

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA

SIGCMA

San Andrés Isla, diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Sentencia No.118

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	88-001-33-33-001-2018-00150-01
Demandante	Donaire Rafael Cobo García y Otros
Demandado	Nación-Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial
Magistrado Ponente	Noemí Carreño Corpus

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, Fiscalía General de la Nación y de la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial contra la sentencia proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este Circuito Judicial de fecha 23 de octubre de 2019, dentro del proceso iniciado por Donaire Rafael Cobo García, Gina Ardila Vivanco, Duaylan David Cobo Ardila, Idailda García Ariza, Luis Alberto Montes Paternina, Dagoberto Cobo García, Emilia Rosa García Ariza y Dora Ariza de García, en contra de la Nación-Fiscalía General de la Nación, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRANSE no probadas las excepciones de mérito planteadas por las entidades demandadas.

SEGUNDO: DECLÁRANSE patrimonialmente responsables a la Nación – Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por el daño causado con la privación de la libertad del señor Donaire Rafael Cobo García, ocurrida entre el 13 de septiembre de 2011 al 19 de marzo de 2015, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDÉNASE solidariamente a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial a pagar, por concepto de perjuicios morales a los demandantes los montos que a continuación se relacionan:

Para Donaire Rafael Cobo García, Idailda García Ariza, Gina Ardila Vivanco y Duaylan David Cobo Ardila, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

Para Dagoberto Cobo García, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: CONDÉNASE en costas a la Fiscalía General del Nación y a la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. De igual manera, se le condena en el pago de agencias en derecho las cuales se fijan en el 4% de lo pedido.

QUINTO: Niéganse las demás pretensiones.

SEXTO: ORDÉNASE actualizar y pagar las sumas que resulten a favor de los actores, la entidad dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

SÉPTIMO: Expídanse copias de esta providencia conforme las previsiones de los artículos 114 y 115 del Código General del Proceso.

OCTAVO: Contra la presente decisión procede el recurso de apelación conforme a los términos previstos en el artículo 247 del CPACA.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, liquídense los gastos del proceso, y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado. Desanótese en los libros correspondientes y archívese el expediente”.

II. ANTECEDENTES

- LA DEMANDA

Los señores Donaire Rafael Cobo García, Gina Ardila Vivanco, Duaylan David Cobo Ardila, Idailda García Ariza, Luis Alberto Montes Paternina, Dagoberto Cobo García, Emilia Rosa García Ariza y Dora Ariza de García en ejercicio del medio de control de reparación directa consagrado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitaron se efectúen las siguientes declaraciones y condenas, así:

- PRETENSIONES

“Declarase mediante sentencia condenatoria a la Nación – Fiscalía General de la Nación y la Nación – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Rama Judicial, representada por el señor Fiscal General de la Nación y el Director Nacional de la Administración de Justicia, administrativamente responsables de la privación injusta de la libertad de:

DONAIRE RAFAEL COBO GARCÍA, devengando el SMMLV (\$535.600.00) para la época de su detención, como OFICIAL en el ramo de la construcción en la isla de San Andrés y por consiguiente de la totalidad de daños y perjuicios causados a GINA ARDILA VIVANCO (compañera permanente), DUAYLAN DAVID COBO ARDILA (hijo), IDAILDA GARCÍA ARIZA (madre), LUIS ALBERTO MONTES PATERNINA (padre de crianza), DAGOBERTO COBO GARCIA (hermano), EMILIA ROSA GARCÍA ARIZA (tia), DORA ARIZA DE GARCÍA (abuela).

(...)

CONDENAS:

1. PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS

Se debe a los actores o a quien sus derechos representaren al momento de la conciliación y/o sentencia, el equivalente en pesos a 100 SMMLV, para:

DONAIRE RAFAEL COBO GARCÍA (afectado) y para GINA ARDILA VIVANCO, DUAYLAN DAVID COBO VIVANCO, IDAILDA GARCÍA ARIZA, LUIS ALBERTO MONTES PATERNINA.

Y el equivalente en pesos a 50 SMMLV, para:

DAGOBERTO COBO GARCÍA, EMILIA ROSA GARCÍA ARIZA y DORA ARIZA DE GARCÍA, al precio que se encuentre el SMMLV a la fecha de la ejecutoria de la conciliación y/o sentencia.

Por la PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD DE DONAIRE RAFAEL COBO GARCÍA, a:

DONAIRE RAFAEL COBO GARCÍA, AFECTADO 100 SMMLV

GINA ARDILA VIVANCO, COMPAÑERA 100 SMMLV

DUAYLAN DAVID COBO ARDILA, HIJO 100 SMMLV

IDAILDA GARCÍA ARIZA, MADRE DEL AFECTADO 100 SMMLV

LUIS ALBERTO MONTES PATERNINA, PADRE DE CRIANZA DEL AFECTADO 100 SMMLV

DAGOBERTO COBO GARCÍA, HERMANO 50 SMMLV

EMILIA ROSA GARCÍA ARIZA, TIA MATERNA DEL AFECTADO 50 SMMLV

DORA ARIZA DE GARCÍA, ABUELA MATERNA 50 SMMLV
(...)

2. POR PERJUICIOS MATERIALES. LUCRO CESANTE.

DETERMINABLES de acuerdo con las bases y en la cuantía que resulte del acervo probatorio demostrado en el proceso. Se incluirán en el lucro cesante los intereses compensatorios sobre el valor de aquellos que originen la fecha de causación y la de fijación de la indemnización, su pago se hará en moneda corriente colombiana, es decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del índice nacional de precios al consumidor entre esas mismas fechas. Ósea teniendo en cuenta el salario que devengaba el afectado a la fecha de su aprehensión la suma de \$535.600.00, el 13 de septiembre del año 2011 hasta el día 19 de marzo del año 2015 e indexado hasta la fecha de su libertad.

Por la PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD de DONAIRE RAFAEL COBO GARCÍA a

DONAIRE RAFAEL COBO GARCÍA, afectado con la PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD el 50% o sea la suma de \$60.000.000.00.

Y para GINA ARDILA VIVANCO (compañera) y DUAYLAN DAVID COBO ARDILA hilo legítimo del afectado la suma de \$60.000.000.00 para todos ellos.

Para un total de \$120.000.000.00. de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

Por cuanto el señor Donaire Rafael Cobo García, víctima de la privación injusta de la libertad para la época de la detención laboraba, percibía ingresos de \$535.600.00 en calidad de oficial en el ramo de la construcción y con ello sufragaba los gastos personales, de su compañera y su hijo.

3. POR INTERESES

A los actores se pagará o a quien o a quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los intereses que se causen desde la fecha de la ejecutoria de la conciliación y/o sentencia.

(...)"

- HECHOS

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los hechos que a continuación se sintetizan así:

1. Donaire Rafael Cobo García es hijo de Idailda García Ariza y Dagoberto Cobo Rodríguez, padre de Duaylan David Cobo Ardila y compañero permanente de Gina Ardila Vivanco.

2. El día 13 de septiembre de 2011, Donaire Rafael Cobo García, entre otros, fue capturado en su residencia ubicada en la isla de San Andrés por orden de la Fiscalía 11 Especializada con sede en la ciudad de Barranquilla, por el delito de concierto para delinquir agravado.

3. El mismo día fue trasladado a la ciudad de Barranquilla y puesto a órdenes del juez de control de garantías, quien lo remitió a la Cárcel de Máxima Seguridad de Cóbbita (Boyacá), quedando a disposición del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja el conocimiento del proceso penal.

4. El día 19 de marzo de 2015, el Juez Penal del Circuito Especializado de Tunja, Boyacá, mediante sentencia No. 038 absolvió de los cargos endilgados a Donaire Cobo García y los demás individuos aprehendidos, ordenando como consecuencia la libertad incondicional de los mismos.

5. El fallo de primera instancia fue apelado por la Fiscalía Delegada. La decisión judicial fue confirmada en su integridad por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Boyacá, Sala de Decisión Penal, mediante sentencia No 066 del 19 junio de 2018.

6. El señor Donaire Rafael Cobo García, estuvo privado de la libertad, durante tres (03) años, tres (03) meses y tres (03) días, lapso durante el cual estuvo alejado de su familia.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO

El apoderado judicial del demandante cita como fundamentos de derecho los siguientes:

- Constitución Política de Colombia: artículos 2 inc. 2 y 90.
- Código Contencioso Administrativo: artículo 86.
- Ley 1437 de 2011.

Explica que de conformidad con la norma contenida en el artículo 414 del CPP, para que quien demanda la indemnización tenga derecho a ella, se requiere que la detención haya sido injusta. Se presume que es injusta la detención preventiva, cuando a favor del detenido se haya dictado sentencia absolutoria definitiva, ejecutoriada o su equivalente, es decir, cesación de procedimiento, preclusión de la investigación o In dubio pro reo, por las siguientes razones:

- a) Porque el hecho investigado no existió
- b) Porque el sindicado no lo cometió
- c) O porque la conducta no constituía hecho punible.

Indica que Donaire Rafael Cobo García fue dejado en libertad de manera incondicional e inmediata, por absolución, en razón de lo cual en su consideración se configuró una falla en el servicio.

- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Rama Judicial- Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

La entidad manifiesta oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos jurídicos. En cuanto a los hechos, señala que no le constan y se atiene al contenido de las sentencias penales.

Como razones de defensa, cita las normas relativas a la responsabilidad del Estado, y en particular alude a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que consagra el título de responsabilidad patrimonial por privación injusta de la libertad. Asimismo, realiza un recuento jurisprudencial de las Altas Cortes como la sentencia C-037 de 1996 y las sentencias de unificación del Consejo de Estado de 15 de agosto de 2018 y de la Corte Constitucional SU-072 de 2018.

