte de la Fiscalía.

Sobre los hechos manifiesta que, se atiende a lo que resulte probado en legal forma dentro del proceso, siempre y cuando guarden relación con las pretensiones de la demanda y en tanto comprometan la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Fiscalía General de la Nación.

Objeta los montos solicitados como perjuicios al estimar que no es suficiente la simple afirmación de los daños y su cuantificación, sino que deben aportarse pruebas que conduzcan a demostrar su existencia, y que particularmente tratándose de los morales estos no pueden sobrepasar los topes establecidos por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

Manifiesta que la actuación de la Fiscalía General de la Nación, se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no se puede predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ninguna clase de error, ni mucho menos privación injusta de la libertad de los señores LIDER CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE.

Sostiene que en el derecho colombiano, la regla general consiste en que las obligaciones a cargo de las autoridades, como consecuencia del principio constitucional contenido en el artículo 6, deben ser determinadas por las leyes o reglamentos que se expidan para precisar las funciones que a cada organismo administrativo corresponda ejecutar y en ese orden la entidad en el caso bajo estudio, obró de conformidad con lo establecido en el artículo 250 de la Carta.

Resalta que corresponde a la Fiscalía adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, solicitar como medida preventiva la detención del sindicado, correspondiéndole al juez de garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas y decretar las que estime procedentes, para luego sí establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento. Es decir, que en últimas, si todo se ajusta a derecho, es el juez de garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer.



**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

De igual forma, indicó que si bien la demanda se fundamentó en el artículo 90 de la constitución, es necesario aclarar que en los casos en que la ley presume que fue injusta la detención de la libertad y se pretende indemnización de perjuicios por dicha causa, debe demostrarse que la privación surtida fue injustificada, pues la responsabilidad estatal no es automática por el hecho de que la detención preventiva sea revocada.

Por último, propuso la excepción de falta de legitimación por pasiva.

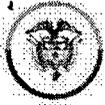
### **3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls. 872-902)**

En sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015), el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena declaró patrimonialmente y solidariamente responsables a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y RAMA JUDICIAL, por los daños antijurídicos causados a los demandantes, con ocasión de la privación injusta de la libertad de que fueron objeto los señores LIDER CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE, y en consecuencia les condenó al pago la suma de \$ 431.409.049,82 distribuidos entre los actores por concepto de perjuicios materiales y morales. De igual forma absolvió al MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL y denegó las demás pretensiones de la demanda.

Como argumentos para su decisión, la A quo sostuvo que de acuerdo con la jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano por privación de la libertad del procesado es de carácter objetivo, cuando en sentencia o su equivalente resulta absuelto, porque: i) el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió, iii) la conducta es atípica o iv) cuando resulta absuelto en aplicación del in dubio pro reo.

Señaló la Juez de primera instancia que se encuentra debidamente acreditado que los señores LIDER CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE estuvieron privados de su libertad, desde el 13 de julio de 2011 hasta el 6 de diciembre del mismo año, y que se les precluyó la investigación el 5 de diciembre de 2011, por cuanto no se desvirtuó la presunción de inocencia, ya que no se encontraron elementos probatorios que comprometieran la responsabilidad por los delitos imputados, y conforme a los argumentos expuestos por la Fiscalía no cometieron la conducta penal endiligada.

En esa medida a juicio de la Falladora de primera instancia, dada la privación de la libertad de los señores CASTELLAR REYES y RIVERA AGUIRRE, sin que los hechos que se les imputaban fueran demostrados, nace para el Estado el deber de responder por el daño antijurídico causado, que no tenían que soportar y que debe ser resarcido. Y es que no existe norma que obligue a un ciudadano inocente a soportar la privación de su libertad dentro de un



**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

proceso penal en el cual no se logra desvirtuar la presunción de inocencia de la cual goza.

Consideró la A quo que el daño antijurídico le resulta imputable tanto fáctica como jurídicamente a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y a la RAMA JUDICIAL, por cuanto la primera fue la encargada de adelantar la investigación penal, recaudar todos los elementos materiales probatorios y solicitar la restricción de la libertad, y la segunda de adoptar la decisión que conllevó a la efectiva privación, al imponer medida de aseguramiento.

Finalmente en relación con la POLICÍA NACIONAL, indicó la Juez que si bien intervino en la captura y señaló a los señores CASTELLAR y RIVERA, como los autores del crimen, lo cierto es que ello no constituye causa eficiente para endilgarle responsabilidad a dicha entidad por la privación injusta de la libertad de la que fueron objeto los aludidos ciudadanos, pues era al ente investigador a quien le correspondía verificar la participación en el delito y solicitar o no una medida de aseguramiento ante el juez de control de garantías.

#### **4. Recurso de apelación**

##### **4.1 Rama Judicial (fls. 904-914)**

Recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando que se revoque o que en su defecto sean reconocidas las excepciones propuestas o luego de un análisis de fondo, sean denegadas por improcedentes las pretensiones de la parte actora.

Manifiesta que el H. Consejo de Estado amparado en su función de unificación jurisprudencial sentó a partir de la sentencia de 17 de octubre de 2013, que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular.

Señala que no obstante lo anterior, en sentencia de 10 de agosto de 2015, con ponencia del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo adoptó otra posición, cuyo eje está enfocado a realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustentan la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio in dubio pro reo, esconden deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o valoración probatoria de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son las que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación penal a su favor e



**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

inciden en la identificación del título en el cual habría de sustentarse la declaratoria de responsabilidad del Estado.

Sostiene que en el caso en particular la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN jugó un papel preponderante tanto para la iniciación del proceso, la imposición de la medida de aseguramiento, como en la preclusión de la investigación decretada por el juez de conocimiento, la cual fue concedida a instancia de esta entidad, quien teniendo la potestad acusadora, decide declinar su acusación y solicitar la extinción de la acción penal.

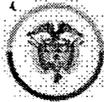
Afirma que el juez de control de garantías que actuó durante el proceso penal, cumplió las funciones que le asigna la Ley 906 de 2004 y las audiencias que dirigió fueron preliminares en las que no se discutió la responsabilidad penal del imputado, sino que el juez trabajó con elementos que no constituyen plena prueba y por ello la medida de aseguramiento impuesta obedeció a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación. Y es que cuando la FISCALÍA incumple sus deberes probatorios y el juez debe absolver al procesado no surge la responsabilidad del Estado respecto de la RAMA JUDICIAL, porque la privación tuvo origen en el caudal probatorio allegado inicialmente por el ente investigador el cual posteriormente no reunió los requisitos para convertirse en plena prueba y ser soporte de una decisión condenatoria.

Estima entonces, que el presente caso encuadra en una excepción a la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva, estando facultado el juez para estudiar de manera crítica el material probatorio en orden a determinar si el fundamento de la exoneración penal en realidad escondía deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria. En consecuencia, a su criterio deberá ser analizado el expediente penal, que fue solicitado como prueba por la parte demandante, en el que reposa el acta de la audiencia preparatoria, en la que se dejó constancia de que se cambió su objeto a preclusión, con lo que se demuestra la falta de legitimación de la RAMA JUDICIAL y la falta de relación causal entre el perjuicio reclamado y los hechos constitutivos del mismo.

Finalmente, señala que de las pruebas que fueron allegadas al proceso se extraen muchas contradicciones que hacen dudar de la verdadera existencia de los perjuicios reclamados. Así resalta que el testimonio de la señora Edilma fue practicado con el fin de ratificar las certificaciones laborales aportadas pero incurrió en abundantes inconsistencias y fue tachado de sospechoso por ser la madre de una de las demandantes y que en relación con los comprobantes de honorarios profesionales acudió el Dr. Jaime Ospino Gómez quien tiene un interés en las resultas del proceso porque es el apoderado de los actores.

#### **4.2 Fiscalía General de la Nación (fls. 915-919)**





**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

Recorre la sentencia de primera instancia y solicita que sea revocada debido a que la privación de la libertad en el caso bajo estudio obedeció al cumplimiento de un deber de orden constitucional tal como ha sido establecido por el artículo 250 de la Carta Política y además cumplió con los requisitos del artículo 28 Superior.

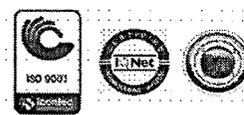
Manifiesta que uno de los deberes que se imponen a LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en la Constitución Política es el de adoptar las medidas necesarias para garantizar la comparecencia al proceso de los sindicados de la comisión de delitos, y para tal efecto el ordenamiento procesal penal ha instituido las medidas de aseguramiento que configuran la privación de la libertad en establecimientos especialmente destinados para tal efecto.

Considera que la A quo no analizó el contenido del acto mediante el cual se ordenó la captura de los señores LIDER MANUEL CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE, ejercicio necesario para verificar que procediera medida de aseguramiento privativa de la libertad, pues al tratarse de un conducta legítima de la entidad y en cumplimiento de un deber legal, no puede configurarse una "injusta" privación de la libertad, debido a que justamente el propósito del cumplimiento de las garantías establecidas en los códigos de procedimiento es que las actuaciones de las autoridades judiciales (entre ellos los fiscales) se encuentren ajustadas a derecho y de forma legítima impongan deberes a los ciudadanos que están en obligación de soportar.

Indica que la libertad es un derecho pero no tiene un alcance absoluto, sino que puede ser limitado en virtud de la necesidad de que el interés particular ceda ante el interés general y este último está representado por el mantenimiento del orden público mediante el adecuado funcionamiento del sistema judicial. Por lo anterior, la Constitución ha impuesto a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, el deber de garantizar la comparecencia al proceso penal de los sindicados de haber cometido conductas punibles y para ello existen herramientas como las medidas de aseguramiento.

Sostiene que todo pronunciamiento judicial dentro de procesos de indemnización de perjuicios derivados de la privación injusta de la libertad, cuando no se ha proferido una sentencia absolutoria, exige el análisis de las actuaciones adelantadas por las autoridades judiciales, tanto en la parte acusatoria o inquisitiva (Fiscalía), como aquellas encargadas del Juzgamiento (Juzgados y Salas Penales de Decisión de los Tribunales Superiores), pues no se trata de un aspecto que haya sido dejado por el legislador en manos de una sola de ellas.

Señala que en el presente caso no está demostrado que la imposición de la medida de aseguramiento no haya cumplido con alguno de los requisitos establecidos en el artículo 28 de la Constitución Política ni en el entonces





**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

vigente Código de Procedimiento Penal y en esa medida no puede considerarse que a los señores CASTELLAR y RIVERA, se les haya dado un trato discriminatorio que no estaban en obligación a soportar.

Concluye indicando que la valoración de las pruebas y su contradicción en el proceso penal, resultan un aspecto ajeno a la imposición de medida de aseguramiento, pues para este efecto sólo se requiere de la existencia de indicios graves y de esta forma para calificar de injusta la imposición de la medida provisional se requiere necesariamente analizar la decisión de la autoridad judicial, en este caso, el Fiscal, que adoptó tal decisión.

## **5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante auto de fecha 6 de abril de 2016 (fl. 950), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, se admitió el recurso de apelación interpuesto y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

### **5.1 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

#### **5.1.1 PARTE DEMANDANTE**

Se abstuvo de pronunciarse.

#### **5.1.2 PARTE DEMANDADA**

##### **5.1.2.1 POLICÍA NACIONAL (Fis. 954-957)**

Manifiesta que comparte la decisión adoptada respecto de absolver a la Policía Nacional, por cuanto los hechos de la demanda no le son reprochables jurídicamente y así lo confirma la realización de la audiencia de legalización de la captura ante el juez penal de control de garantías, el cual declaró la legalidad de la captura.

Señala que en el procedimiento policial que finalmente resultó en la captura de los señores LIDER MANUEL CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE, no se violó ningún derecho fundamental, sino que por el contrario se protegieron y se puso a los mencionados a disposición de la autoridad competente en su debida oportunidad.