Sobre el caso concreto, manifiesta que se estableció que Donaire Rafael Cobo García fue procesado por el delito de concierto para delinquir agravado y le fue imputada medida de aseguramiento, empero, fue declarada la preclusión de la investigación por solicitud de la Fiscalía General de la Nación.

Precisa que lo que le compete al juez de control de garantías es resolver lo atinente a la legalidad de los actos previos de solicitud de orden de captura, legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, actuaciones que inician a petición de la Fiscalía General de la Nación, como titular de la acción penal. Afirma que estas actuaciones se encuentran sustentadas en la información oportuna y legalmente recogida por parte de la policía judicial, bajo su propia coordinación, que habilita la adopción de las medidas necesarias para evitar que la acción penal resulte inane. Manifiesta que el juez de control de garantías, a efectos de adoptar las decisiones a que haya lugar, debe atender los requisitos previstos en los artículos 306, 308, 310, 311 y 313 del Código de Procedimiento Penal. Es así que aclara que el análisis que realizó el juez de control de garantías se circunscribió a verificar la razonabilidad, proporcionalidad, ponderación y el cumplimiento de los fines legales y constitucionales para la imposición de la medida de aseguramiento.

SIGCMA

Indica que la medida de aseguramiento se muestra como necesaria, de acuerdo a la normatividad aplicable, fundado en los motivos obtenidos del ente acusador, pues la decisión del juez de control de garantías se fundamentó en la inferencia razonable, con fundamento en los elementos materiales probatorios que se le presentaron como respaldo a las solicitudes en el momento de la audiencia por parte de la Fiscalía General de la Nación, los cuales gozaban de presunción de autenticidad y veracidad. Señala que el juez de control de garantías adoptó una decisión privativa de la libertad que cumplió los procedimientos legales, fue ponderada, apropiada, razonable y proporcional, por consiguiente, considera que no hay lugar a declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, en cuanto que el daño alegado no es antijurídico.

Finalmente, resalta que si bien el procesado fue absuelto, el Estado colombiano no es responsable patrimonialmente, por cuanto los asociados tienen el deber de soportar la carga pública que implica ser investigado cuando medien motivos para ello, por orden de la autoridad respectiva en el marco de una actuación adelantada con arreglo al procedimiento vigente y con respeto de las garantías fundamentales, como aduce ocurrió en el presente caso.

Propuso como excepciones las siguientes:

(i) Falta de legitimación en la causa material por pasiva de la Rama Judicial

Indica que, observada la actuación de la Fiscalía General de la Nación, es dable concluir que incumplió sus deberes constitucionales y legales como titular de la acción penal, resultando imprevisible e irresistible para el funcionario judicial de control de garantías, pues este no podía prever que posteriormente, ante la escasez probatoria de cargo en sede de juicio oral, el juez de conocimiento se vería obligado a dictar fallo absolutorio.

(ii) Falta de relación causal entre los hechos de la demanda y persona del demandado - hecho de un tercero.

Manifiesta que para que una entidad estatal entre a responder por un perjuicio, debe ser la actora del hecho u omisión que cause el daño antijurídico al particular.

En el presente caso, afirma, la Rama Judicial no ha ocasionado con su actuación perjuicio alguno al demandante.

(iii) Culpa exclusiva de la víctima

Argumenta que si bien una persona puede ser exonerada penalmente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o en aplicación del principio *in dubio pro reo*, no significa que el Estado deba ser automáticamente declarado responsable por la privación de la libertad y condenado a indemnizar el daño causado.

(iv) Hecho de un tercero

Recomienda realizar un exhaustivo examen de la conducta desplegada por los agentes de la policía que rindieron el informe que dio inicio al proceso penal, así como al ente investigador el cual renunció a su facultad acusadora.

(v) Innominada

De conformidad con lo preceptuado en el CPACA, solicita se decrete aquella que el fallador encuentre probada.

Fiscalía General de la Nación

La apoderada judicial del ente acusador al contestar la demanda, manifestó sobre los hechos narrados que no le constan por lo que se atiene a lo que de ellos resulte probado dentro del proceso, siempre y cuando guarden relación con las pretensiones de la demanda y en tanto comprometa la responsabilidad administrativa y patrimonial de la entidad que representa. Respecto de las pretensiones se opone a todas y cada una de ellas.

Indica que como la medida restrictiva en el presente caso se dio en virtud del proceso penal implementado por la Ley 906 de 2004, precisa que la Fiscalía como representante del Estado es la titular de la acción penal y que tiene la función constitucional y legal de acusar y demostrar la culpabilidad del presunto infractor en la ley penal, de manera que es válido aceptar que el proceso penal depende de su diligencia. No obstante, lo anterior, aclara que los poderes del fiscal no son de

índole dispositivo, sino que se reducen simplemente a solicitar al respectivo juez la toma de las diferentes decisiones que se derivan de la actuación penal.

Señala que el juez con función de control de garantías es el competente para pronunciarse sobre las condiciones fácticas y jurídicas que sustentan la solicitud del fiscal y quien determina si la solicitud resulta razonable, adecuada, necesaria y proporcional. En caso de que así sea, el juez es quien autoriza e impone la medida de aseguramiento como lo establece el artículo 250 constitucional. Indica que si bien, el Fiscal General de la Nación o su delegado solicitan la medida, no constituye obligación para su decreto, ya que el juez de control de garantías puede o no dictar la medida de aseguramiento o reemplazarla por otra. Recuerda que quien profirió la medida de aseguramiento al ciudadano Donaire Rafael Cobo García fue el Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Barranquilla, es decir, que fue la Rama Judicial, por intermedio de dicho despacho quien decidió privar de la libertad al demandante. De igual manera, precisa que el señor Cobo García fue exonerado de responsabilidad en los cargos que le imputó la fiscalía, por duda razonable, ya que las pruebas no fueron suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia.

Concluye que la responsabilidad que se pretende endilgar al Estado con el presente medio de control, no reúne los requisitos exigidos para el efecto de que se declare la misma y menos pretender reparación patrimonial alguna por parte de la Nación – Fiscalía General de la Nación. Por lo anterior, afirma que no existe ningún tipo de relación de causalidad entre la existencia del hecho -privación de la libertad- y los daños aducidos en la demanda, en virtud de lo cual no es viable ni ajustado a derecho predicar y solicitar indemnización alguna.

Propuso como excepciones de mérito las siguientes:

(i) Falta de demostración concreta de los presupuestos de responsabilidad que se persigue

Afirma que el demandante no logró demostrar la irracionalidad de la medida o que no estuviera conminado a sufrirla

(ii) Falta de legitimación en la casa por pasiva

Señala que no fue la entidad que ordenó la privación de la libertad y no se demostró la causación de un daño anormal y antijurídico como consecuencia de haber solicitado la imposición de una medida de aseguramiento.

(iii) La fiscalía actuó en cumplimiento de un deber legal de conformidad con el contenido normativo y finalidad de la Ley 906 del 2004 y en consecuencia no puede predicarse falla en el servicio atribuible a esta entidad

Indica que no puede pretenderse que el fiscal desde el comienzo del proceso (investigación) pueda definir a ciencia cierta sobre la responsabilidad del investigado, porque existe un debate probatorio para tratar de establecer la verdad de los hechos y es al juez a quien le corresponde integrar todo el material probatorio y decidir según los principios de la hermenéutica jurídica en materia penal.

(iv) Inexistencia del daño antijuridico

Manifiesta que el artículo 90 determina que el Estado responderá patrimonialmente por daños, pero no cualquier clase de daños, sino únicamente los denominados antijurídicos que sean imputables ya sea por acción u omisión.

(v) Falta del nexo causal

Concluye que no hay nexo causal entre las partes con ocasión del presunto daño producido, pues los hechos se dieron por culpa exclusiva de la víctima.

(vi) Genérica

Solicita que se declare toda excepción cuyos presupuestos facticos o jurídicos se determinen en el proceso a favor de la entidad.

- LA SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia proferida el 23 de octubre de 2019, declaró patrimonialmente responsable a la Nación - Fiscalía General de la Nación- Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por la privación de la libertad de Donaire Rafael Cobo García.¹

El juez señaló que el problema jurídico consistía en determinar si la Nación – Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial son administrativa y patrimonialmente responsables de la totalidad de los perjuicios de orden moral y material causados a los actores como consecuencia de la privación de la libertad, que se asegura fue injusta, de la cual fue objeto el señor Donaire Rafael Cobo García, ocurrida entre el 13 de septiembre de 2011 al 19 de marzo de 2015.

Previo el análisis de fondo, el A quo efectuó un recuento jurisprudencial respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado en la actividad de administrar justicia, especialmente en lo relativo al título de imputación denominado privación injusta de la libertad, en la cual encuadró el estudio del presente caso.

Hecho el análisis probatorio correspondiente, el a quo procedió a verificar la existencia de los elementos de la responsabilidad del Estado así: en lo que respecta al daño, sostiene que se encuentra demostrado por la privación de la libertad padecida por el señor Donaire Cobo García, quien por orden judicial estuvo internado en centro carcelario dentro del periodo comprendido entre el 13 de septiembre de 2011 al 19 de marzo de 2015.

El a quo encontró probado que: (i) el señor Donaire Cobo García fue privado de la libertad del 13 de septiembre de 2011 al 19 de marzo de 2015, por su presunta participación en la comisión del delito de concierto para delinquir agravado, art.342-2 CP. (ii) Con ocasión de lo anterior, los días 13 y 14 de septiembre de 2011, la Fiscalía solicitó: la legalización del allanamiento a morada, del material incautado, formulación de imputación, legalización de captura y medida de aseguramiento, respectivamente, de acuerdo con los postulados procesales de la

¹ Folios 3447-3459 del cuaderno de apelación de sentencia

Ley 906 de 2004. Estas peticiones fueron acogidas por el Juez Penal Municipal con Funciones de Control y Garantías Ambulante BACRIM de Barranquilla. iii) El Juzgado Penal del Circuito Especializado del Distrito Judicial de Tunja, Boyacá, en curso del juicio oral emitió sentencia el 22 de abril de 2015, por medio de la cual absolvió al acusado ordenando su libertad inmediata. iv) La decisión fue impugnada por la Fiscalía, siendo confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja Sala de Decisión Penal, en sentencia No. P-066 del 03 de julio de 2018 considerando que los testimonios presentados no probaban que el actor hiciera parte del grupo “los rastros”, siendo pruebas de referencia inadmisibles, por lo que no se probaron los cargos en contra del sindicado.

De igual forma, indicó que la decisión de absolver al señor Donaire Rafael Cobo García obedeció a que la Fiscalía nunca demostró que el sindicado hubiera cometido los delitos de concierto para delinquir y que su comportamiento nunca develó una conducta delictiva que comprometiera su responsabilidad penal o que permitiera sospechar su participación en la comisión del delito investigado.

Asimismo señaló, a partir del acervo probatorio, que no se avizoraba que el actor hubiera actuado con dolo o culpa grave desde la perspectiva civil como causal eximente de responsabilidad, pues su vinculación al proceso penal se produjo con sustento en unos testimonios, a partir de la información de un tercero. Luego, el señalamiento de un tercero no puede calificarse como un comportamiento gravemente culposo o doloso de la víctima, ya que es un hecho que escapaba a la voluntad del procesado, máxime cuando dentro del trámite penal no se evidenció ninguna otra prueba que ratificara los dichos de los testigos de oídas.

Precisa que si bien el señor Donaire Rafael Cobo García fue vinculado a un proceso penal y posteriormente fue exonerado de responsabilidad, en opinión del despacho, la conducta del mismo demandante, desde el inicio, no daba lugar a la investigación que se adelantó en su contra y, por consiguiente, a que se le impusiera la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Respecto de la imputabilidad del daño, aduce que la actuación del directo afectado no constituyó una conducta gravemente culposa, pues nunca transgredió el ordenamiento jurídico, siendo la posición de la Fiscalía y la Rama Judicial, a través de sus agentes, determinante en la privación de la libertad de que el demandante fue objeto, sin que existiera motivo para ser privado de la libertad.

En cuanto al nexo causal, entendido desde la perspectiva de la “*causalidad adecuada*” entre la medida de aseguramiento y los perjuicios por cuya indemnización se reclama en el presente asunto, insiste en que la privación de la libertad tuvo su causa eficiente o adecuada en la actividad de la administración de justicia, sin que la conducta asumida por el señor Donaire Rafael Cobo García contribuyera en todo o parte con la misma. A partir de la concurrencia de estos elementos declaró la responsabilidad solidaria de las demandadas, condenándolas a indemnizar por los perjuicios causados solidariamente.

- RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante

La parte demandante, al sustentar su recurso de apelación, manifiesta que su inconformidad con la sentencia recurrida recae en la negativa del A quo en acceder al reconocimiento del perjuicio moral solicitado a favor del señor Luis Alberto Montes Paternina padre de crianza de Donaire Rafael Cobo García. Aduce que es innegable el dolor que una madre y un padre de crianza pueden llegar a sentir por el desprendimiento forzoso de sus hijos debido a la muerte o la privación de la libertad de la que puedan ser objeto. Agrega que le es imposible al A quo rasgar el pecho del padre de crianza y ver sangrando su corazón de dolor moral, aclarando que este no lo siente sino quien lo sufre, la cual es intangible y moral. En razón de lo anterior, solicita que sea revocada la sentencia en lo que se refiere a los perjuicios morales solicitados por Luis Alberto Montes Paternina.

- Rama Judicial

La apoderada judicial de la entidad manifiesta en el recurso de apelación que en la sentencia se realiza un análisis del proceso penal y la actuación realizada por el juez de control de garantías, llegando a conclusiones desacertadas y contrario a los intereses de la entidad que representa.

Afirma que no le asiste razón al juez administrativo, pues la medida de aseguramiento se dio en cumplimiento de los requisitos legales. Recuerda que es menester determinar la existencia de la arbitrariedad y absoluta desproporción del

SIGCMA

análisis probatorio, pues no basta que el juez administrativo no comparta el criterio del juez penal, toda vez que la diferencia de criterios e interpretaciones, no genera per se un error en la inferencia del juez penal de conocimiento.

Indica que en la audiencia de imputación e imposición de medida de aseguramiento que tuvo a su cargo el juez de control de garantías con base en las pruebas aportadas por la Fiscalía, se podía inferir de manera razonada la necesidad de la medida, mas no, la responsabilidad del imputado en el delito endilgado. De esta manera, el resultado dañoso, resulta imputable a la actuación y de allí que se argumenta que se presenta carencia absoluta de responsabilidad de la Rama Judicial, por ausencia de nexo causal, pues, la privación de la libertad de Donaire Rafael Cobo García, desde el punto de vista de la causalidad material, fue producto de la actuación del ente investigador, lo que rompe el nexo de causalidad entre el acto jurisdiccional de privación de la libertad y el daño que se alega como irrogado.

Señala que, cuando la fiscalía incumple sus deberes probatorios y el juez debe absolver al procesado, no surge la responsabilidad del Estado respecto de la administración Judicial, porque la privación de la libertad, 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 el soporte de una decisión condenatoria.

Pone de presente que en la sentencia recurrida se cuestiona la insistencia de la Fiscalía General de la Nación al proponer recurso de apelación contra la sentencia que absuelve a los indiciados, pese a que el material probatorio resultaba insuficiente para llevar al convencimiento de la conducta delictiva de los sindicados, circunstancia que advierte el fallador penal en segunda instancia y afirma que en el proceso administrativo debería analizarse favorablemente en favor de la Rama Judicial, toda vez que el análisis del material probatorio aportado a un proceso penal, es valorado por el juez de conocimiento y no por el juez de control de garantías.

Indica que en cuanto a los aspectos a analizar por parte del juez administrativo cuando estudia una privación injusta de la libertad se encuentra el de verificar la

actuación del demandante. Recuerda que el Consejo de Estado advirtió que el cumplimiento del anterior requisito en modo alguno trata de una autorización para revisar nuevamente el proceso penal “en tercera instancia”, es decir que le está vedado pronunciarse sobre el carácter delictivo o no de los hechos bajo estudio o el reproche de la conducta del sindicado a la luz de la ley penal. Afirma que conforme lo considerado por el Consejo de Estado, el juicio que le corresponde adelantar al juez de la reparación directa, en orden a resolver sobre la obligación de indemnizar el daño derivado de la privación injusta de la libertad, trata del ilícito civil, construido al amparo de las normas, los principios y valores constitucionales para los que no hay derechos absolutos desprovistos de compromisos institucionales dirigidos a construir un estado social justo.

- Fiscalía General de la Nación

La apoderada judicial de la entidad sustenta el recurso de apelación señalando que la responsabilidad patrimonial declarada en contra del ente acusador no se compadece con la realidad probatoria, pues no se logró acreditar la antijuridicidad del daño, como tampoco el nexo entre los perjuicios reclamados por el actor con la actuación de la Fiscalía General de la Nación.

Precisa que de acuerdo con lo previsto en el actual sistema penal acusatorio cuyo procedimiento regula la Ley 906 de 2004, en relación con las medidas de aseguramiento, las cargas para su imposición se distribuyen entre la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, pues, la medida es solicitada por la fiscalía, pero quien la impone es el juez de control de garantías. Es así que desde ese punto de vista las cargas distribuidas no dan un margen para argumentar que el defectuoso funcionamiento de la labor del fiscal genere responsabilidad estatal, pues en la audiencia de medida de aseguramiento, el debate entre fiscal, defensa y víctima cifra toda la valoración en el juez.

Reitera que la Fiscalía General de la Nación es quien asume el papel acusador frente a las conductas punibles, mas no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados siendo su fundamento principal para ser eximida de responsabilidad. Recaba que la legalidad fue avalada por el respectivo juez competente con funciones de control de garantías y de otro lado, en su criterio, porque para la solicitud bastaba con una inferencia razonable a quien le sea exigible tener certeza sobre la culpabilidad del acusado.

SIGCMA

Afirma que la imposición de la medida restrictiva de la libertad fue necesaria, adecuada, proporcional y razonable en relación con los bienes jurídicamente relevantes establecidos en el Código Penal y que fueron transgredidas con la comisión de las conductas punibles endilgadas, que si bien, las pruebas no fueron suficientes para una sentencia condenatoria, ello no quiere decir que no se tuvieran las pruebas para iniciar la investigación en contra del señor Donaire Rafael Cobo García.

Manifiesta que era deber de la Fiscalía y la Rama Judicial en virtud de la facultad sancionadora del Estado de conformidad con lo establecido en el artículo 250 de la Constitución Política y en el ejercicio de lo ordenado en los artículos 306 a 308 de la Ley 906 de 2004, desentrañar los hechos investigados para verificar la culpabilidad o inocencia del señor Donaire Rafael Cobo García. Aduce que, pese a que la privación de la libertad quedó acreditada, no se demostró que la misma fuera injusta y por ende atribuible a las entidades demandadas. Afirma que la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial actuaron en el ejercicio legítimo de los poderes reconocidos al Estado que el investigado estaba obligado a asumir, como una carga jurídica soportable, toda vez que las actuaciones relacionadas con la privación de la libertad del demandante fueron plenamente justificadas, atendiendo a los indicios con los que se contaba, para endilgarle alguna responsabilidad por el delito de concierto para delinquir agravado.