Recuerda que la función jurisdiccional sólo la desempeñan las autoridades judiciales, no la POLICÍA NACIONAL, que simplemente presta un apoyo a la rama judicial, para el cumplimiento de sus funciones, en virtud de la colaboración armónica que debe existir entre las diferentes ramas del poder público.



Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

Indica que aunque tanto la Fiscalía General de la Nación, los jueces y la Policía Nacional pueden privar de la libertad a las personas, los regímenes jurídicos aplicables a cada una de estas entidades son distintos y la responsabilidad del Estado establecida en la Ley 270 de 1996 no es predicable de la última de estas.

Estima que no puede perderse de vista que se declaró la preclusión de la investigación por lo manifestado por quien era la esposa del fallecido Jaime Burgos Ospina, la cual no pudo identificar a los detenidos y en esa medida no puede configurarse ningún tipo de responsabilidad por la privación, ya que la actividad de la Policía fue legítima y no hay reproche al respecto.

Señala que no se probaron ninguna de las circunstancias o los hechos que se expusieron en la demanda y que sirvieron de fundamento a las pretensiones. De igual forma resalta que dentro del expediente penal no hay constancia de ninguna investigación en contra de los policías que realizaron la captura, ni mucho sentencia ejecutoriada en su contra, por lo que no hay reproche alguno frente a dicha diligencia.

Por último, se refirió a los testimonios recepcionados y las ratificaciones, indicando que no se probó que los señores LIDER y ANDERSON, estuvieran trabajando el día de la captura, que no se presentaron ratificaciones de los profesionales en psicología y contaduría y que la representante de Fashion Boutique Turbaco incurrió en muchas contradicciones.

Conforme a todo lo anterior, solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia en lo relativo al numeral quinto, que decidió absolver al Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

#### **5.1.2.2 RAMA JUDICIAL (Fls. 958-961)**

Reitera lo expuesto en el escrito de contestación de la demanda y en el recurso, resaltando que se configura una falta de legitimación en la causa material en favor de la Rama Judicial, pues ante la solicitud de preclusión del Fiscal del caso no tenía otra vía que conceder lo deprecado, pues la petición implicaba la intención del ente acusador de no seguir con su causa.

De igual forma, insiste en que es menester realizar un análisis del material probatorio obrante en el expediente a fin de que en caso de que se encuentre demostrada la responsabilidad del Estado, en cabeza de cualquiera de sus entes, la eventual condena sea ajustada a la realidad probatoria.

#### **5.1.2.3 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (Fls. 962-969)**

Reitera lo dicho en el escrito de contestación de la demanda, manifestando que en efecto, uno de los deberes que se imponen a la Fiscalía General de la



**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

Nación en la Constitución Política es el de adoptar las medidas necesarias para garantizar la comparecencia al proceso de los sindicatos en la comisión de delitos y para tal efecto el ordenamiento procesal penal ha instituido las medidas de aseguramiento.

Enfatiza que la privación de la libertad en el presente caso se configuró previa concurrencia de los requisitos establecidos en la legislación entonces vigente, como son la existencia de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, expedida con la observancia de las formalidades legales y por existencia de motivos previamente definidos, aspectos que son garantizados por el artículo 28 constitucional. En ese orden, estima que la Fiscalía obró de conformidad con el artículo 250 de la Carta Política

Manifiesta que el apoderado de la contraparte no prueba de lleno las sumas de los perjuicios materiales ocasionados en la modalidad de lucro cesante y demás conceptos ocasionados a los demandantes y que la cantidad cuantificada supera la realidad y los montos establecidos por el H. Consejo de Estado.

En esa medida, considera que no hay lugar al reconocimiento de perjuicios pues no existe prueba idónea que permita establecer su existencia, pero en caso de que se acceda a ordenar el pago de los mismos, deben regularse de conformidad con la sentencia de 4 de setiembre de 2014.

### **5.1.3 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

No existió pronunciamiento por parte del agente del Ministerio Público.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. ASUNTOS PREVIOS**

#### **1.1 Control de legalidad**

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

#### **1.2 Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las



Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

## 2. ASUNTO DE FONDO

### 2.1 Problemas jurídicos

En consideración a que la impugnación de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN se encamina en su mayor parte en sostener que es necesaria una valoración de las pruebas del proceso penal a fin de establecer si ocurrió una falla en el servicio, habida cuenta de que la entidad actuó bajo el cumplimiento de un deber constitucional, y que el recurso de la RAMA JUDICIAL destaca que es relevante identificar el título de responsabilidad que se debe aplicar al caso concreto, porque en sentencia de fecha 10 de agosto de 2015, el H. Consejo de Estado, con ponencia del Consejero JAIME ORLANDO SANTOFIMIO BOTERO, sobre el tema de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, adoptó una posición diferente a la responsabilidad OBJETIVA, cuyo eje está enfocado en realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustentan la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio in dubio pro reo, esconden deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o valoración probatoria de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son las que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación penal a su favor e inciden en la identificación del título en el cual habría de sustentarse la declaratoria de responsabilidad del Estado, la Sala habrá de resolver los siguientes interrogantes:

*¿La sentencia de primera instancia se debe confirmar y/o revocar?*

Como problemas jurídicos asociados necesarios para resolver el anterior, se requiere dilucidar los siguientes:

*¿Cuál es el régimen de responsabilidad por privación de la libertad que rige el caso concreto, objetivo o subjetivo?*

*¿Se causó un daño a los demandantes por la privación de la libertad de los señores LIDER CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE?*

*¿La RAMA JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, están legitimadas en la causa por pasiva para responder por los perjuicios causados a los demandantes por la privación injusta de la libertad de los señores LIDER CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE?*



Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

De igual forma, teniendo en cuenta que las recurrentes, manifiestan inconformidad respecto de los perjuicios que fueron reconocidos por el A quo, deberá estudiarse:

*¿Se encuentran acreditados y ajustados a los lineamientos jurisprudenciales los perjuicios materiales y morales reconocidos por la juez de primera instancia?*

## **2.2 Tesis que sustentará la Sala**

La Sala de Decisión considera que, debe ser confirmada parcialmente la decisión del A quo, porque: i) en el presente caso nos encontramos bajo un régimen de responsabilidad objetivo, ii) la privación de la libertad de los señores LIDER CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE se presentó en vigencia de la Ley 906 de 2004, lo que hace que sea la RAMA JUDICIAL, la responsable por los perjuicios irrogados a los demandantes, ya que la facultad de privar de la libertad se encuentra en cabeza del juez penal, ya sea el de control de garantías o el de conocimiento, iii) los aludidos fueron capturados presuntamente en flagrancia imputándoseles conductas punibles frente a las cuales su derecho a la libertad debía primar según la Constitución Política y Tratados Internacionales, iv) no hay necesidad que el juez administrativo valore el acervo probatorio allegado a la investigación penal, pues el juez de conocimiento ordenó la preclusión de la investigación con fundamento en la causal del artículo 332 del CPP que reza la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, concluyendo que todas las inconsistencias que se desprendieron de las diligencias que sirvieron de sustento para adelantar el proceso penal e imponer la medida de aseguramiento, daban cuenta de que en realidad estos señores no fueron los que físicamente participaron de la conducta delictiva que se les endilgaba.

De igual forma, considera la Sala que debe modificarse la decisión, en relación a lo concedido por la A quo a título de perjuicios morales en favor de AILYS JULIANA RIVERA GARCÉS, pues según se observa del registro civil de nacimiento de la menor, para el momento en que su padre, el señor ANDERSON RIVERA AGUIRRE, estuvo privado de la libertad, ella no gozaba del atributo de la personalidad que le permitiera ser titular de dicho perjuicio.

## **3. Marco normativo y jurisprudencial.**

### **3.1 Presupuestos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado**

Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización" de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés.



Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

Así, según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración de un daño antijurídico causado a un ciudadano, y de su imputación a la administración, tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo; argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar su jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012<sup>1</sup> y de 23 de agosto de 2012<sup>2</sup>.

En ese orden, el daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad, según lo explica la Corte Constitucional, en que él no debe ser soportado por el ciudadano, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es "irrazonable," sin depender "de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración."<sup>3</sup>

El daño antijurídico, además debe ser cierto, presente o futuro, determinado o determinable<sup>4</sup>, anormal<sup>5</sup> y debe tratarse de una situación jurídicamente protegida<sup>6</sup>.

Sobre la imputación, en la actualidad se exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica<sup>7</sup>, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente del Consejo de Estado: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada–; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal–; riesgo excepcional).

Dicha atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>8</sup>, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede aplicar la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no aplicarse la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si se

<sup>1</sup> Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente: 21515. MP: Hernán Andrade Rincón.

<sup>2</sup> Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente: 23492. MP: Hernán Andrade Rincón.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>4</sup> Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

<sup>5</sup> "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

<sup>6</sup> Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

<sup>7</sup> "La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos". SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

<sup>8</sup> Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente: 23492.





Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

acogen los criterios del riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera:

*"(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas -a manera de recetario- un específico título de imputación"?*

### 3.2 Del derecho a la libertad individual

La libertad personal, como valor superior y pilar de nuestro ordenamiento, es un auténtico derecho fundamental que sólo admite limitación "en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley" (artículo 28 C.P.).

Este derecho ha sido regulado por normas internacionales, que de conformidad con el artículo 93 Superior, se incorporan a nuestro Orden Constitucional:

- *En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante la Ley 74 de 1968, se expresa que "Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta..."*

- *En la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972, se dice que: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas".*

Todo lo anterior lleva a concluir en palabras del H. Consejo de Estado que dentro del catálogo de derechos contenido en la Constitución Nacional, la garantía de la libertad ocupa un especial e importantísimo lugar, esto es, la posición de derecho fundamental cuya eficacia emerge como el hilo conductor de todo el ordenamiento democrático y vincula a todas las manifestaciones del poder público y, fundamentalmente, al juez de

<sup>9</sup> "En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado". Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515 y 23 de agosto de 2012, expediente: 24392.



Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

responsabilidad extracontractual del Estado a quien se le impone el velar por la reparación integral de los perjuicios<sup>10</sup>.

Es por esto, que la limitación o restricción al derecho de libertad lleva consigo la configuración de un daño antijurídico que, en principio, el ciudadano no está obligado a soportar, en tanto no haya una razón jurídica que imponga tal carga, como es la comisión de una conducta punible, caso en el cual el particular puede ser restringido o privado de tal derecho.<sup>11</sup>.

### 3.3 Del régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad

En torno a la privación injusta de la libertad varias han sido las líneas jurisprudenciales de la Sección Tercera de la Corporación de cierre:

La **primera etapa** fue restrictiva, puesto que se aplicaba la teoría subjetiva según la cual, la declaración de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, estaba condicionada a la acreditación de un error judicial ostensible, producto de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada de las distintas circunstancias del caso y sin que resultare relevante el estudio de la conducta del respectivo juez o magistrado, a efecto de establecer si la misma estuvo acompañada de culpa o de dolo<sup>12</sup>.

En ese sentido, se decía que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido y su detención preventiva ordenada con el lleno de los requisitos legales, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención<sup>13</sup>.

En la **segunda etapa**, el Consejo de Estado introduce el régimen de responsabilidad objetiva para los casos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, eventos en los cuales se presume que se presenta una privación injusta de la libertad<sup>14</sup>, y resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa<sup>15</sup> o en una falla en el servicio<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 29 de enero de 2018, Radicación: 81001-23-33-000-2015-00033-01(57613), C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

<sup>11</sup> IBIDEM

<sup>12</sup> Sentencia del 30 de junio de 1994, exp. 9734.

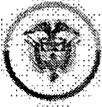
<sup>13</sup> Sección Tercera, sentencia del 25 de julio de 1.994 (expediente 8666).

<sup>14</sup> Sección Tercera, sentencia del 17 de noviembre de 1995 (expediente 10.056).

<sup>15</sup> Sección Tercera, sentencia del 15 de septiembre de 1994 (expediente 9391).

<sup>16</sup> Sentencia del 12 de diciembre de 1996, exp. 10.229.





Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

Y mantiene el régimen subjetivo para aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, en los cuales se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter "injusto" sino "injustificado" de la detención.

En un **tercer momento**, la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisó que la responsabilidad del Estado en los eventos contemplados en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, era de carácter objetivo, pues no derivaba de la antijuridicidad de la conducta del agente del Estado, sino de la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima, en tanto que ésta no tenía la obligación jurídica de soportarlo<sup>17</sup>, de suerte que tal conclusión se adoptaría independientemente de la legalidad o ilegalidad de la decisión judicial o de la actuación estatal, o de que la conducta del agente del Estado causante del daño hubiere sido dolosa o culposa<sup>18</sup> toda vez que tales elementos solo son ostensibles en las actuaciones, no del Estado, sino de sus agentes.

Finalmente, en una **cuarta etapa**, la Sección Tercera del Consejo de Estado amplió los eventos en los cuales se puede declarar al Estado responsable por privación injusta de la libertad, bajo un título objetivo de imputación, a todos aquellos en los cuales el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación), incluyendo el evento del in dubio pro reo<sup>19</sup>, pues no se logra desvirtuar la presunción de inocencia. Es decir, que aunque la privación de la libertad se **hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales**, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos –cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la respectiva medida de aseguramiento<sup>20</sup>-. Se precisa además que no interesa si la privación fue intramural, domiciliaria, o consista en restricciones para salir del país o para cambiar de domicilio<sup>21</sup>.

El Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013<sup>22</sup>, reitera lo referido en cuanto a la ampliación de los eventos para declarar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad bajo un título de

<sup>17</sup> Sentencia de 4 de abril de 2002, exp. 13.606.

<sup>18</sup> Sentencia del 27 de septiembre de 2000, exp. 11.601; sentencia del 25 de enero de 2001, exp. 11.413.

<sup>19</sup> Ver sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente: 13.168. Sentencia de febrero 20 de 2008, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, expediente 15980. Sentencia de junio 5 de 2008, C.P.: Enrique Gil Botero, expediente 16819. Sentencia del 13 de agosto de 2008, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, exp.:17.954. Sentencia del 13 de mayo de 2009, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, exp.: 17.061

<sup>20</sup> Sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 15.463.

<sup>21</sup> Sección Tercera, sentencia del 7 de julio de 2016. Exp. 40344. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>22</sup> Sección Tercera, subsección A, Sentencia del 17 de octubre de 2013. Exp. 23354. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.



Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

imputación objetivo<sup>23</sup> para todos los casos en las cuales el privado de su libertad resulte absuelto, y lo justifica aduciendo que no se puede limitar el alcance de la cláusula general de responsabilidad del Estado contenida en el artículo 90 Superior, con base en preceptos infraconstitucionales derogados, tal como el contenido en el artículo 414 el Decreto 2700 de 1991, resaltando además que el artículo 65 de la Ley 270 de 1991<sup>24</sup> "no introduce limitación o condicionamiento alguno encaminado a impedir el juzgamiento o la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la actividad de la Administración de Justicia, distinto de la causación de un daño antijurídico<sup>25</sup>."

En ese sentido, expone:

*"Y es que la exigencia de yerros, de fallas, de actuaciones dolosas o gravemente culposas como presupuesto sine qua non exigible para que pueda configurarse la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, refleja cierta tendencia —equivocada, por supuesto, en criterio de la Sala— a confundir o entremezclar, indebidamente, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado —previstos en el inciso primero del artículo 90 constitucional— con los de la responsabilidad personal de sus agentes —consagrados en el inciso segundo ídem—, de suerte que con evidentes inconsistencia conceptual y transgresión constitucional, se exige para la declaratoria de la responsabilidad del primero, aquello que realmente sólo cabe constatar como requisito insoslayable de cara a la deducción de responsabilidad de los segundos."*

En la misma providencia, reitera que "la injusticia" de la privación de la libertad en todos los casos en que el proceso penal no culmine con sentencia condenatoria no deriva de la antijuridicidad o de la ilicitud del proceder del aparato judicial o de sus funcionarios, sino del daño antijurídico que la víctima no tenía el deber de soportar" en tanto el Estado no pudo desvirtuar la presunción constitucional de inocencia del afectado, que siempre se mantuvo incólume.

Igualmente, recalca que la libertad, como principio, valor y derecho fundamental, solo admite limitación en virtud de una Ley, tal como lo manda el artículo 28 de nuestra Constitución, y su privación, excepcionalmente puede tener lugar como medida distinta a una pena impuesta en sentencia judicial ejecutoriada, ello con el fin de proteger el principio universal de la

<sup>23</sup>Ibídem: "para la Sala resulta palmario que la procedencia de la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad de las personas con ocasión de la instrucción de un proceso penal, no requiere para su operatividad de la concurrencia necesaria de un error jurisdiccional o de un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia o de una determinada falla en el cumplimiento de las funciones a cargo del Estado."

<sup>24</sup> De acuerdo con el cual "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales".

<sup>25</sup> Cfr. Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007; Radicación No.: 20001-23-31-000-3423-01; Expediente No. 15.463, antes citada.



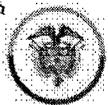
Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

presunción de inocencia establecido en el artículo 29 de la Constitución<sup>26</sup>, por lo cual, aunque la detención preventiva emerge como un instrumento válido para el desarrollo del cometido estatal de perseguir los delitos, no se puede predicar de ella que es una carga que todos los ciudadanos deben soportar, pues ello contradice los principios básicos consagrados en la Convención de Derechos Humanos y en la Constitución Política. De manera que, quien sea privado preventivamente de su libertad y luego absuelto, habrá sido víctima de un **daño especial**, puesto que *"mientras la causación de ese daño redundará en beneficio de la colectividad –interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias–, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad"*.

Finalmente, en la Sentencia de Unificación, se concluye que *"si se atribuyen y se respetan los alcances que en el sistema jurídico nacional corresponden tanto a la **presunción constitucional de inocencia** como al principio-valor-derecho fundamental a la **libertad**, -cuya privación cautelar está gobernada por el postulado de la excepcionalidad, según se ha expuesto, **resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia al proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego absolver de responsabilidad penal al sindicado en aplicación del principio in dubio pro reo, haya sido un proceder ajustado o contrario a Derecho**, en el cual resulte identificable, o no, una falla en el servicio, un error judicial o el obrar doloso o gravemente culposo del agente judicial, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, devendrá en intrascendente –en todo sentido– que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, **pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, se habrá irrogado un daño especial a un individuo.** (...) Y se habrá causado un **daño especial** a la persona preventivamente privada de su libertad y posteriormente absuelta, en la medida en que mientras la causación de ese daño redundará en beneficio de la colectividad –interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias–, **sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad, a aquella persona en quien, infortunadamente, se concretó el carácter excepcional de la detención preventiva y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento***

<sup>26</sup> Los anteriores planteamientos han sido expuestos por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado frente a casos similares al presente, tal como quedó consignado en las sentencias proferidas el 12 y 26 de mayo de 2011, expedientes 20.665 y 18.895, respectivamente, reiteradas, en forma reciente, en proveído de 21 de marzo de 2012, exp. 40.455.





Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

**que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el tantas veces aludido artículo 90 constitucional.”** (Algunas negrillas del propio texto).

Esta posición viene siendo reiterada por la diferentes Subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, insistiendo de manera general en la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad y señalando que se impone su declaración en todos los eventos en los cuales el implicado correspondiente que ha sido privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación en su favor, cuando en el proceso que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se determine que: i) el hecho no existió; ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica, siempre y cuando no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional en cuyo caso deberá aplicarse un régimen subjetivo de responsabilidad. De igual forma el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha resaltado que la posibilidad de declaratoria de responsabilidad estatal, no excluye a aquellos casos en que se dé aplicación al principio in dubio pro reo.<sup>27</sup>

### **3.4 Análisis del dolo o culpa grave en la conducta de quien fue privado de la libertad<sup>28</sup>**

El H. Consejo de Estado, ha sostenido que si bien el art. 90 impone el deber de reparación del daño antijurídico en términos categóricos, este imperativo no opera en el ordenamiento alejado de disposiciones constitucionales que imponen deberes que igualmente resultan exigibles. De ahí la necesidad de que al margen de la privación de la libertad, se verifique la actuación de quien resultó detenido, esto es, si fue gravemente culposa o dolosa, caso en el cual los artículos 83 y 95 de la Carta Política impiden el reconocimiento de la indemnización.

Conforme a lo anterior, se tiene que, previo al reconocimiento de la indemnización por privación injusta de la libertad, debe el juez de lo contencioso administrativo verificar la actuación del demandante. Cabe advertir que en cumplimiento de este requisito, en modo alguno, se trata de una autorización para revisar nuevamente el proceso penal “en tercera instancia”. En este sentido, se ha de aceptar como verdad inobjetable que le está vedado pronunciarse sobre el carácter delictivo o no de los hechos bajo estudio o el reproche de la conducta del procesado a la luz de la ley penal. Esto es el juicio que le corresponde adelantar al juez de la reparación directa, en orden a resolver sobre la obligación de indemnizar el daño

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de noviembre de 2017, C.P: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Rad: 68001-23-31-000-2008-00735-01(49009); Sentencia de 13 de diciembre de 2017, C.P: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, Rad: 25000-23-26-000-2005-02508-01(43531); Sentencia de 29 de enero de 2018, C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Rad: 81001-23-33-000-2015-00033-01(57613).

<sup>28</sup> IBIDEM



**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

derivado de la privación injusta de la libertad, trata del ilícito civil, construido al amparo de las normas y los principios y valores constitucionales para los que no hay derechos absolutos desprovistos de compromisos institucionales dirigidos a construir un estado social justo.

Siendo así, es necesario tener en cuenta que el concepto civil de la culpa es sustancialmente diferente al que es propio en el ámbito penal. Al respecto, vale la pena traer a colación que mientras en el Código Civil la culpa demanda de una confrontación objetiva con un estándar general, según la situación del agente en un sistema de relaciones jurídicas, el juicio de culpabilidad en sede penal comporta un reproche subjetivo a la conducta particular en orden a la realización de la infracción, la culpa grave, equivalente al dolo civil, tiene que ver con el desconocimiento inexcusable de un patrón socialmente aceptado de comportamiento sindicado a quien se le reprocha haber obrado de un modo contrario a la norma penal, estando en condiciones de haber obrado distinto. Ello implica que, en el juicio penal, el análisis de la culpa, en tanto elemento eminentemente subjetivo del delito, subordine el juicio de reproche a las circunstancias particulares de quien realiza la conducta. Así, mientras que en el ámbito de lo civil bastará acreditar que la actuación impugnada no satisface las exigencias objetivas del comportamiento, en el juicio penal se han de ponderar circunstancias meramente subjetivas como las pasiones (miedo, ira), el grado de educación, los antecedentes personales, etc. De tal manera que, en tanto en el ámbito de lo civil el reproche se deriva de un análisis comparativo, en el juicio penal de circunstancias particulares.

Al respecto, cabe señalar que la gradación o calificación de la culpa civil del actor como dolosa o gravemente culposa se realiza desde la perspectiva del artículo 63 del Código Civil. Es decir no se deriva de las características subjetivas del agente, sino de una posición relacional objetiva, esto es, a la luz de la confrontación de la conducta del actor con un estándar objetivo de corrección que utiliza el modelo de conducta, conocido desde antaño del buen pater familias, para cuya conformación debe tenerse presente las reglas propias de las funciones, profesiones u oficios desarrollados. Esto es, a manera de ejemplo es dable sostener que el buen profesional de la medicina diligencia correctamente las historias clínicas y que todo conductor conoce y acata las normas de tránsito.

#### **4. EL CASO CONCRETO**

##### **4.1.1 Hechos relevantes probados**

**Referentes al Señor LIDER MANUEL CASTELLAR REYES y sus familiares:**

4.1.1.1 Nació el 26 de abril de 1975, es decir tenía 36 años cuando fue privado de la libertad; además es hijo de MARÍA DEL CARMEN



Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

REYES DE CASTELLAR y PEDRO DAMIAN CASTELLAR ARRIETA (Fl. 82).