Finalmente, señala que objeta los perjuicios morales que fueron reconocidos por el A quo y de otra parte, en relación con la condena en costas y agencias en derecho, deben establecerse con base en lo probado en el proceso, si se realizaron conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a imponerla, lo cual no se configuró por parte de la entidad que representa.

- ALEGATOS

Fiscalía General de la Nación

Al alegar, reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y alegatos de primera instancia. Con relación a las declaraciones y condenas solicitadas por los demandantes precisa que:

La Fiscalía General de la Nación no es responsable por los daños y perjuicios que dicen haber sufrido los demandantes por la privación de la libertad, ya que esta se produjo en desarrollo del proceso penal regido por la Ley 906 de 2004.

Afirma que es inexistente el daño antijurídico a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, teniendo en cuenta que el juez de control de garantías impartió legalidad a la captura e impuso medida de aseguramiento luego de analizar los elementos materiales probatorios y evidencia física, ajustándose la misma a los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Advierte que de acuerdo al tercer presupuesto de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, en el que se debe verificar cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño, se presenta falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que la decisión de imponer una medida de aseguramiento es una facultad jurisdiccional atribuida a los jueces de control de garantías. En ese orden de ideas, se ratifica en todos los pronunciamientos fácticos, jurídicos y jurisprudenciales consignados en todas las actuaciones procesales presentados por la entidad.

- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Guardó silencio dentro de la oportunidad procesal.

- ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante sentencia de fecha 23 de octubre de 2019, el Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.² La Nación-Rama Judicial, la Fiscalía General de la Nación y los demandantes interpusieron recurso de apelación en contra del mencionado fallo.³ En audiencia de conciliación efectuada el día 13 de diciembre de 2019, se concedió el recurso de apelación interpuesto.⁴

Mediante auto de fecha treinta y uno (31) de enero de 2020, el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, admitió el recurso de apelación y ordenó correr traslado a las partes para alegar y al

² Folios 3447-3459 del cuaderno de apelación

³ Folios 3461-3475 del cuaderno de apelación

⁴ Folio 200 del cuaderno de apelación.

Ministerio Público para que emitiera concepto. Dentro del término legal, Fiscalía General de la Nación⁵ la presentó sus alegatos finales. Por su parte, la Rama Judicial y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

Prevía la decisión que corresponde, procede la Sala a examinar los presupuestos de la acción:

- COMPETENCIA

Esta corporación es competente para resolver el recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En este orden, corresponde a la Sala, decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019 por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

- LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Por activa

La Sala procede a dilucidar si los demandantes han demostrado interés para actuar.

El artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 otorga el derecho de acción a la persona interesada y no condiciona su ejercicio a la demostración de su real interés, porque éste es objeto de probanza en juicio, es decir, la legitimación por activa en la acción de reparación directa aparece en la persona por el sólo hecho de creerse lesionada.

⁵ Folios 3508-3522 cuaderno de apelación

Teniendo en cuenta lo anterior, se presentan como demandantes los señores Donaire Rafael Cobo García, Gina Ardila Vivanco, Duaylan David Cobo Ardila, Idailda García Ariza, Luis Alberto Montes Paternina, Dagoberto Cobo García, Emilia Rosa García Ariza y Dora Ariza de García respecto de quienes se considera que acreditaron su legitimación de hecho.

Por pasiva

Fueron citadas como demandadas la Nación – Fiscalía General de Nación y la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial - que se encuentran legitimadas de hecho en la causa, dado que se les hacen imputaciones de responsabilidad, por la actuación de agentes suyos que intervinieron en los hechos materia del proceso.

- CADUCIDAD

La Ley 1437 de 2011 respecto al término para la presentación de la demanda de reparación directa consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:
(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia. Sin embargo, el término para formular la pretensión de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que la demanda con tal pretensión pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición.

En los casos en los que se alega la privación injusta de la libertad como fuente del daño indemnizable, el Consejo de Estado ha sostenido de manera reiterada que el cómputo del término de caducidad de la acción de reparación directa inicia desde el momento en el cual el sindicado recupera la libertad o queda ejecutoriada la

providencia que determina la absolución de responsabilidad penal a favor del procesado o la preclusión de la investigación -lo último que ocurra-⁶.

En el presente caso tenemos que la sentencia absolutoria proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito de Tunja fue el día 03 de julio de 2018⁷, en virtud de que no existe en el expediente constancia de su fecha de ejecutoria, el término para demandar transcurrió, en principio, entre el 4 de julio de 2018 y el 4 de julio 2020. Por otra parte, la solicitud de conciliación extrajudicial fue radicada el día 21 de septiembre de 2018⁸, la audiencia de conciliación fue llevada a cabo el día 26 de octubre de 2018 y la demanda fue presentada el 29 de octubre de 2018⁹, por lo cual la demanda fue presentada dentro de la oportunidad legal.

- PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en determinar si se configura o no la responsabilidad extracontractual del Estado, en cabeza de las entidades demandadas, por la privación de la libertad de que fue objeto el señor Donaire Rafael Cobo García en el periodo de tiempo comprendido entre el día trece (13) de septiembre de 2011 hasta el día 19 de marzo de 2015, bajo el título de imputación de privación injusta de la libertad.

Para ello, se hace necesario revisar los elementos que configuran la responsabilidad estatal, y en particular la responsabilidad por la privación de la libertad, a fin de determinar si en el caso concreto se encuentran debidamente demostrados y, en consecuencia, si hay lugar o no a la indemnización reclamada.

- TESIS

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia habida consideración que en el asunto bajo estudio se dieron los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual del Estado por la privación injusta de la libertad al no acreditarse el cumplimiento de los requisitos que fundamentaran la restricción del derecho de libertad de Donaire Rafael Cobo García.

⁶ Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 15 de agosto de 2018 Rad. No. 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947)

⁷ Fls. 2700-2821 cdno. ppal No. 6.

⁸ Fls. 3310-3311 cdno ppal ,. 7

⁹ Fl. 3342 cdno. ppal No. 8.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La responsabilidad del Estado en la actividad de administrar justicia.

La Jurisprudencia ha distinguido como títulos jurídicos de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado administrador de justicia tres supuestos a saber: (i) el error jurisdiccional, (ii) el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y (iii) la privación injusta de la libertad. En el presente caso sólo se hará alusión a la privación injusta de la libertad, puesto que de conformidad con los hechos expuestos en la demanda los mismos podrían dar lugar a la configuración de este título de imputación de responsabilidad.

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado está obligado a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que sean ocasionados por las acciones u omisiones de todas las autoridades públicas-cláusula general de responsabilidad, surgiendo así para quien se considere afectado ya sea por una acción u omisión de la administración y busque su resarcimiento la obligación de demostrar la antijuridicidad del daño alegado; y una vez demostrado este, se procederá al estudio de su imputación o no al Estado.

En este orden, en los casos de privación injusta de la libertad en virtud de una decisión judicial, en los cuales se constate la ocurrencia de un daño antijurídico, surgirá el deber por parte del Estado de responder patrimonialmente, ello de conformidad con la norma constitucional antes transcrita.

De la responsabilidad por privación injusta de la libertad

El artículo 68 de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de Administración de Justicia, dispone lo siguiente:

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

Mediante la sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, la Corte Constitucional, efectuó el análisis, entre otros, del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en relación con los presupuestos para la privación injusta de la libertad y señaló la necesidad

SIGCMA

de examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental. Igualmente señaló que no resultaba viable la reparación automática de perjuicios a favor de personas involucradas en procesos penales en los que se afectaron sus derechos a la libertad.

Por su parte, el Consejo de Estado respecto a la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad ha tenido varias líneas jurisprudenciales. Una primera, parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el **error judicial**, que se produce como consecuencia 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. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados. Posteriormente indica, que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, 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.

Una segunda línea señala, que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P.-*absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible*-, la responsabilidad es **objetiva**, por lo cual consideró que en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter injusto sino injustificado de la detención.

La tercera línea jurisprudencial, señala que el **criterio absoluto** conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada, y asimismo, amplía en casos concretos el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos del artículo 414 del C.P.P., a los eventos en que el sindicado sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del in dubio pro reo.

Finalmente, en reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, la Sección Tercera mediante sentencia de

fecha 15 de agosto de 2018, modificó su jurisprudencia en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y **unificó** criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:

- 1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;
- 2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,
- 3)Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

“En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio *iura novit curia*, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello”¹⁰.

¹⁰ Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 Rad. No. 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947)

De conformidad con la sentencia citada, se puede concluir que para que proceda la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad debe acreditarse (i) que se impuso una medida privativa de la libertad en el trámite de un proceso judicial, (ii) que dicho proceso culminó con decisión favorable a su inocencia y (iii) el daño ocasionado, del cual es menester analizar su antijuridicidad. Para ello se debe revisar si la conducta del procesado dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal, es decir, analizar bajo la perspectiva estrictamente civil si la persona incurrió, en culpa grave o dolo.

Hechos jurídicamente relevantes y probados en el proceso

De acuerdo con las pruebas que fueron legal y oportunamente allegadas al proceso, se tienen los siguientes hechos jurídicamente relevantes que se encuentran debidamente acreditados en el proceso:

1. Se demostró que en contra de Donaire Rafael Cobo García fue adelantada investigación y proceso penal radicado bajo el No. 11-001-60-01276-2011-00110-00 por el delito de concierto para delinquir agravado.
2. Que el Juez Penal Municipal con función de Control de Garantías Ambulante de la ciudad de Barranquilla libró orden de captura de fecha 7 de septiembre de 2011 en contra del señor Donaire Rafael Cobo García. El mencionado Juzgado en audiencia de allanamiento y registro de inmueble del capturado, legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento, impartió legalidad a la captura de Donaire Rafael Cobo García y ordenó imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, por el delito de concierto para delinquir.¹¹
3. Mediante auto de fecha 06 de julio de 2012, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ordenó el cambio de radicación, por lo que el conocimiento correspondió al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja.
4. Que el 16 de enero de 2012, la Fiscal 11 Especializada Delegada ante la Unidad Nacional contra Bandas Emergentes BACRIM sede Barranquilla,

¹¹ Fls. 19-29 cdno. ppal.

SIGCMA

presentó escrito de acusación ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado del Distrito Judicial de Tunja (Boyacá), contra Donaire Rafael Cobo García, entre otros, por el delito de concierto para delinquir agravado.¹²

5. El día 24 de mayo de 2013, se llevó a cabo audiencia preparatoria, en que fueron decretadas pruebas documentales y testimoniales solicitadas por la fiscalía y la defensa de los imputados.¹³
6. Los días 3-4 de julio, 26-27 de noviembre de 2013, 11-12 de marzo, 1-2-3 de septiembre de 2014, 26-28 de enero y 16-18 de marzo de 2015, se surtió el juicio oral, en el cual el Juzgado Penal de Circuito Especializado de Tunja-Boyacá dispuso el sentido de fallo absolutorio.¹⁴
7. El 22 de abril de 2015, el Juzgado Penal del Circuito Especializado del Distrito Judicial de Tunja, dio lectura del fallo, en el que resolvió absolver a Donaire Rafael Cobo García, identificado con cédula de ciudadanía No. 18.010.890 de San Andrés, islas. Esta decisión fue apelada por parte de la Fiscalía.¹⁵
8. Mediante sentencia No. P-066 del 03 de julio de 2018, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja – Sala de Decisión Penal, confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado del Distrito Judicial de Tunja.¹⁶

Bajo esta óptica, la Sala procederá al análisis del caso concreto.

- CASO CONCRETO

De la privación de la libertad de Donaire Rafael Cobo García

Con fundamento en las pruebas allegadas al plenario como actas y cd¹⁷ contentivo de la audiencia de legalización de allanamiento y registro, legalización de la

¹² Fls. 95-119 cdno. ppal.

¹³ Fls. 1996-1999 cdno. ppal 4 y fls. 2000-2004 cdno. ppal 5.

¹⁴ Fls. 2445-2452 cdno. No. 5, 2524-2526, 2593-2597, 2930 cdno No. 6, 3059-3062 cdno. ppal. No. 7.

¹⁵ Fls. 2933-3060 cdno. ppal No. 6 y 7.

¹⁶ Fls. 2700-2821 cdno. ppal No. 6.

¹⁷ Fl. 19-29, 99-102 cdno. ppal.

captura, formulación de la imputación y solicitud de medida de aseguramiento y formulación de acusación, encuentra la Sala que el proceso penal promovido en contra de Donaire Rafael Cobo García, tuvo origen en el delito de concierto para delinquir agravado. La Fiscalía lo señaló de pertenecer a la organización criminal denominada “*los rastros*”, en la cual fungía como sicario. Sustenta su investigación con los testimonios de Malka Everest Villar, Alexander Sauza Jiménez y Wilson Ocampo Salgado, quienes estuvieron al frente de la investigación y relatan cual fue el objeto de la misma y los testimonio de Fayladis Gavia Ramos, Hurley Hernández, Mario Díaz Molina y Ubaldo González, quienes rindieron testimonio respecto al accionar de las dos organizaciones criminales “*los paisas*” y “*los rastros*”.

Conforme al material probatorio allegado al expediente, se encuentra acreditado que Donaire Rafael Cobo García estuvo privado de su libertad con ocasión al proceso penal que se adelantó en su contra por el delito de concierto para delinquir, por el lapso comprendido desde el día trece (13) de septiembre de 2011 al 19 de marzo de 2015, es decir, un total de tres (3) años, seis (6) meses y seis (6) días.¹⁸

En el curso del proceso penal la FGN formuló imputación a Donaire Cobo García, entre otros, por los delitos de concierto para delinquir agravado, prevista en el artículo 340 inciso 2º del C.P., a título de coautor. Solicitó que se le impusiera medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, conforme lo establecido en los artículos 296, 306, 308 y 313 numerales 3º y 4º del C.P.P., por considerarla necesaria, proporcional, razonable y adecuada. El juez de control de garantías accedió a la solicitud de la Fiscalía y decretó la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario a los imputados, entre otros, a Donaire Rafael Cobo García, conforme lo establece el artículo 307, literal A). En consideración de la Fiscalía, la medida solicitada era procedente: *“porque de los elementos materiales probatorios, evidencia física y demás información legalmente obtenida por la Fiscalía, se infiere razonablemente que los imputados pueden ser coautores o partícipes de la conducta punible imputada y teniendo en cuenta además la modalidad y gravedad de las conductas punibles imputadas, constituyendo los imputados un peligro para la seguridad de la comunidad y la misma resulta necesaria, adecuada, proporcional y razonable para los fines de la medida de aseguramiento y porque*

¹⁸ Fl. 3311ª cuaderno. 7.

*los delitos por el que se prosigue comporta esta clase de medida de aseguramiento (...)*¹⁹

La Fiscalía expuso en el escrito de acusación como hechos jurídicamente relevantes, los siguientes:²⁰

“Es de conocimiento público que las bandas criminales surgen posteriormente a la promulgación de la ley de justicia y paz a favor de las Autodefensas Unidas de Colombia donde a pesar de la desmovilización de los diferentes frentes, algunos de ellos volvieron a tomar las armas haciendo alianzas con narcotraficantes y grupos de pandillas juveniles de barrios.

Ahora bien, en cuanto a la presencia de la banda criminal “los Rastrojos”, en el Departamento de San Andrés, esta se originó a raíz de la invitación que hicieran, mediante contacto con gente del interior, los señores Smith Pomare, Lever, Madison y Palma, entre otros, a fin de hacerle contrapeso al grupo BACRIM “Los Paisas”, quienes ya se encontraban en el departamento ejecutando homicidios selectivos, extorsiones, vacunas de 500 dólares por cada kilo de cocaína que sacaran al exterior hacia Centro América, haciendo presencia para el año 2009 aproximadamente.

La presencia de este grupo trajo como consecuencia una serie de delitos como es el de homicidios selectivos, en especial contra miembros del grupo *los paisas* y de esa forma apoderarse de las rutas del narcotráfico, ya que es bien sabido que San Andrés es uno de los departamentos predilectos por estos, pues sirve como fuente para conectarse con los países centroamericanos, situación que realizan mediante lanchas tipo Go-Fast.

Durante la investigación se logró determinar que dentro del grupo de mas de 20 personas, existe una jerarquía como cualquier empresa, hay jefes financistas, jefe de grupos, logísticos que ordenan y gente que cumple con las órdenes tratándose de mas de 20 personas, que cada 10, 15 o 30 días se reúnen y se dedican a la materialización de homicidios selectivos mediante la modalidad de sicariato, extorsiones o cobros de vacunas, amenazas, desapariciones de la población civil, tráfico de estupefacientes de armas y como en toda banda criminal cambian de teléfono para evitar su localización. Las armas las guardan en diferentes lugares.

Situación fáctica que nos lleva a colegir que estamos frente al delito de concierto para delinquir agravado de acuerdo con el artículo 340 inciso 2º porque se reúnen los elementos del tipo para adecuarlo, como es la existencia permanente y estable de una organización (grupo de personas intervengan) con objetivos diversos y que se pueden determinar como delictivos (plurisubjetivos) al mismo tiempo conocemos que los miembros de dicha organización se hayan organizado voluntariamente (acuerdo o convenio) con un objetivo común y cumpliendo cada uno un rol dentro de la organización, como es principalmente poner en peligro la seguridad pública, a través de una serie de delitos indeterminados, logrando también atentar contra bienes igualmente protegidos por el legislador, como es la vida y la integridad personal, libertad individual, patrimonio económico, orden económico, medio ambiente, salud pública etc., es decir, el concierto es agravado, por cuanto su actividad apunta a cometer delitos de lesa humanidad tales como desapariciones forzadas, desplazamientos, homicidio, terrorismo, narcotráfico, extorsión, trafico y porte de arma personal y de uso privativo de las fuerzas militares.

¹⁹ Fls. 24-28 cdno. ppal.

²⁰ Fls. 99-102 cdno. ppal.