- 4.1.1.2 Reposa en el expediente, declaración extrajuicio de fecha 18 de julio de 2011, rendida por la señora LAURA VANESSA CASTRO SARMIENTO, en la que manifiesta que para la fecha, convivía con el señor CASTELLAR REYES desde hacía 3 años, procreado un hijo llamado DAMIAN ADOLFO CASTELLAR CASTRO, quien junto a ella dependía económicamente del aludido ciudadano (Fl. 108).
- 4.1.1.3 Los señores LIDER MANUEL CASTELLAR REYES y LAURA VANESSA CASTRO SARMIENTO, son padres del menor DAMIAN ADOLFO CASTELLAR CASTRO, quien nació el 29 de marzo de 2009 (Fl. 109).
- 4.1.1.4 El señor LIDER MANUEL CASTELLAR REYES es padre del menor LEIDER MANUEL CASTELLAR PÁJARO, nacido el 21 de marzo del 2007 (Fl. 112)
- 4.1.1.5 El señor LIDER MANUEL CASTELLA REYES, es hermano de ONIRIS DEL ROSARIO CASTELLAR REYES, CECILIO RAFAEL CASTELLAR REYES, LUIS CARLOS CASTELLAR REYES, TEDDY ALFONSO CASTELLAR REYES (Fls.122, 125, 128 y 131).
- 4.1.1.6 Según certificado de fecha 2 de diciembre de 2011, suscrito por la señora Edilma Garcés Tibaduiza, en calidad de Representante Legal del Establecimiento de Comercio Fashion Boutique Turbaco, LIDER MANUEL CASTELLAR REYES, labora desde el mes de agosto de 2010 como distribuidor y cobrador de mercancías textiles y de la moda, devengando un básico de \$650.000 más comisiones del 10%, que conllevan a un promedio total mensual de \$1.650.000 (Fl. 83). Figura también certificación con fecha 2 de febrero de 2015, en la que se reitera lo señalado en relación con el salario y las funciones desempeñadas y que fue aportada durante la ratificación realizada en relación con el primero de estos documentos (Fl. 778).

En el marco de la ratificación de la primera de estas certificaciones, realizada el 9 de marzo de 2015 en el curso de la audiencia de pruebas (Fls. 765-769A, incluyendo CD contentivo de audio y video), la señora Garcés Tibaduiza, manifestó que su establecimiento de comercio se llama Fashion Boutique, sin embargo no recordaba el número de matrícula y que le fue imposible allegar la documentación relacionada con soportes de pago pues la guardaba en Turbaco y ese almacén fue saqueado.

Señaló también, que LIDER CASTELLAR trabajó para ella desde el 2012 o 2005 y que sus funciones consistían en repartir mercancía. De igual forma, manifestó que le pagaba como salario un básico



**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

correspondiente al mínimo, pero según el rendimiento le reconocía unos porcentajes adicionales, así a veces ganaba \$1.200.000, \$1.150.000, 1.700.000, pero hablando de una suma en particular señaló la de \$850.000.

Admitió que no tenía al referido señor afiliado a seguridad social, pues se trataba de una empresa familiar que apenas estaba iniciando y que tampoco tenía inscritos libros en la Cámara de Comercio. En cuanto a los salarios, relató que se los pagaba en efectivo.

4.1.1.7 A folio 85 del expediente, reposa poder conferido por el señor LIDER MANUEL CASTELLAR REYES al abogado Jaime Alfonso Ospino Gómez para que en su nombre y representación, asumiera su defensa técnica dentro del proceso penal 201103608.

4.1.1.8 Figura en el plenario paz y salvo suscrito por el abogado Jaime Ospino Gómez, en favor del señor CASTELLAR REYES, en el que hace constar que recibió de este último la suma de \$20.000.000 por concepto de honorarios profesionales, por ejercer su defensa técnica dentro del proceso penal 13001-60-01129-2011-03608-00 por los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO y FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES (FI. 86)

Al respecto de este documento se efectuó ratificación en el marco de la audiencia de pruebas celebrada el 9 de marzo de 2015 (Fls. 765-769A, incluyendo CD contentivo de audio y video) y en ese trámite el abogado Ospino Gómez manifestó que recibió pago de honorarios pero no directamente del señor LIDER CASTELLAR REYES, sino de sus hermanos y estos se causaron por concepto de llevar la defensa técnica del aludido demandante privado de la libertad por una investigación que corría en su contra por el delito de homicidio agravado y hurto y fabricación ilegal de armas.

Relató el togado que el día siguiente a aquel en que LIDER CASTELLAR fue detenido, sus familiares recurrieron a él, solicitándole que le asistiera como defensor, sin embargo en principio no estuvo muy interesado, pues se le había comentado por varios colegas que estaba de por medio el homicidio de un abogado y que el tema era delicado.

Afirma que ante la insistencia accedió a concurrir a las audiencias concentradas, a las que acudió con su asistente el Dr. Roberto Junco y cobró por ello la suma de \$1.500.000, pero al día siguiente acordó encargarse de la defensa por un total de \$20.000.000, que



Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

incluían el valor inicialmente pagado y abarcaba todo lo necesario para la investigación que debía adelantarse.

Señala entonces que en total, recibió \$20.000.000, que fueron pagados en efectivo en varias partidas en el término de lo que duró el proceso, expidiendo en favor de los obligados los correspondientes recibos.

Por último, relató que los hermanos del señor LIDER CASTELLAR REYES, suscribieron contrato de prestación de servicios profesionales y una letra de cambio que les devolvió una vez extinguida la obligación.

4.1.1.9 Reposa a folio 780 del expediente paz y salvo allegado con fines de ratificación y suscrito por el abogado Jaime Ospino Gómez por la suma de \$20.000.000 por concepto de honorarios por la defensa técnica asumida dentro del proceso penal 13001-60-01129-2011-03608-00 que adelantó la Fiscalía 34 en contra del señor LIDER CASTELLAR REYES por los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO y FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES y que dicho dinero fue recibido de la siguiente forma:

-\$1.500.000 recibidos de parte del señor LUÍS CARLOS CASTELLAR REYES para asistir a las audiencias concentradas del día 14 de julio de 2011.

-\$5.000.000 recibidos de parte del señor TEDY CASTELLAR REYES, el día 20 de julio de 2011.

-\$3.500.000 recibidos del señor CECILIO CASTELLAR REYES, el día 18 de octubre de 2011.

-\$4.500.000 recibidos del señor CECILIO CASTELLAR REYES, el día 17 de noviembre de 2011.

-\$5.000.000 recibidos del señor TEDDY CASTELLAR REYES, el día 9 de diciembre de 2011.

4.1.1.10 Durante la audiencia de pruebas, para fines de ratificación y exhibición de documentos también se allegaron copias de 5 recibos de pago, que militan de folios 781 a 785:

-Con fecha 14 de julio de 2011, a favor de los señores CECILIO CASTELLAR REYES y TEDY CASTELLAR REYES, por \$1.500.000 por concepto de asistir a LIDER CASTELLAR en audiencias concentradas- atiende Dr. Roberto Junco.

-Con fecha 20 de julio de 2011, a favor de TEDDY CASTELLAR, por \$5.000.000, como abono de la defensa técnica penal de LIDER CASTELLAR R, SPOA 13001-60-01129-2011-0368-00.

-Con fecha 18 de octubre de 2011, a favor de CECILIO CASTELLAR



**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

REYES, por \$3.500.000, como abono defensa técnica penal de LIDER CASTELLAR REYES POA 1129-2011-368.

- Con fecha 17 de noviembre de 2011, a favor de CECILIO CASTELLAR REYES, por \$4.500.000, por defensa penal de LIDER CASTELLAR REYES SPOA 13001-60-01129-2011-036800.

-Con fecha 9 de diciembre de 2011, a favor del señor TEDDY CASTELLAR REYES, por \$5.000.000, como pago final por defensa penal de LIDER CASTELLAR REYES- preclusión.

También se aportó copia de una letra de cambio por la suma de \$20.000.000, suscrita por los señores LUÍS CARLOS CASTELLAR y CECILIO CASTELLAR (Fl. 786). De igual forma, se allegó copia de contrato de prestación de servicios profesionales para la defensa técnica penal del señor LIDER CASTELLAR REYES dentro del proceso que se adelantó en su contra por los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO y FABRICACIÓN TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES, por valor de \$20.000.000; dicho acuerdo de voluntades fue celebrado entre los señores TEDDY ALFONSO CASTELLAR REYES, CECILIO RAFAÉL CASTELLAR REYES, CARLOS CASTELLAR REYES y el abogado Jaime Ospino Gómez (Fls. 787-788).

Finalmente, se aportó paz y salvo a favor del señor LIDER CASTELLAR REYES y se hizo constar en el mismo la devolución de letra de cambio entregada para respaldar la obligación suscrita por los señores TEDDY, CECILIO y LUÍS CARLOS CASTELLAR REYES (Fl. 789).

- 4.1.1.11 Según evaluación psicológica realizada al señor LIDER MANUEL CASTELLAR REYES, por la Psicóloga Yurika Lorett Velásquez (Fls. 87-88), el demandante, en razón de lo que vivió mientras estuvo privado de la libertad, presenta un daño psicoemocional que no le permite realizar de manera adecuada sus funciones cotidianas, presenta delirios de persecución, siente temores al relacionarse con los demás y al ver miembros de la Policía, de igual forma, se ha convertido en una persona insegura, con episodios de depresión, que permanece angustiada cuando recuerda el suceso negativo y posee trastornos del sueño.

Hizo constar la profesional, que al actor se le han realizado 6 sesiones mostrando lenta evolución y se le recomienda asistir a las citas que sean necesarias para efectuar un seguimiento.

- 4.1.1.12 Según certificado de antecedentes de la Procuraduría General de la Nación, a 17 de julio de 2011, el señor LIDER MANUEL CASTELLAR REYES, no registraba sanciones ni inhabilidades vigentes (Fl. 90).





Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

- 4.1.1.13 De acuerdo con certificado expedido por la Contraloría General de la República, el señor CASTELLAR REYES, a boletín con fecha de corte de 30 de junio de 2011, no figuraba reportado (Fl. 91).
- 4.1.1.14 Según certificaciones emanadas de las Inspecciones de Policía de Malagana y Arjona, a 10 de agosto y 18 d julio de 2011, el señor LIDER CASTELLAR REYES, demostraba buena conducta y no registraba antecedentes de carácter policivo (Fls. 92-93).
- 4.1.1.15 Según declaración rendida ante notario, por el señor Jorge Luís Sandoval Villadiego el 2 de agosto de 2011, el señor LIDER CASTELLAR REYES, es residente de Arjona Bolívar, en la calle Lomba y es una persona seria, honesta, trabajadora, buen padre y compañero ejemplar y que jamás ha tenido problemas con la justicia (Fl. 97)
- 4.1.1.16 Conforme a lo manifestado por el señor Hernando Castro Reyes en documento de fecha 19 de julio de 2011, el señor CASTELLAR REYES es una persona de bien, responsable y trabajadora, capaz de convivir en sociedad (Fl. 98)

**Referentes al señor ANDERSON RIVERA AGUIRRE y sus familiares:**

- 4.1.1.17 Nació el 9 de septiembre de 1989, es decir estando privado de la libertad cumplió 22 años; además era hijo de BLANCA MIRIAM AGUIRRE GAMEZ y MARTÍN RIVERA PÉREZ (Fl. 151). Falleció el 2 de mayo de 2012 (Fl. 153).
- 4.1.1.18 Según acta de declaración jurada de fecha 20 de diciembre de 2011, rendida por los señores ANDERSON RIVERA AGUIRRE y GEINIS MARÍA GARCÉS TIBADUIZA, estos convivieron en unión libre bajo el mismo techo y de forma permanente desde el 21 de diciembre de 2009 (Fl. 155).
- 4.1.1.19 El fallecido señor RIVERA AGUIRRE y la señora GARCÉS TIBADUIZA, son los padres de la menor AILYS JULIANA, nacida el 23 de diciembre de 2011 (Fl. 157).
- 4.1.1.20 Era hermano de MARCELA RIVERA AGUIRRE, MARTHA RIVERA AGUIRRE y MARYI RIVERA AGUIRRE (Fls. 213, 216 y 219)
- 4.1.1.21 Según certificado de fecha 2 de diciembre de 2011, suscrito por la señora Edilma Garcés Tibaduiza, en calidad de Representante Legal del Establecimiento de Comercio Fashion Boutique Turbaco, ANDERSON RIVERA AGUIRRE, laboró desde el mes de enero de



**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

2011 como distribuidor y cobrador de mercancías textiles y de la moda, devengando un básico de \$650.000 más comisiones del 10%, que conllevan a un promedio total mensual de \$1.650.000 (Fl. 154). Figura igualmente certificación con fecha 2 de febrero de 2015 en la que se reitera lo señalado en relación con el salario percibido y las funciones realizadas y que fue aportada durante la ratificación efectuada en relación con el primero de estos documentos (Fl. 777).

En el marco de la ratificación de la primera de estas certificaciones, realizada el 9 de marzo de 2015 en el curso de la audiencia de pruebas (Fls. 765-769A, incluyendo CD contentivo de audio y video), la señora Garcés Tibaduiza manifestó que trabajó para ella, desempeñándose como administrador y cobrador, pero que no tenía muy presente el año en que empezó a laborar en su empresa, que podía ser entre 2011 y 2014, o desde el 2010. Así mismo, afirmó en primer lugar que como cumplía dos funciones le daba un básico de \$1.150.000 más comisiones, pero luego indicó que el monto mínimo era de \$1.000.000.

Admitió que no tenía al referido señor afiliado a seguridad social, pues se trataba de una empresa familiar que apenas estaba iniciando y que tampoco tenía inscritos libros en la Cámara de Comercio. En cuanto a los salarios, relató que se los pagaba en efectivo.

- 4.1.1.22 A folio 159 figura poder otorgado por el señor ANDERSON RIVERA AGUIRRE AL ABOGADO Víctor Manuel López López para que en su nombre y representación ejerciera su defensa técnica dentro del proceso penal 201103608.
- 4.1.1.23 Reposo en el plenario paz y salvo por \$20.0000.000, suscrito por el abogado Víctor Manuel López López, en favor de la señora GEINIS MARÍA GARCÉS TIBADUIZA, en calidad de compañera permanente del fallecido ANDERSON RIVERA AGUIRRE. Esto en razón de honorarios profesionales por ejercer la defensa de este último en el proceso penal 120016001129201103608 (Fl. 158).
- 4.1.1.24 De conformidad con certificación emitida por el contador público Miguel Ángel González Jiménez, la señora GEINIS MARÍA GARCÉS TIBADUIZA, incurrió en gastos de \$10.000.000 por concepto de atención personal del señor RIVERA AGUIRRE en la cárcel, discriminado así: 2 colchonetas, 2 abanicos, llamadas telefónicas, transporte, alimentación especial, medicinas, ropa, sábanas, fundas, elementos de aseo, televisor, radio (Fl. 161).



Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

- 4.1.1.25 Conforme certificación emitida por el Contador Hernando Martínez Jiménez, la señora BLANCA MIRYAN AGUIRRE AGAMEZ, durante el año 2011 incurrió en gastos de \$10.000.000, correspondientes a 5 viajes desde el municipio de Santa Rosa del Sur-Bolívar a Cartagena para visitar a su hijo recluido en la Cárcel de Ternera, esto incluye transportes (intermunicipales y urbanos), alojamiento y manutención (Fl. 245).
- 4.1.1.26 Según evaluación psicológica realizada al señor ANDERSON RIVERA AGUIRRE, por la Psicóloga Yurika Lorett Velásquez (Fl. 164), el fallecido, en razón de lo que vivió mientras estuvo privado de la libertad, sufrió un daño psicoemocional que no le permitía realizar de manera adecuada sus funciones cotidianas, presentó delirios de persecución, temores al relacionarse con los demás, su autoestima era muy baja y padeció episodios de depresión y angustia cuando recordaba el suceso. De igual forma se sentía estresado al no poder brindarle a su familia lo que requerían.
- Hizo constar la profesional, que también se le realizaron 6 sesiones mostrando lenta evolución y se le recomienda asistir a las citas que fueran necesarias para realizar un seguimiento.
- 4.1.1.27 De conformidad con certificado expedido por la Contraloría General de la República el señor RIVERA AGUIRRE, no figuraba reportado en el boletín con corte a 30 de junio de 2011 (fl. 166).
- 4.1.1.28 Según hizo constar el Comandante de la Estación de Policía de Santa Rosa, a 16 de agosto de 2011, el señor ANDERSON RIVERA, no tenía ningún antecedente en esa unidad policial y según lo manifestado por la señora MARYI RIVERA AGUIRRE, desde hacía 6 meses se había desplazado a la ciudad de Cartagena en la urbanización Flor del Campo Manzana 11 C lote 19, donde residía con su pareja (Fl. 167).
- 4.1.1.29 Conforme a certificaciones expedidas por la Personería Municipal de Santa Rosa del Sur y la Fundación Social y Empresarial Colombiana, el señor RIVERA AGUIRRE, durante su permanencia en el municipio de Santa Rosa del Sur-Bolívar, se destacó como un ciudadano de bien, de buenos modales y comportamiento, trabajador y honesto (Fls. 169 y 170).
- 4.1.1.30 Según declaraciones con fines extraprocesales rendidas por las señoras Yomaris Vásquez Castro y Marqueza Jaraba Ramos en agosto de 2011, ANDERSON RIVERA era una persona que gozaba de buena conducta, responsable, buen esposo, hijo, amigo y vecino, colaborador y no había tenido problemas con la





**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

comunidad o la justicia (Fls. 171 y 172).

- 4.1.1.31 Conforme a documentos suscritos por los señores Valerio García Velandia, Yesid Vargas García, Aldemar Campos Marin, Gladis Amanda Riaño Cuervo y Francisco Alzamora del Toro, el fallecido ANDERSON RIVERA, era conocido como un hombre de bien, de buenas costumbres, colaborador, honesto y responsable (Fls. 173-177).
- 4.1.1.32 De folios 178 a 180 figura una lista de firmas de ciudadanos que aseguran ser residentes del barrio Flor del Campo de la ciudad de Cartagena y que manifiestan dar fe de que el señor RIVERA AGUIRRE convivía con ellos en perfecta armonía, demostrando ser una persona íntegra y responsable ante todo.
- 4.1.1.33 De folios 181 a 207 reposa lista de firmas de quienes manifiestan ser habitantes del Municipio de Santa Rosa del Sur-Bolívar y que conocían al señor ANDERSON RIVERA AGUIRRE como un joven de buenos antecedentes y costumbres, proveniente de una familia de la que no se conocen reproches.

**Referentes a los señores LIDER CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE:**

- 4.1.1.34 De conformidad con el oficio de fecha 15 de diciembre de 2011, suscrito por el Director del Instituto Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Cartagena, los señores LIDER MANUEL CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE, fueron capturados el 13 de julio de 2011, ingresando a dicho centro penitenciario el 14 del mismo mes y año y egresado el 6 de diciembre de 2011. Todo esto en razón de que ostentaban la condición de sindicados por los delitos de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES Y HOMICIDIO AGRAVADO (Fl. 57).
- 4.1.1.35 De folios 313 a 314, reposan apartes del libro destinado como minuta de guardia del CAI de Fredonia, en donde figura anotación relacionada con los señores CASTELLAR REYES y RIVERA AGUIRRE, en la que se consigna que tenían características similares a los partícipes de un homicidio y que fueron trasladados a las 19:45 del 13 de julio de 2011 por miembros de la SIJIN hasta la Fiscalía con el fin de confrontarlos con los testigos.
- 4.1.1.36 Figura en el expediente una lista de firmas de ciudadanos que manifiestan dar fe de que los señores LIDER CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE, laboraron el 13 de julio de 2011 en los corregimientos de Pasacaballo, Santana, Ararca y en los barrios



Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

de Ceballos, Mirador de Zaragocilla, Chile y El Barrio España de la ciudad de Cartagena (Fls. 99-105)

- 4.1.1.37 A folio 58 del expediente, figura declaración con fines extraprocesales, rendida por la señora Clara Patricia Estupiñán Vivero en la que manifiesta que ratifica que accedió a una entrevista al investigador judicial privado Misael Castro Fuentes sobre los hechos que se investigaban en el proceso penal SPOA No. 13001600112920110360-00.

En la aludida entrevista, visible de folios 59 a 61 del expediente, la referida señora indicó que el día del homicidio, se había desplazado junto con su esposo y su hija a la casa de su madre ubicada en Escallon Villa y que a eso de las seis y media de la tarde cuando se disponían a realizar una diligencia al barrio Amberes dispararon en contra de su esposo alcanzando ella a observar directamente. De igual forma señaló que una vez el sicario finalizó de disparar, salió corriendo hacia la esquina donde le esperaba una moto y creía que habían huido por la Avenida Pedro de Heredia, pero los vecinos aseguraban que fue por la Calle Pedro de Heredia, diferente de la avenida.

Relata entre otros detalles que rato después llegaron unos policías y le tomaron una entrevista y que un miembro de la SIJIN le mostró fotografías de 4 personas informándole que eran los capturados y que al día siguiente se dirigió a la Fiscalía en la que nuevamente se le mostraron fotos de varios individuos en los que señaló a uno que se le parecía al sicario.

Indicó también que en la audiencia de legalización de captura preguntó a varios de los presentes sobre qué habían dicho y ellos le dijeron que los habían capturado luego de perseguirlos hasta el puente de las Gaviotas. Inmediatamente recordó que quien había matado a su compañero estaba vestido con una camiseta sin mangas de color blanco y el que manejaba la moto una de color rojo, atuendo que no coincidía con el de los señalados en la fotografías y ello se lo puso de presente a la SIJIN.

Finalmente, manifestó que le preocupaba que se estuviera investigando a las personas equivocadas, porque no era posible que se cambiaran de ropa si se les venía persiguiendo y que también quiso alertar al Fiscal del caso, pero éste sólo le dijo que era necesario que hiciera un reconocimiento en fila en la cárcel y luego un señalamiento en juicio.

- 4.1.1.38 A folios 62, 64, 65, 73 figuran fotocopias y original, con certificado



Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

de autenticidad de apartes de los diarios El Universal y Q'hubo, de fecha 15 de julio de 2011 en las que se narran algunos detalles del homicidio del abogado Jaime José Burgos Ospina y de cómo fueron capturados los señores LIDER CASTELLAR y ANDERSON RIVERA. En las notas de prensa si bien no se señalan sus nombres, sí figuran fotografías de los aludidos, vistiendo ambos jeans pero uno con una camiseta morada y otro con chaleco azul turquí.

- 4.1.1.39 Reposa en el plenario copia y original de un aparte del diario El Universal de 8 de diciembre de 2011 con certificado de autenticidad, en el que se observa noticia referente a que los señores RIVERA y CASTELLAR, después de ser señalados como los autores del homicidio del abogado Jaime Burgos Ospina fueron puestos en libertad luego de solicitud de preclusión por parte de la Fiscalía (Fls. 66, 74)
- 4.1.1.40 Se observa copia y original con certificado de autenticidad del diario El Teso, de una página del ejemplar de 7 de enero de 2012, en el que se aprecia noticia titulada "Duro contra los pillos" relativa a operativos de la Policía en la que se capturaron 10 personas y se incautaron armas. Junto a la noticia, figura fotografía de dos hombres vestidos en jeans, uno con camiseta morada y otro con chaqueta azul turquí (Fls. 67, 75)
- 4.1.1.41 Figuran en el expediente copias y originales con certificación de autenticidad de apartes del diario El Universal de los días 3 y 4 de mayo de 2012, en los que aparecen notas de prensa en las que se informa sobre el homicidio del señor ANDERSON RIVERA AGUIRRE, a manos de sicarios, meses después de que había recuperado su libertad (Fls. 70,71, 77 y 78)
- 4.1.1.42 Fashion Boutique Turbaco está constituido como un Establecimiento de Comercio, dedicado al comercialización al por menor de prendas de vestir y accesorios para hombres, mujeres y niños (Fl. 84).
- 4.1.1.43 Del testimonio rendido por la señora Marquesa Jaraba Ramos, en la audiencia de pruebas celebrada el 9 de marzo de 2015 (Fls. 765-769A, incluyendo CD contentivo de audio y video), se extrae que era vecina de la señora Edilma Garcés, es decir que vivía cerca de la empresa en la que trabajaban los señores CASTELLAR y RIVERA, esto es en el Barrio San Francisco, Calle Adelina Cobo.