La imputación estuvo dirigida a presuntos miembros del grupo criminal “los rastros” haciendo referencia a las siguientes personas Erick Stephens Quesada alias negro coordina actividades, es logístico, tramita información; Luis Carlos Marquez Melendez alias luchin, es informador, el encargado de transportar el dinero y la droga; Juan Sebastián Giraldo García, alias Sebas, quien se tiene como logístico, ya que es el encargado de organizar el envío de la droga a Centro América y demás países; Manfred Eusebio Webster Archbold, alias Manfred, es financiero de la organización, es capitán de una lancha; Víctor Humanio Lever Duque, alias tico Lever o el tío que se tiene como financista de la organización; Edgar Francisco Hudgson Fox alias Edgar, se tiene como sicario y es la mano derecha de Madison; José Antonio James Forbes, alias el ocho, quien es logístico maneja la lancha de chepo donde se saca la droga; Jeferson Pereira Hooker alias pepe, se tiene como contador de la banda coordina las cuentas de la mercancía y del transporte; Luis Poncharelo Gaitán Tovar alias cocu, cogu o cuquis, es el logístico en el sentido que es el encargado de recibir los sicarios del interior (caravanas) y marca a la gente a quien se le va a ocasionar la muerte y extorsionar; Oscar Luis Gómez Pedroza alias el mello del cocal o carita de mujer, se tiene dentro del cuerpo como sicario, Héctor Ávila alias melón, es sicario dentro de la organización y **Donaire Rafael Cobo García alias Donald, quien se tiene como sicario**, fueron judicializados el día 14 de septiembre de 2011, en el sentido de legalizar la captura, la imputación y solicitar medida de aseguramiento, por tal motivo se le imputó como presunto coautor del delito que se adecúa típicamente en el Libro Segundo Título XII Delitos contra la Seguridad Pública, Capítulo Primero del Concierto, el Terrorismo, las Amenazas y la Investigación y la Instigación y Sancionado como Concierto para Delinquir Agravado que trata el artículo 340 inciso 2º. (...)” (negrilla de la Sala)

Sobre la solicitud de medida de aseguramiento contra Donaire Rafael Cobo García (minuto 22:00-23:00) se encuentra:

“(...) Se puede inferir razonablemente que es autor del delito de concierto para delinquir del cual se le imputó anteriormente a través de la entrevista dada por Fayladis Gaviria Ramos el día 15 de agosto de 2011, quien lo indica como sicario e igualmente lo hace Ubaldo González Martínez, también quien lo reconoce como un presunto miembro del grupo el día 01 de septiembre de 2011 e igualmente el reconocimiento fotográfico que hace de él Ubaldo González Martínez (...)

”Los elementos y evidencias probatorios indican que razonablemente si puede ser autor o partícipe del delito de concierto para delinquir, conducta que resultaría peligrosa, pues se hace mas gravosa al ser presunto miembro activo del grupo los rastros y que opera en Colombia en especial en San Andrés, cuando vemos que están haciendo daño en cuanto al manejo del sicariato en la isla. Se cumpliría con el numeral primero (1o) del artículo 10 la continuación de actividades delictivas y la probable vinculación en organizaciones criminales y el numeral octavo (8) que haga parte o pertenezca a un grupo delincuencial organizado (...)” (minutos 41:41-42:40)

Para dictar la medida de aseguramiento (2:50:00- 3:17:46) el juez de control de garantías razonó en los siguientes términos:

“Para establecer la imposición de la medida de aseguramiento bástese a la fiscalía presentar los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, estos elementos de conocimiento que se presentan y se someten a que sean controvertidos por la defensa, tienen como fin sustentar la necesidad de imposición de medida de aseguramiento mas no demostrar la responsabilidad penal. No es el momento ni permite un debate probatorio sobre la responsabilidad del acusado en un momento anterior al juicio oral sino que asegura las garantías procesales de la defensa en armonía con el artículo 29 de la Constitución Política y los tratados de derechos humanos y que esto permite el ejercicio de contradicción sobre ese aspecto de la necesidad de la medida de aseguramiento, es conocida como la detención preventiva, pero constitucionalmente así está establecida que tiene un carácter preventivo mas no sancionatorio y con esta se busca es asegurar la comparecencia del presunto o presuntas personas vinculadas al proceso o cuando exista un indicio grave de responsabilidad comparezca efectivamente al proceso y no escape a la acción de la justicia. (...) al realizar un juicio de justificación de la medida establezca para decretarla si se cumplen algunos de los requisitos además de las circunstancias objetivas.

Para el juez decretar la medida de aseguramiento cuenta con elementos materiales probatorios y evidencias físicas recogidos y asegurados o la información obtenida legalmente y de ello puede inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga siempre que se reúna o se cumpla alguno de los requisitos. Si bien es cierto la medida de aseguramiento en este estadio procesal constituye una primera herramienta jurídica natural de las actuaciones, tiene su alcance en la Constitución para asegurar la comparecencia del presunto infractor de la ley penal, así como asegurar la conservación de la prueba y la protección de las víctimas, estas son una de las finalidades que justifican la medida de aseguramiento y que afecta la libertad personal, pero no es caprichosa ni arbitraria, pues es constitucionalmente permitida siendo transitoria toda vez que responde como carácter preventivo, para que durante los términos racionales dentro del proceso judicial se pueda adoptar una decisión respecto de las personas vinculadas del proceso sin vulnerar el principio de la presunción de inocencia, igualdad, ni el debido proceso ya que la restricción no es absoluta, pudiéndose decretar la libertad.

Para tomar la decisión de imposición de la medida de aseguramiento se exige para el juez atendiendo las políticas criminales y que hace alusión la fiscalía como requisitos subjetivos, ya que de los elementos que presenta establece que se presentan las circunstancias de inferencia razonable autoría mínima que se requiere para solicitar la medida de aseguramiento ya que señala y se observa un informe que policía judicial le rinde a la fiscalía, varias declaraciones recibidas de la que señala la defensa no existe por parte de fiscalía una autorización. Empero, la fiscalía puede recibir estas declaraciones, ya que en su labor de investigación puede utilizar todos los medios cognitivos que puedan llevar a establecer que evidentemente estas declaraciones analizadas en conjunto ofrecen serios motivos para establecer razonablemente que existe una organización denominada los rastros y la cual alguno de ellos son los presuntos integrantes de ella, es lo que presenta la fiscalía dentro de este radicado. No hay que perder de vista que la inferencia es una deducción lógica de esos elementos, inferir es una mera probabilidad de autoría, no está plenamente demostrado una responsabilidad el cual se surte en el juicio para ser sometido en el ejercicio de la contradicción, entonces en nada impide que estos elementos sean dados por testigos de oídas que señalan situaciones que no se compaginan con el delito de concierto para delinquir, en modo alguno se puede concebir dicha circunstancia, pero en este estadio se debe tomar en conjunto todas la declaraciones que se rindieron, pues son declaraciones de personas allegadas o parientes de las víctimas y testigos cercanos que identifican como presuntos integrantes a la banda los Rastros e igualmente que algunos se encuentren detenidos. No le asiste razón a este despacho que esta inferencia razonable pueda ser rechazada o rebatida, pues no le asiste a este despacho llegar a considerar que el hecho de que una persona

este procesada se piense que este recibiendo un beneficio y si así fuera tampoco se considera que lo expresado sea mentira, toda vez que los hechos expresados fueron verificados punto a punto. Se habla de situaciones que dieron lugar a que se iniciaran investigaciones y que se revisaran procesos y determinar que los hechos ocurrieron. Igualmente hubo búsqueda en bases de datos de celulares, se pudo verificar e identificar de donde provenían los alias los cuales coincidían con las identificaciones de las personas del cual se encontraban vinculadas a hechos, no es de tajo quitarle a todos estos elementos que fueron producto de una labor investigativa que se hayan presentado, lo cual lleva al despacho a inferir una mera probabilidad que es lo suficiente que se exige para una medida provisional y que posiblemente con posterioridad se han dado los casos que los interesados con otros elementos puedan desnaturalizar la medida.

Pero bástese al juez establecer si se estructuran las circunstancias objetivas que señala la ley para establecer si es suficiente con esta información legalmente obtenida y con estas evidencias inferir razonablemente la autoría o participación. Este despacho no puede desconocer que así se dan las circunstancias para decretar la medida. (...) Dándose los presupuestos de que los delitos a los que se les endilgó concurso ameritó una detención preventiva de acuerdo con el artículo 313 CPP(...). La inferencia razonable de autoría se encuentran los elementos de la deducción lógica que se pueda inferir que los señores aquí indiciados son presuntos coautores de la conducta de concierto como señala la señora fiscal, que su inocencia se mantiene incólume, que en ningún momento se está violentado esa circunstancia, que no es el momento que se permita un debate probatorio, porque lo que se permite aquí nada más es una mera probabilidad, puesto que solo se estudia si la medida pueda decretarse y que se reúna alguno de los requisitos. La fiscalía señaló dos: del peligro para la seguridad de la sociedad y la víctima. Es lo que la doctrina ha llamado el riesgo de reiteración o protección a la comunidad desarrollados en el artículo 310, que en la Ley 1453 de 2011 le agregó algunos numerales atendiendo la política criminal que pretende salvaguardar la seguridad de la comunidad. Se habla de un delito pluriofensivo como es el concierto para delinquir, suficiente para establecer la gravedad por la modalidad de esta conducta punible. Además debe ser valorado por el juez si se cumplen los fines constitucionales y la finalidad de la detención preventiva señalados en los artículos 308 y 310 CPP. Además podrá valorarse otras circunstancias que permiten soportar este juicio de justificación y finalidad de la medida de aseguramiento, la probable vinculación a una banda criminal, la naturaleza de los delitos y la existencia de una sentencia condenatoria vigente para uno de ellos, considera el despacho que se cumplen los requisitos subjetivos de que habla el artículo 308 CPP ya que se reúne el hecho de que el peligro para la sociedad si estamos hablando de un delito de concierto y que de acuerdo a las declaraciones de los testigos que señalan como se fueron dada cada una de estas actividades que es probable que no comparecerán al proceso y que no cumplieran, el riesgo de fuga atendiendo la modalidad de la misma.

(...)

En consecuencia a lo expresado el despacho accede a la petición de la fiscalía y decreta la medida de aseguramiento consistente en la privación de la libertad en establecimiento carcelario a los imputados quienes se encuentran plenamente identificados e individualizados en las audiencias realizadas (...) Donaire Rafael Cobo García, conforme lo establecido en el artículo 307 literal a) porque de los elementos probatorias allegados y evidencia física se infiere razonablemente que los imputados pueden ser probables coautores o partícipes de la conducta punible imputada, teniendo en cuenta además la modalidad de la gravedad de la conducta constituyéndose luego de las apreciaciones que hiciera este despacho que la libertad de los imputados representan un peligro para la seguridad de la comunidad por lo que la medida resulta necesaria, proporcional, adecuada y razonada para los fines de la medida de aseguramiento por que los delitos que se prosigue comportan esta modalidad de medida de aseguramiento (...)"

Por otra parte, en los argumentos expuestos por el Juez Especializado del Circuito de Tunja en la sentencia absolutoria, respecto de Donaire Rafael Cobo García, se señaló:²¹

“Dentro del escrito y audiencia de acusación como hechos relevantes se (sic) lo señaló de ser integrante de la organización criminal “rastros”, cuyo rol o papel desempeñado al interior del organismo es fungir como “sicario” queriendo indicar que se dedica a ejecutar homicidios ordenados por la organización criminal, cargo que se repitió en la solicitud de condena.

Las pruebas que pretenden comprometerlo directamente son las siguientes:

La declaración de Fayladis Gaviria Ramos, quien respecto del señor Donaire Rafael Cobo, a quien manifiesta conoce como Donald, expone que es un muchacho moreno que se lo pasaba con el mello para arriba y para abajo y manejaba la moto cuando iba a hacer sus mandados, que es el sicariato de acuerdo a lo que expuso en la entrevista, más adelante se muestra confusa y a la pregunta de la fiscalía manifiesta que cuando dice maldades es a sicariato y se refiere es al mello, en el resto de su texto no vuelve a mencionar a quien identifica como Donald, sin embargo, a pregunta del abogado de Donaire, cuando la interroga si todo lo que ha dicho es porque le consta directamente, asegura que es por comentarios, lo que ratifica nuevamente su condición de testigo de “oídas” que se expusiera en anteriores momentos, pues todo su conocimiento proviene de comentarios de personas que ni siquiera identifica.

De otro lado, la patrullera Malka Everst Villar solo lo menciona para establecer que no figuraba dentro de los nombres entregados por la fuente no formal y el servidor de policía Ocampo manifiesta que, dentro del organigrama entregado a él por la Sipol, figura dentro de la estructura el señor Donaire.

Ubaldo González Martínez respecto del señor Donaire Rafael, lo identifica plenamente, pues, fue vecino suyo y trabajaba en construcciones, que sabe que pertenece a la organización criminal, porque eso era lo que le contaba su sobrino Oscar Luis Gómez, que igualmente una muchacha que no acierta identificar, le manifestó que el día que se desapareció su hijo, Donaire estaba en la discoteca; en este caso como en las anteriores ocasiones, el señor Ubaldo está haciendo solo manifestaciones de referencia, en lo que respecta al señor Donaire y como ya hemos advertido este tipo de manifestación por principio de legalidad y de acuerdo con el art. 438 C.P.P. no son de recibo, ni pueden ser tenidas en consideración.

De lo que se infiere que las anteriores pruebas que en su totalidad son de referencia, no solo son inadmisibles, sino que también y aun en gracia de discusión, fuese tenidas en cuenta, no indican que el señor Donaire Rafael Cobo pertenece a la organización criminal conocida como los rastros y menos aún que su actividad es ejecutar homicidios encomendados por el grupo ilegal, y contrario a la teoría de la fiscalía, la defensa a través del testimonio de Mario Rafael Blanco lo presenta como un humilde trabajador de la construcción sin antecedentes penales; de esta manera permanece intacta la presunción de inocencia que lo ampara, por lo que se proferirá sentencia de carácter absolutoria en su favor.”

²¹ Fls. 2933-3060 cdno. ppal No. 6 y 7.

Finalmente, el Tribunal Superior del Distrito de Tunja, como fundamentos para confirmar la sentencia de primera instancia expuso lo siguiente²²:

“La fiscalía en su apelación, tan precaria como su investigación, se conformó con insistir en que sus testigos sí servían para probar la militancia de los acusados en las filas de los rastros, pero sin que se tomara el trabajo como le correspondía si pretendía desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad que ampara la sentencia, de atacar esos fundamentos y esas valoraciones del a quo para confrontarlos con sus propias apreciaciones de los hechos debatidos; solo insistió en que con los dichos de Mario Diaz Molina, Hurley Hernández, Fayladis Gaviria, Ubaldo González y Darin Aguilar, eran suficientes para dar por establecidas esa responsabilidad.

En particular encuentra la Sala que en el recurso no hace el más mínimo esfuerzo por controvertir los argumentos con los que el juez a quo absuelve a JUAN SEBASTIAN GIRALDO GARCÍA, LUIS PONCHARELO GAITAN TOBAR, OSCAR LUIS GOMEZ PEDROZO, **DONAIRE RAFAEL COBO GARCÍA**, FEDERICO LEVER DUKE y ALEX CABEZA DAWKINS.

(...)

Respecto de DONAIRE RAFAEL COBO GARCÍA, a quien también se acusó de sicario, la primera instancia reseña que la fiscalía se apoya i) el testimonio de FAYLADIS GAVIRIA, quien aparece diciendo que este acusado manejaba la moto a alias MELLO cuando iban hacer vueltas, pero la mujer reconoció que eso no le constaba sino que era de oídas; ii) los testimonios de MALKA EVERST y WILSON OCAMPO, servidores de policía judicial a quienes nada le consta y que solo reseñan información provenientes de terceros ; y iii) UBALDO GONZÁLEZ, quien también solo transmite información proveniente de terceros respecto a la presencia del acusado en la discoteca en la que estaba su hijo la noche en que desapareció, o al reconocimiento de estar vinculado a *los rastros*, siendo esos aspectos prueba de referencia inadmisibles.

(...) Adviértase que ante el ad quem, en lo atinente al recurso propuesto con relación a los procesados (...) DONAIRE RAFAEL COBO GARCÍA (...), solo se plantea la argumentación del a quo, porque la del recurrente, que está obligado a demostrar el desacierto de la decisión, no aparece explicitada, sin que le corresponda a la Sala entrar a suplir esas deficiencias argumentativas de la fiscalía, como si lo interpuesto no fuese un recurso de justicia rogada sino una especie de revisión oficiosa.

(...)

En ese orden de ideas, la Sala encuentra que la definición efectuada por el a quo, en lo que respecta a los procesados (...) DONAIRE RAFAEL COBO GARCÍA, sencillamente quedó irrefutable.”²³ (negrilla de la Sala).

Del daño

En lo concerniente al *daño* como primer elemento de la responsabilidad, se puede definir como la modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo

²² Escuchar minuto 00:21:15 al 00:24:04 del CD visible a folio del cuaderno principal.

²³ Fls.2700-2819 cdno. ppal No. 6

reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir, no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga²⁴.

Para que dicho daño sea resarcible, la jurisprudencia ha señalado tres supuestos a saber: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente, que no se limite a una mera conjetura, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido por el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.²⁵

Conforme a las pruebas allegadas al plenario, el señor Donaire Rafael García Cobo fue privado de la libertad en el lapso transcurrido entre el trece (13) de septiembre de 2011 y el diecinueve (19) de marzo de 2015, con ocasión de la orden de captura librada por el Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de la ciudad de Barranquilla el día siete (7) de septiembre de 2011²⁶. A esta orden le fue impartida legalidad en audiencia de legalización de allanamiento y registro, captura, formulación de la imputación e imposición de medida de aseguramiento llevada a cabo los días trece (13) y catorce (14) de septiembre de 2011. Una vez surtidas todas las etapas procesales subsiguientes fue absuelto mediante sentencia de fecha 18 de marzo de 2015 y lectura de fallo 22 de abril de 2015, cuya libertad fue otorgada el diecinueve (19) de marzo de 2015²⁷. Se evidencia así, la existencia de un daño ocasionado a Donaire Rafael Cobo García consistente en la privación de la libertad.

Ahora corresponde analizar si el daño es o no antijurídico, es decir, si el afectado estaba o no en la obligación de soportar dicho daño, esto es, la privación de su libertad en virtud de la medida de aseguramiento impuesta. Para ello, se verificará la conducta desplegada por Donaire Rafael García Cobo que en consideración de la Fiscalía dio lugar a la solicitud de la imposición de la medida de aseguramiento.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B sentencia del 25 de abril de 2012, Rad. No. 05001-23-25-000-1994-02279 01(21861).

²⁵ Consejo de Estado Sala delo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B sentencia del 25 de abril de 2012, Rad. No. 05001-23-25-000-1994-02279 01(21861).

²⁶ Ver folios 20-29 del cuaderno principal.

²⁷ Fl. 3311ª cdno. ppal No. 7.

De la vinculación de Donaire Rafael Cobo García al proceso penal

Se encuentra acreditado que Donaire Rafael Cobo García fue vinculado a un proceso penal por el delito de concierto para delinquir agravado, por cuanto, la Fiscalía lo señaló de pertenecer a la banda “los rastros” afirmando que fungía como sicario. Esta información se obtuvo de la entrevista realizada a Fayladis Gaviria Ramos el 15 de agosto de 2011 quien manifestó que el señalado participó en la muerte de “Sherwin” y en la tortura de “chuzo”. De otro lado, en entrevista efectuada al señor Ubaldo Martínez el día 1 de septiembre de 2011, afirmó que la noche que desapareció su hijo, Donaire Cobo García se encontraba en la discoteca con “Madison”, siendo reconocido fotográficamente.