Relató que sostuvo muchas discusiones tratando de desmentir lo que se publicaba en los periódicos en relación con los señores LIDER CASTELLAR y ANDERSON RIVERA, pues ella sabía que eran



**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

trabajadores de la señora Edilma Garcés y que se dedicaban a repartir y cobrar mercancía.

Al preguntársele por el nombre del establecimiento de comercio en el que trabajaron los señores CASTELLAR y RIVERA, manifestó que lo conocía como la empresa de Edilma Garcés. Por último, señaló que a los aludidos se les habían causado muchos daños morales, pues se les señaló por algo que no hicieron.

- 4.1.1.44 Del testimonio de la señora Edilma Garcés, recepcionado en la audiencia de pruebas de fecha 9 de marzo de 2015 (Fls. 765-769A, incluyendo CD contentivo de audio y video), se destaca que conoció al señor LIDER CASTELLARREYES, a través de su hermano, cinco años antes de que trabajara con ella y que tratándolo se dio cuenta de que era una buena persona y por eso lo contrató.

En relación con ANDERSON RIVERA, relató que lo conoció desde niño y que finalmente terminó casado con su hija, convirtiéndose tiempo después, en razón de que ella se enfermó, en su mano derecha y el administrador de sus negocios.

En cuanto a las funciones que desempeñaban los señores CASTELLAR y RIVERA, manifestó que el primero se ocupaba de cobrar y repartir, mientras que el segundo era quien manejaba el dinero y en general administraba.

Señaló que su negocio era una empresa familiar, en la que todos pertenecían a la familia, salvo LIDER CASTELLAR, pero que se había ganado su lugar en razón de la entera confianza que le inspiró. De igual forma, puso de presente que la actividad comercial a la que se dedicaban era la compra y venta de mercancía según encargo.

- 4.1.1.45 Del cuaderno contentivo de copia del expediente del proceso penal seguido en contra de los señores LIDER MANUEL CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE, con código único de investigación No. 13001-60-01129-2011-03608-0, se extrae lo siguiente:

-Figura "Informe de la Policía de Vigilancia en Casos de Captura en Flagrancia" de fecha 13 de julio de 2011 (Fls. 5-9 Cdn de Pruebas Expediente Fiscalía), en el que se relacionó como capturados a los señores ANDERSON RIVERA AGUIRRE y a LIDER MANUEL CASTELLAR REYES, por el delito de homicidio con víctima Jaime Burgos Ospina y narración de los hechos en el siguiente sentido:



**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

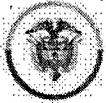
El día 13 de julio de 2011 a eso de las 19:00 horas, se encontraba la patrulla de reacción 2-4 por la Avenida Pedro de Heredia, cuando sus integrantes escucharon unos disparos por el Sector Escallón Villa y a los pocos segundos ven que en la esquina del Callejón Don Bosco se accidenta un par de compañeros mientras sale una motocicleta negra con dos sujetos de los cuales el parrillero portaba un arma de fuego. Así, una vez constataron que los colegas se encontraban en buen estado, los patrulleros, sin perder de vista a los sujetos armados, iniciaron una persecución que finalizó a la altura del Semáforo de las Gaviotas y siendo capturados los implicados y habiéndoseles leído sus derechos, se les informó a los oficiales de policía que había ocurrido un homicidio por Escallón Villa y que los señalados tenían características similares a las de los custodiados.

En ese orden, los detenidos fueron conducidos al CAI de Fredonia, para proteger su integridad, adelantar la respectiva documentación y ser dejados a disposición de la autoridad competente.

-Según el Formato Único de Noticia Criminal a las 2:5 horas del 14 de julio de 2011 se puso a disposición del Organismo de Policía Judicial a los señores LIDER CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE por el presunto delito de homicidio y se recibió entrevista de uno de los patrulleros que manifestó haber efectuado la captura de los mismos (Fis. 13-16 Cdno de Pruebas Expediente Fiscalía).

-De folios 17 a 18 del Cdno de Pruebas Expediente Fiscalía, reposa entrevista realizada al Patrullero Gómez Gutiérrez Jesús Hernández, en la que relató en el mismo sentido de lo consignado en el Informe de la Policía de Vigilancia en Casos de Captura en Flagrancia, agregando que no pudo detallar con precisión el arma que presuntamente portaban los capturados, que tardaron en poner a los detenidos a disposición de la unidad de policía judicial, por cuestiones de transporte y por encontrarse en un lugar muy alejado de la Fiscalía e hizo una descripción de las características que le había señalado la central de comunicaciones, afirmado que correspondían con las de los señores LIDER y ANDERSON. Así mismo, manifestó que no embalaron las manos de los capturados pues se les había olvidado ante la premura del vencimiento de términos.

-Figura en el plenario Informe de Investigador de Campo FPJ-11 en el que se da cuenta de que fue imposible realizar la toma de



**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

residuo de disparo como quiera que ya se había superado el término establecido por los protocolos para la realización de dicho procedimiento y que las manos de los señores CASTELLAR y RIVERA no fueron embaladas por parte del personal que efectuó la captura (Fls. 36-37 Cdo de Pruebas Expediente Fiscalía).

-Figuran dos informes de investigador de campo FPJ-11 en los que se consignó registro biográfico, morfológico, decadaactilar y fotográfico de los señores LIDER CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE (Fls. 41-42 y 44-45 Cdo de Pruebas Expediente Fiscalía)

-Se encuentra dentro del plenario informe ejecutivo suscrito por Policía Judicial en el que se relatan las diligencias adelantadas y se sugiere al Fiscal la práctica de reconocimiento fotográfico en el que podrían participar los policiales accidentados Álvaro José Correa Velásquez y Milton Álvaro Alcalá Rudas y las señoras Clara Estupiñán Vivero y Fany Vivero de Estupiñán, esposa y suegra del occiso respectivamente. Igualmente se sugirió la exploración mediante toma de residuos de disparo en prendas con el fin de determinar si los indiciados se encontraban inmersos en un ambiente de disparo (Fls. 47-54 Cdo de Pruebas Expediente Fiscalía).

-Reposan el expediente apartes de la entrevista efectuada al Policía Álvaro José Correa Velásquez, quien relató ser uno de los patrulleros accidentados durante la persecución (Fl. 63 Cdo de Pruebas Expediente Fiscalía) y la entrevista de la señora Clara Estupiñán Vivero, compañera permanente de la víctima del homicidio, quien afirmó poder reconocer a quien disparó en contra de su pareja y lo describió como un joven delgado de estatura mediana, de tez clara, cabello crespo con corte bajo y de aspecto paisa, al tiempo que indicó que vestía jean y un suéter blanco sin mangas (Fl. 66-67 Cdo de Pruebas Expediente Fiscalía).

-En el marco de la audiencia preliminar celebrada por el JUZGADO DÉCIMO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE GARANTÍAS, entre las 5:16 p.m. y las 8:23 p.m. del 14 de julio de 2011, se legalizó la captura de los señores ANDERSON RIVERA AGUIRRE y LIDER MANUEL CASTELLAR REYES, se les formuló imputación por los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO CON FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMA DE FUEGO y se les impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento de reclusión en la Cárcel de San Sebastián de Ternera (Fl. 76-77 Cdo de pruebas Expediente



Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

Fiscalía)

-En el marco de audiencia celebrada el 28 de octubre de 2011 por el JUZGADO SEXTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO, el FISCAL SECCIONAL NO. 34 formuló acusación en contra de los señores LIDER MANUEL CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE (Fls. 173-174)

-En el desarrollo de la audiencia preparatoria convocada por el JUZGADO SEXTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CARTAGENA el 5 de diciembre de 2011, el FISCAL SECCIONAL 34 ADSCRITO A LA UNIDAD DE DELITOS CONTRA LA VIDA, solicitó que se cambiara su objeto por preclusión con fundamento en lo dispuesto en los artículos 331 y 332 de la Ley 906 de 2004, en el sentido de la imposibilidad de desvirtuar el principio constitucional de inocencia que cobijaba a los señores LIDER MANUEL CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE.

Indicó el Fiscal que en la investigación se evidenciaban una serie de contradicciones que reflejaban una duda que se debía capitalizar en favor de los acusados. Así, señaló que los soportes que tenía el ente acusador para haber solicitado medida de aseguramiento y pretender una sentencia condenatoria, eran: i) la supuesta situación de flagrancia, ii) las entrevistas de la señora Clara Estupiñán y los policías Jesús Gómez Gutiérrez y Álvaro José Correa Velásquez, y finalmente iii) el reconocimiento fotográfico efectuado por la compañera permanente del occiso y el oficial Corra Velásquez.

En cuanto a la flagrancia, manifestó que superando lo que en principio consideraron errores de transcripción y en gracia de discusión, se tendría como hora de la captura las 7:30 de la noche, esto es 30 minutos después de la ocurrencia del homicidio. Partiendo de lo anterior, a juicio de la Fiscalía no se cumplió con el principio de inmediatez, como quiera que no es sino hasta las 2:45 de la madrugada que los custodiados fueron puestos a disposición de la autoridad competente, sin justificación alguna.

De igual forma, sostuvo el Fiscal, que se advierten otras irregularidades como lo es que los policías no embalaron las manos del supuesto sicario, que es lo que posibilita la realización de la prueba de residuo de disparo, que además según los protocolos de criminalística debe ser realizada dentro de las 5 horas siguientes, pero los capturados fueron puestos a disposición por fuera de ese término.



**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

Así mismo, en el libro de población de capturados de la estación de policía del barrio Fredonia, reposa anotación referente a los señores CASTELLAR y RIVERA, en la que se indica que fueron aprehendidos en Chapacua y conducidos a las 7:45 de la noche del 13 de julio de 2011 hasta las instalaciones de dicho CAI, cuando la central reportó un homicidio en el que los responsables tenían características similares a los custodiados.

En consonancia con lo precedente, estimó el Fiscal que se extraían no dudas sino contradicciones sobre la captura de los señores LIDER y ANDERSON, que son el lugar de la diligencia y los agentes captores, pues se trata de barrios distintos y bastante distanciados (Las Gaviotas y Chapacua) y mientras en el libro figuran los agentes Carlos de Ávila Turizo y Rafael Tous Blanco, quien los coloca a disposición es Jesús Gómez Gutiérrez.

Así mismo, destacó el ente acusador que del lugar de los hechos al de la captura no existe gran distancia y que de acuerdo a informe rendido por funcionarios de policía judicial en cumplimiento de orden emanada por el despacho del Fiscal, se constató que el recorrido presuntamente efectuado en la persecución podría realizarse en 11 minutos a una velocidad constante de 30 o 40 Km/h y las reglas de la experiencia indican que en este tipo de punibles como la intención de los implicados es huir, se desplazan a una velocidad de 80 a 100 Km/h.

Por otro lado, manifestó que la señora Clara Estupiñán en sus declaraciones sostuvo que quien mató a su pareja vestía una camiseta blanca sin mangas y jeans, y que lo esperaba un sujeto en una moto con casco y una chaqueta negra. Esta situación la llevó a dudar si realmente los capturados eran los verdaderos responsables y por tanto a retractarse en cuanto a señalar a los señores ANDERSON y LIDER, pues aunque uno de ellos se parecía al que vio disparando, en las fotografías que se le mostraron llevaban prendas de vestir distintas y era imposible que se hubieran cambiado si se les había perseguido sin perderse de vista.

Por último destacó que el policía Álvaro José Correa Velásquez señaló en su entrevista que junto con su compañero perdió el equilibrio pues los implicados le pasaron cerca y le enseñaron un arma de fuego, pero al interrogársele en la audiencia concentrada sobre la distancia respondió que se encontraba a unos metros. Para constatar esto, la Fiscalía libró orden a la policía judicial para que efectuara diligencia en el lugar de los hechos, determinándose que del reductor de velocidad, sitio en el que los



**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

policías se accidentaron, y el puente peatonal, punto en el que presuntamente se encontraba la motocicleta de los homicidas hay una distancia de 42.20 m en línea recto y en esa medida, según las reglas de la experiencia resulta inverosímil que el oficial hubiera podido identificar a uno de los implicados.

En este orden de ideas, concluyó el Fiscal que teniendo en cuenta la retractación, las contradicciones en torno a la situación de flagrancia y el lugar de los hechos, lo inverosímil del dicho del señor Álvaro José Correa Velásquez y la distancia- tiempo entre el sitio del homicidio y el de la captura, se encontraban los presupuestos necesarios para solicitar la preclusión en favor de los acusados.

-El juez de conocimiento, accedió a la solicitud del ente acusador, atendiendo a que existen serias inconsistencias en torno a la flagrancia que era un punto importante para pretender una futura condena, destacando que de acuerdo a lo que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, incluso la flagrancia no constituye como consecuencia inexorable una sentencia condenatoria.

Resaltó que incluso la víctima no estaba segura de que los capturados fueran las mismas personas que atentaron contra su pareja pues estaban vestidos de otra forma y que ello lo puso en conocimiento de los policías, pero que estos le indicaron que los detenidos se habían cambiado, haciendo una conjetura que según la sana lógica es inadmisibles, pues si se habla de una persecución en la que no se les perdió de vista, no se explica que tuvieran ropas diferentes a las que describió la única testigo pudo observar.

Enfatizó que el solo afirmar que eran parecidos no era individualizarlos y que es la misma víctima la que manifiesta que no correspondían las prendas de vestir, quien además no pudo identificarlos de mejor forma por las circunstancias y con aspectos coincidentes ni siquiera en la ropa. En consecuencia, arribó a la conclusión de que los señores LIDER CASTELLAR y ANDERSON RIVERA no fueron las personas que físicamente participaron de los hechos en los que falleció el abogado Jaime Burgos.

### **3.4.2. Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto con ocasión de la alzada**

Confrontados los hechos probados con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados. Al respecto, se observa que de conformidad con los argumentos de la alzada, no le asiste razón a las demandadas, en considerar que el A-quo debió



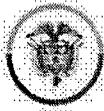
Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

proceder a estudiar el acervo probatorio que llevó a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a imputar los cargos por las conductas punibles por las cuales fueron privados de la libertad los señores LIDER CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE para en esa medida desvirtuar la privación injusta de su libertad, porque estamos frente a un régimen objetivo de responsabilidad ante el cual el actor sólo está obligado a probar el daño y la imputabilidad a la autoridad del Estado.

En ese orden, se encuentra probado y no se controvierte el daño antijurídico sufrido por los señores LIDER MANUEL CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE, consistente en la privación injusta de su libertad. Esto como quiera que, fueron capturados el 13 de julio de 2011 mientras se desplazaban por el barrio Chapacua y se les adelantó un proceso penal en el que llegó a formularseles acusación por los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO CON FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES y previamente en el desarrollo de la audiencia preliminar de fecha 14 de julio de 2011, se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, permaneciendo privados de la libertad hasta el 6 de diciembre de 2011, luego de que finalmente se declarara a su favor la preclusión de la investigación a solicitud de la Fiscalía y con fundamento en la causal 6 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal.

Así pues, el daño antijurídico se traduce en que el Estado nunca pudo desvirtuar la presunción de inocencia que en todo momento acompañó a LIDER CASTELLAR REYES y a ANDERSON RIVERA AGUIRRE, precisamente por no haber demostrado la participación de los aludidos en los delitos de que se les acusó y que por lo tanto no se encontraban en la obligación de soportar la privación de su libertad, puesto que como ya quedó expuesto, si bien la detención preventiva es un instrumento válido para el desarrollo del cometido estatal de perseguir los delitos, esta no es una carga que todos los ciudadanos deben soportar por el solo hecho de vivir en sociedad.

Ahora bien, ante el cuestionamiento de cuál es el régimen de responsabilidad aplicable en el sub iudice, es claro para la Sala de Decisión, conforme al marco normativo y jurisprudencial previamente expuesto, que la responsabilidad estatal en el presente caso debe ser estudiada desde un régimen objetivo, siendo indiferente la legalidad o ilegalidad de la actuación desplegada por las autoridades competentes en torno a la privación de la libertad de los señores CASTELLAR REYES y RIVERA AGUIRRE y a que posteriormente se precluyera la investigación en su contra. Lo anterior, en atención a que aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, se ha irrogado un daño especial a unos individuos, o en otras palabras, si bien la privación de los referidos señores deviene en un beneficio para la sociedad, para ellos resultó perjudicial.



**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

Es necesario destacar que la absolución de los señores LÍDER CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE, según se extrae de los audios de la audiencia de 5 de diciembre de 2011, no tuvo como fundamento la aplicación del principio in dubio pro reo, como parece que quiere hacerlo ver la Rama Judicial, al pretender la aplicación de la sentencia de 10 de agosto de 2015, con ponencia del Dr. Santofimio Gamboa. En el sub judice la decisión absolutoria se debió a la declaratoria de preclusión en amparo de la causal del artículo 332 del CPP que reza la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia. Así, debe resaltarse que el mismo Fiscal en la exposición de motivos de su solicitud, destacó que en este caso lo que se presentaba no era duda, sino una contradicción palpable y el juez por su parte, concluyó que todas las inconsistencias que se desprenden de las diligencias que sirvieron de sustento para adelantar el proceso penal e imponer la medida de aseguramiento, daban cuenta de que en realidad estos señores no fueron los que físicamente participaron de la conducta delictiva que se les endilgaba.

En todo caso, tal y como quedó expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, el Máximo Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha reiterado, incluso en providencias recientes, que en aquellos eventos en que haya operado el referido principio, no están excluidos de la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, pues es ilegítimo para un Estado Social de Derecho como el nuestro, exigir a los asociados la asunción de la carga de soportar una investigación penal y la privación de la libertad, bajo el argumento de conservación del interés y seguridad general de la comunidad, en la investigación y sanción de los delitos.

Y todo esto se sustenta en el carácter fundamental del derecho a la libertad, que obliga al Estado a su cuidadosa protección y defensa, y por tanto, cualquier restricción, por corta que sea, siempre que no encuentre justificación, configura un daño antijurídico que debe ser resarcido, análisis que debe realizar en cada caso concreto el juzgador, pues no se trata de condenar al Estado por todos los procesos penales terminados con preclusión o absolución.

En ese sentido, si bien las entidades demandadas: Rama Judicial y Fiscalía, actuaron en cumplimiento de las funciones que les asigna la Constitución y la Ley; Fiscalía: investigación –solicitud de preclusión y Rama Judicial: restricción de la Libertad, también lo es que, el Consejo de Estado ha considerado que la presunción de inocencia, principio universal contenido en la Constitución Política de Colombia y en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, milita a favor del sindicado desde el inicio de las pesquisas penales. A juicio de la alta Corporación, *es un contrasentido pensar que la presunción de inocencia sólo tiene vigencia una vez que el Estado ha despejado las "dudas" o se ha enredado en ellas, pues el artículo*



994

Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

29 constitucional enseña que "toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable".

Esclarecido todo lo anterior, se procede a abordar el segundo problema jurídico planteado, referente a si en el presente asunto se configuran los presupuestos para imputarle a las demandadas NACIÓN-RAMA JUDICIAL y NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, la responsabilidad por la privación injusta de la libertad de la que fueron víctimas los señores LÍDER MANUEL CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE, o si por el contrario se constituye en favor de alguna de ellas o de ambas, la falta de legitimación en la causa por pasiva.

En ese orden, la Sala atenderá lo sosteniendo por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, en aquellos asuntos de privación de la libertad que se desarrollaron en vigencia del sistema penal acusatorio<sup>29</sup>. Ha entendido la Alta Corporación que la Ley 906 de 2004 implicó un replanteamiento de las facultades de la Fiscalía General de la Nación, al punto de relevarla de las que la habilitaban para "asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento", competencias que fueron asignadas a los Jueces de Control de Garantías, de ahí que la actuación del ente acusador se limite a la presentación de la solicitud en virtud de la cual la autoridad judicial debe resolver sobre estos asuntos. Así mismo, ha estimado el Consejo de Estado que el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal establece que los jueces penales, con funciones de control de garantías, se encuentran facultados para resolver, a petición del ente acusador o de la víctima, sobre la procedencia de las medidas de aseguramiento.

Conforme lo precedente, si bien la imposición de medidas como las que se cuestionan –captura, imputación de cargos, y detención preventiva– requieren de una petición previa del ente acusador o de la víctima, no es menos cierto que tal presupuesto no puede considerarse como la causa exclusiva y determinante de la privación de la libertad, porque carecen de la suficiencia para afectar este derecho, pues para esto se requiere de un mandato judicial proferido por el Juez de Control de Garantías, autoridad a la que le corresponde: i) valorar la evidencia física o los elementos materiales probatorios aportados por el solicitante, y ii) verificar si se cumplen o no los presupuestos de procedencia establecidos en los artículos 297 y 308 de la Ley 906 de 2004.

<sup>29</sup> Al respecto se pueden consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 24 de junio de 2015, expediente 38.524, M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón, reiterada en sentencias de 16 de abril de 2016, expediente 40.217, M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera; de 14 de julio de 2016, exp. 42.555; y de 14 de septiembre de 2016, expedientes 40.543 y 43.345. De igual forma, se tienen sentencias más recientes como la de 10 de noviembre de 2017 y 23 de noviembre de 2017, con ponencia de la Dr. Martha Nubia Velásquez con radicados: 68001-23-31-000-2011-00239-01 (51212) y 23000-23-33-000-2013-00395-01 (54308), respectivamente.





**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

Así las cosas, a la luz de las disposiciones consagradas en la normativa procesal penal vigente, la facultad jurisdiccional se encuentra radicada exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, los únicos que pueden tomar la decisión de privar a una persona de su libertad son los jueces, ya sean de conocimiento o en función de control de garantías, tal y como en efecto sucedió y en esa medida deberá declararse de oficio la falta de legitimación en la causa de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN dentro del presente proceso.

En consonancia, no resulta de recibo el argumento de que fue la Fiscalía quien solicitó la imposición de medida de aseguramiento sin que existieran verdaderos elementos materiales de prueba que comprometieran la responsabilidad de los señores ANDERSON RIVERA AGUIRRE y LIDER CASTELLAR REYES y que la medida de aseguramiento se dictó con fundamento en la información legalmente recaudada por el ente investigador. Por tanto, se tiene que la llamada a responder por los perjuicios irrogados a los demandantes es la RAMA JUDICIAL, debiéndose resaltar que según la jurisprudencia unificada del H. Consejo de Estado resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia al ordenar la detención preventiva y luego absolver de responsabilidad penal al sindicado, haya estado ajustado o no a derecho.

Y es que no puede obviarse que en el caso bajo estudio el proceso penal iniciado en contra de los ya señalados ciudadanos se adelantó en vigencia de la Ley 906 de 2.004, por lo que precisamente en la audiencia preliminar celebrada el 14 de julio de 2011, la legalización de la captura y la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, la realizó el Juez Décimo Segundo Penal Municipal de Cartagena con funciones de control de garantías, previa solicitud del Fiscal correspondiente; es decir, que la decisión relacionada con la privación de la libertad, es privativa del funcionario judicial, lo cual nos lleva a insistir en que la responsabilidad sobre la restricción de la libertad finalmente estuvo en cabeza de la NACIÓN- RAMA JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.