En ese orden de ideas, para efectos de determinar si el demandante actuó con culpa o dolo, es necesario estudiar las disposiciones del Código Civil que sobre el tema rezan:

ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. (Subrayas de la Sala)

De acuerdo con lo anterior, para que se configure el hecho o culpa de la víctima, se requiere que haya una actuación u omisión por parte de quien sufrió un daño, que ella sea determinante en la producción del mismo y que, además, resulte ajena, imprevisible e irresistible para la parte demandada.

Analizadas las pruebas que reposan en el expediente, se observa que la conducta del demandante en ningún momento fue sustancial para que la Fiscalía solicitara

SIGCMA

medida de aseguramiento en su contra y tampoco se advierte que éste haya desplegado un actuar gravemente culposos o doloso. De hecho, se observa que la investigación fue encaminada contra el actor, en atención a lo dicho por personas que solo hacen afirmaciones por lo que escucharon y no por lo que a ellos les consta directamente a lo que el juez de conocimiento llamó testigos de referencia.

Vistas las anteriores disposiciones, no es procedente concluir que Donaire Rafael Cobo García fuera susceptible de vinculación al proceso penal adelantado por el delito de concierto para delinquir, pues, no se observa imprudencia o negligencia alguna para que debiera asumir la carga de enfrentar investigación en su contra, el hecho de contar con una motocicleta y transitar en ella, además de relacionarse con personas que se encuentren en un lugar determinado (discoteca) que ni siquiera están vinculadas al proceso penal no lo hace sospechoso de ser miembro de una banda criminal como sicario.

Como se ve, en las pruebas con que se contaba desde el principio no existen elementos de juicio que permitan sostener que la medida de aseguramiento impuesta obedeció a la propia actuación del señor Donaire Rafael García Cobo.

De la imposición de la medida de aseguramiento

La Sala procederá a analizar el tema de la imposición de la medida de aseguramiento, a fin de establecer si su decreto se efectuó de conformidad con las normas legales correspondientes.

La Ley 906 de 2004 - Código de Procedimiento Penal, respecto a la solicitud requisitos y procedencia de la medida de aseguramiento dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 306. SOLICITUD DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.”

“ARTÍCULO 308. REQUISITOS El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia

física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia”.

“ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.
Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Hasta este punto, para la Sala es claro que no se cumplieron cabalmente los requisitos establecidos en las disposiciones correspondientes para que resultara procedente la imposición de la medida de aseguramiento. Ello en atención que el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, señala como requisitos para decretar la medida de aseguramiento que de los elementos materiales probatorios se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga. Y en el caso concreto no se contaba con elementos materiales probatorios que razonablemente permitieran llegar a esa inferencia, pues se reitera la motocicleta incautada en el allanamiento marca Honda-Eco, de ninguna manera es un indicio grave en contra de Donaire Rafael Cobo García como integrante de la banda “los rastros”, así como fungir de sicario en dicha organización, tampoco lo son, las declaraciones de la señora Fayladis Gaviria y Ubaldo González, las cuales relacionan al investigado con una banda criminal, ya que fueron testimonios de oídas por lo que de ninguna manera cuentan con la contundencia para concluir que por su dicho debía ordenarse medida de aseguramiento al hoy demandante. Además, es del caso precisar que no fue capturado en flagrancia y tampoco se demostró que tuviera antecedentes penales.

SIGCMA

La Rama Judicial en su recurso de apelación señala que el juzgador administrativo debió utilizar a su favor los argumentos utilizados por el Ad quem en el proceso penal al analizar que el material probatorio allegado al proceso era insuficiente, justificando que es una valoración que puede hacer el juez de conocimiento y no el de control de garantías. No obstante, observa esta Corporación que precisamente la fiscalía utilizó como fundamento para solicitar la legalización de captura, la formulación de imputación, la medida de aseguramiento y demás trámites subsiguientes, los mismos argumentos desde el inicio de su investigación, situación que vislumbró el Tribunal Superior de Tunja al resolver el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.

Si bien es cierto, el juez de control de garantías se ciñe al deber de atender los requisitos previstos en los artículos 306, 308, 310, 311 y 313 del C.P.P., en tanto que, en diligencia de las audiencias preliminares pudo evidenciar de los elementos probatorios allegados que existía la inferencia razonable de la medida de aseguramiento por ser varios los indiciados, no obstante, era necesario evaluar que cada elemento probatorio e información expuestos por la Fiscalía para acceder a su solicitud cumpliera, por supuesto, los requisitos para la imposición de la medida de manera individual.

Por lo tanto, debieron ser analizadas de manera diferenciada y no general, para establecer el caso particular, la necesidad de la medida de aseguramiento solicitada en contra de Donaire Rafael Cobo García, aunque el juez de control de garantías pudiera eventualmente tener la certeza de la necesidad de decretar la medida para las otras personas. A partir de lo anterior, la Corporación concluye que la medida restrictiva de la libertad fue injusta, razón por la cual el fallo proferido por el Juez Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina será confirmado.

De la liquidación de los perjuicios morales

El juez de primera instancia indicó que, respecto de Luis Alberto Montes Paternina, no se demostró la condición de padre de crianza del directo afectado como tampoco ser tercero damnificado, por lo que no fue reconocido el perjuicio reclamado.

Contrario a lo expuesto por el a quo, el apoderado de la parte demandante señala que el señor Luis Alberto Montes Paternina es padre de crianza de Donaire Rafael Cobo García desde los 6 años de edad, el cual se encuentra debidamente legitimado como tercero damnificado, pues, resultó afectado moralmente por la privación de la libertad de su hijo de crianza. Afirmar que de acuerdo con reiterada jurisprudencia dicho dolor por llevarse intrínsecamente se presume, por lo que le resulta imposible al fallador de primera instancia evaluar algo que se lleva por dentro.

Sobre los terceros damnificados la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que quienes no demuestren el parentesco pueden ser reconocidos como terceros damnificados y otorgárseles la indemnización correspondiente **si acreditan la relación afectiva y el perjuicio moral sufrido**²⁸. Así lo expuso:

“En relación con la condición de tercero damnificado y de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, en los procesos de responsabilidad se indemniza a los damnificados por el perjuicio que les hubiere causado la privación de la libertad de la que fue objeto la víctima o porque el hecho hubiere afectado sus condiciones normales de subsistencia. En los eventos en los cuales se demuestre que el demandante era el padre, hermano, hijo o cónyuge de la víctima, ese perjuicio se infiere del vínculo de parentesco; en cambio, cuando no se acreditan esas calidades, el perjuicio moral o patrimonial debe acreditarse a través de cualquier medio de prueba.”

La Sala advierte que el señor Luis Alberto Montes Paternina no probó la condición que invocó al comparecer al proceso, la de padre de crianza de la víctima directa de la privación injusta de la libertad, lo que comporta su falta de legitimación – material– en la causa por activa, máxime ante la evidencia de que en el expediente no obra medio de prueba que permita considerarlo como tercero damnificado, en la forma prevista por la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado.

- CONDENA EN COSTAS

En atención a lo señalado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en el literal b del artículo 625 del C.G.P., en la sentencia se decidirá sobre la condena en costas, con aplicación de las normas previstas en el Código General del Proceso

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de mayo de 2017, exp. 76001-23-31-000-2009-00433-01(44080), CP: Carlos Alberto Zambrano Barrera; Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2017, exp. 05001-23-31-000-2008-01041-01(41652), CP: Stella Conto Díaz del Castillo.

Expediente:88-001-33-33-001-2018-00150-01
Demandante: Donaire Rafael Cobo García y Otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial - Rama Judicial
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

el cual, en el numeral 1 de su artículo 365, dispone que se condenará a su pago a la parte vencida en el proceso.

La condena depende de un factor objetivo, del hecho de ser vencido en el proceso, y no de la conducta desplegada por las partes, de ahí que no resulten de recibo los argumentos del apelante -Fiscalía General de la Nación- y, de manera consecuente, se deba revocar la decisión adoptada por el Juez Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

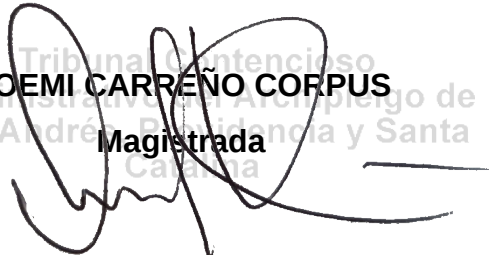
FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina de fecha 23 de octubre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

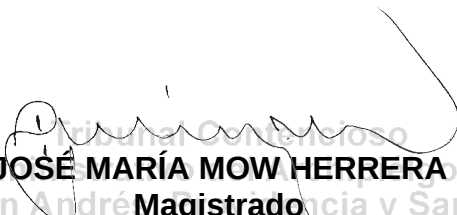
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

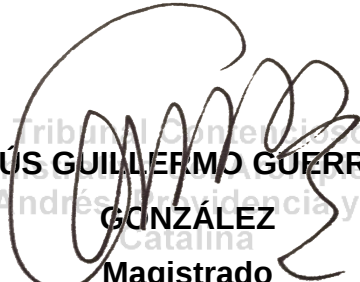

NOEMI CARREÑO CORPUS
Magistrada

Expediente:88-001-33-33-001-2018-00150-01
Demandante: Donaire Rafael Cobo García y Otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial - Rama Judicial
Acción: Reparación Directa

SIGCMA



JOSE MARÍA MOW HERRERA
Magistrado



JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ
Magistrado

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88-001-33-33-001-2018-00150-01)

Código: FCA-SAI-06 Versión: 01 Fecha: 14/08/2018