Ahora bien, el último de los problemas jurídicos planteados, versa sobre el reconocimiento de los perjuicios morales y materiales, en la medida en que las recurrentes no los estiman acreditados y ajustados a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado; pero antes de abordar este estudio, debe señalarse que no se advierte que la conducta de los señores LIDER CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE sea constitutiva de dolo civil o culpa grave, por cuanto no se puede concluir que su comportamiento fue contrario a los deberes constitucionales y legales que todo ciudadano debe cumplir por el solo hecho de vivir en sociedad o que su actuar haya dado pie para que fueran privados de su libertad. Y es que no puede extraerse de las pruebas obrantes en el expediente penal, que dieran muestra de intención maliciosa o falta de diligencia o cuidado de su parte, sino que fueron confundidos con



**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

los verdaderos autores del delito por el parecido físico de uno de ellos con quien disparó el arma homicida.

Ahora sí, en relación con los perjuicios morales, se tiene que el H. Consejo de Estado, ha considerado que es razonable asumir que la persona que ve afectada su libertad experimenta sentimientos de angustia e impotencia por no poder determinar el rumbo de su vida, perjuicio que se hace extensible a sus seres queridos más cercanos, quienes se afectan por la situación de zozobra por la que atraviesa el perjudicado directo.

Frente a la acreditación de dicho perjuicio, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Tribunal de Cierre, ha sostenido que únicamente basta con la prueba del parentesco o de la relación marital, para inferir la afectación moral de la víctima, del cónyuge y de los parientes más cercanos según corresponda y en Sentencia de 28 de agosto de 2014 con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón, la Sala Plena unificó jurisprudencia fijando el tope máximo que se puede reconocer por este concepto en 100 SMLMV y estableció criterios generales según los cuales deben ser tasados estos perjuicios<sup>30</sup>, de la siguiente forma :

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del porcentaje de la víctima directa	35% del porcentaje de la víctima directa	25% del porcentaje de la víctima directa	15% del porcentaje de la víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18 meses	90	45	31.5	22.5	13.5
Superior a 9 e inferior a 12 meses	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9 meses	70	35	24.5	17.5	10.5
Superior a 3 e inferior a 6 meses	50	25	17.5	12.5	7.5
Superior a 1 e inferior a 3 meses	35	17.5	12.25	8.75	5.25
Igual e inferior a 1 mes	15	7.5	5.25	3.75	2.25

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 28 de agosto de 2014, rad: 68001-23-31-000-2002-02548-01 (36149), C.P. Hernán Andrade Rincón.





**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

En el caso bajo estudio, se tiene que de conformidad con el oficio de fecha 15 de diciembre de 2011, suscrito por el Director del Instituto Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Cartagena, los señores LIDER MANUEL CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE, fueron capturados el 13 de julio de 2011, ingresando a dicho centro penitenciario el 14 del mismo mes y año y egresado el 6 de diciembre de 2011. Es decir que los referidos señores permanecieron privados de su libertad por casi cinco meses, esto es por un tiempo superior a 3 e inferior a 6 meses, lo que lleva a concluir que por concepto de perjuicios morales es dable el reconocimiento de 50 SMLMV para cada uno de ellos en calidad de víctimas directas, tal y como lo estimó la A quo.

De igual forma, se encuentra acreditado que los señores PEDRO DAMIAN CASTELLAR VELÁSQUEZ y MARÍA DEL CARMEN REYES DE CASTELLAR, son los padres de LIDER CASTELLAR REYES y que los señores MARTÍN RIVERA AGUIRRE y BLANCA MIRIAN AGUIRRE AGÁMEZ son los progenitores de ANDERSON RIVERA AGUIRE. En razón a lo anterior, es ajustado a los lineamientos jurisprudenciales el reconocimiento efectuado por la Juez de primera instancia en favor de cada uno de estos demandantes a título de perjuicios morales, por un monto de 50 SMLMV, al encontrarse dentro del primer grado de consanguinidad.

De igual forma se tiene que la falladora de primera instancia reconoció 25 SMLMV a cada uno de los siguientes señores: ONIRIS DEL ROSARIO CASTELLAR REYES, CECILIO RAFAÉL CASTELLAR REYES, LUIS CARLOS CASTELLAR REYES y TEDDY ALFONSO CASTELLAR REYES, como hermanos del señor LIDER CASTELLAR REYES, y MARCELA RIVERA AGUIRRE, MARTAHA RIVERA AGUIRRE y MARYI RIVERA AGUIRRE, como hermanas de ANDERSON RIVERA AGUIRRE. Esta declaración se ajusta a lo establecido por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la medida en que se encontró demostrado el parentesco y la suma reconocida es la que corresponde en el caso de los familiares dentro del 2 grado de consanguinidad.

En cuanto a los hijos de los señores LIDER CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE, esto es los menores DAMIAN ADOLFO CASTELLAR CASTRO, LEIDER MANEL CASTELLAR PÁJARO y AILYS JULIANA RIVERA GARCÉS la Juez de primera instancia dispuso reconocer para cada uno de ellos la suma de 50 SMLMV, lo cual en principio resulta ajustado a derecho, en la medida en que se encuentran dentro del primer grado de consanguinidad respecto de las víctimas directas del daño antijurídico.

No obstante lo anterior, debe resaltarse que para el momento en que el señor RIVERA AGUIRRE estuvo privado de la libertad, la niña AILYS JULIANA RIVERA GARCÉS no había nacido, como quiera que según el registro civil allegado al plenario, su nacimiento tuvo lugar el 23 de diciembre de 2011. Esto quiere decir, que la menor no contaba con el atributo de la personalidad que le permitiera ser titular del perjuicio y en esa medida no es posible concluir que



Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

podría padecer moralmente por la ausencia de su padre, pues no se encuentra acreditado que la restricción de la libertad de su progenitor le colocara injustamente en la imposibilidad de recibir los vitales elementos del desarrollo afectivo que la figura paterna prodiga, ni se tiene certeza de que en efecto el fallecimiento del señor RIVERA fue producto de las irregularidades que se presentaron en el proceso penal al que estuvo atado. En ese orden, deberá modificarse parcialmente la sentencia de primera instancia para en su lugar denegar el referido reconocimiento a título de perjuicio moral.

Ahora, en cuanto a los perjuicios materiales, se tiene en primer lugar el lucro cesante, sobre el que el H. Consejo de Estado, ha venido sosteniendo que corresponde a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima y que esto último es lo que ocurre con el no pago de los salarios y prestaciones mientras se prolonga la detención preventiva<sup>31</sup>.

La jurisprudencia en relación con el lucro cesante ha exigido que debe ser cierto, puede ser actual o futuro, pero jamás hipotético o eventual, es decir para que se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública. En cuanto se refiere a privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado, unificó su posición en el sentido de que para la procedencia del reconocimiento de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, se requiere que se acredite que la víctima de la referida privación, al momento de la ocurrencia de ese hecho dañoso, es decir cuando fue detenida, se encontraba en edad productiva<sup>32</sup>.

En ese orden, se tiene que los señores LIDER MANUEL CASTELLAR REYES y ANDERSON RIVERA AGUIRRE, para la fecha de su detención tenían 36 y 22 años, respectivamente, es decir se encontraban en edad productiva y aunque como de las pruebas practicadas se extraen contradicciones que impiden llegar a la certeza sobre los ingresos que devengaban, es dable tal y como lo hizo la Juez de primera instancia, aplicar la presunción según la cual toda persona que se encuentre en edad productiva devenga, por lo menos, el salario mínimo legal vigente, debiéndosele adicionar el 25% por concepto de prestaciones sociales<sup>33</sup>. En ese orden no resulta infundado el reconocimiento que efectuó la A quo a título de lucro cesante.

<sup>31</sup> Al respecto se pueden consultar: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 13.168 y Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 68001233100020020254801 (36149), M. P. Hernan Andrade Rincón (E)

<sup>32</sup> Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 68001233100020020254801 (36149), M. P. Hernan Andrade Rincón (E)

<sup>33</sup> Así lo ha determinado el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 68001233100020020254801 (36149), M. P. Hernan Andrade Rincón (E)





**Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01**

En cuanto a lo reconocido como daño emergente, también estima esta Sala de Decisión que está acreditada la labor realizada por el abogado Jaime Ospino Gómez en el trámite del proceso penal y que el hecho de que funja actualmente como apoderado de los demandantes no es óbice para que se desconozcan los gastos en que incurrieron los hermanos del señor LIDER CASTELLAR para garantizar la defensa técnica de éste, máxime cuando en la diligencia de ratificación del paz y salvo que en principio fue aportado con la demanda, se allegaron documentos que dan cuenta de las sumas pagadas al togado por concepto de honorarios profesionales, como lo son los recibos de pago expedidos en favor de los señores CECILIO y TEDDY CASTELLAR REYES, visibles de folios 781 a 785.

Conforme a todo lo expuesto, se confirmará parcialmente la decisión de primera instancia.

#### **4. Condena en costas en segunda instancia.**

Conforme al artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del Código de General del Proceso –C.G.P.- se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, **o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.**

En ese sentido, no habrá lugar condenar en costas, debido a que se tiene que el recurso fue resuelto de manera parcialmente favorable a la RAMA JUDICIAL, en la medida en que se modificará la sentencia de primera instancia en cuanto a negar el reconocimiento hecho por concepto de perjuicios morales a una de las demandantes, y los mismo se predica de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, respecto de la que se declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva. Así mismo, se evidencia que en el trámite de segunda instancia la parte demandante se abstuvo de efectuar actos de defensa, lo que lleva a concluir que no se causaron agencias en derecho.

#### **5. Otros asuntos.**

Obra a folio 972 del expediente, solicitud de la Dra. Tania Milena Molinello Nieves, encaminada a que se le acepte renuncia al poder especial que le fue conferido por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, sin embargo, revisado el expediente, no se encuentra que a la referida abogada se le haya reconocido personería para actuar en nombre de la entidad en cuestión.

En consecuencia y por sustracción de materia, se releva la Sala de emitir pronunciamiento en torno a lo deprecado por la togada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,





Radicado: 13001-33-33-004-2013-00296-01

**FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, en el sentido de declarar responsable patrimonialmente en el presente asunto, únicamente a la **NACIÓN-RAMA JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL** y excluir de tal declaración en favor de los demandantes a la menor **AILYS JULIANA RIVERA GARCÉS**, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

**TERCERO: DECLARAR** la falta de legitimación en la causa por pasiva de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, de conformidad con la parte motiva de la presente sentencia.

**CUARTO:** Modificar el numeral segundo de la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, en el sentido de excluir de la condena lo que había sido reconocido a título de perjuicio moral en favor de la menor **AILYS JULIANA RIVERA GARCÉS**, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

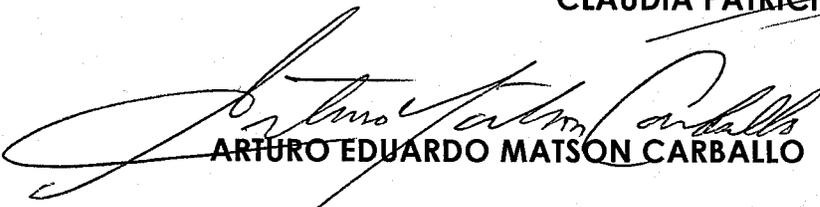
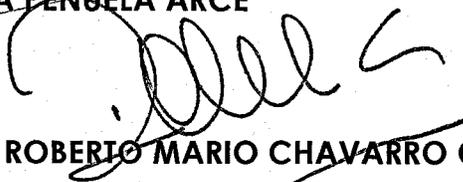
**QUINTO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**

  
**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

  
**ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO**   
**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**

