



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN VIRTUAL No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, ocho (8) de septiembre de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO:	150013333007-2014-00216-01
DEMANDANTES:	JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ Y OTROS
DEMANDADOS:	NACIÓN – RAMA JUDICIAL- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
TEMA:	PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD –MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN LA LEY 600 DE 2000.
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA – CONFIRMA accede parcialmente pretensiones y modifica tasación de perjuicios de lucro cesante

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada –Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia proferida el primero (1) de abril de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Tunja, mediante la cual declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Rama Judicial y se accedió parcialmente a las pretensiones.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

Declaraciones y condenas (ff. 5-6)

1. JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ (víctima directa), SILVIO ANTONIO MARULANDA POSADA, BLANCA LILIA SÁNCHEZ MARULANDA (padres de la víctima), SHIRLEY PAULINE MARULANDA SÁNCHEZ (hermana), LUIS ALEJANDRO MARULANDA BUITRAGO (hijo), a través de apoderado judicial, instauraron demanda de reparación directa contra la NACIÓN – RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, con el objeto de que se les declarara administrativamente responsables por detención preventiva por el lapso de 6 meses y 25 días de que fue víctima el primero de los mencionados.
2. Como consecuencia de lo anterior, solicitaron se condene a las entidades demandadas al pago de las siguientes sumas de dinero:

- A favor del señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, por concepto de perjuicios materiales la suma de \$ 44.482.103.
- Por concepto de daños morales, a favor de la víctima directa, padres, hermana e hijo el equivalente a 100 SMLMV para cada uno.

3. Finalmente, pidieron que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 178 y 195 del CPACA, y demás normas concordantes.

Fundamentos fácticos (ff. 6-9)

4. Como fundamentos fácticos de la demanda, el apoderado de la parte demandante enunció los que se resumen enseguida:

5. El señor Yury Andrey Vargas Holguín, presentó denuncia el día 17 de mayo de 2005, sobre hechos ocurridos en el mes de marzo de 2003, en el corregimiento de Santa Teresa del Municipio de San Luis de Gaceno (Boyacá), al ser víctima del presunto delito de secuestro y señalando como responsables a los miembros de las autodefensas campesinas de Casanare; trámite que se adelantó bajo procedimiento establecido en la Ley 600 de 2000. En concordancia con lo anterior, manifestó que el juicio dentro del proceso referenciado se adelantó contra el señor Jhon Alexander Marulanda Sánchez bajo la causa N° 2012-004 en el Juzgado Penal del Circuito Especializado del Distrito Judicial de Tunja.

6. Para el mes de noviembre de 2011, el señor Jhon Alexander Marulanda Sánchez, se encontraba laborando para la empresa Human Staff, en el cargo de mensajero externo para la empresa usuaria de Servicios Postales Nacionales S.A., percibiendo como salario mensual la suma de \$548.000; en el restaurante Casa Cocina China los fines de semana y festivos devengando un salario mensual de \$566.700. En total percibía para la época de ocurrencia de los hechos mensualmente \$1.114.700.

7. El día 17 de noviembre de 2011, la Policía Metropolitana de Bogotá capturó al señor Jhon Alexander Marulanda Sánchez, por los punibles de secuestro simple y concierto para delinquir del que fue víctima el señor Yury Andrés Vargas Holguín dentro del proceso 94105.

8. Para el 21 de noviembre de 2011, la Fiscalía Segunda de la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Juzgado Penal Único Especializado de Tunja, le impuso medida de aseguramiento a Jhon Alexander Marulanda Sánchez, consistente en detención preventiva por las conductas punibles de secuestro simple en concurso homogéneo y sucesivo con concierto para delinquir, disponiendo como lugares de reclusión el Establecimiento

9. Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de la Picota de Bogotá y en el Establecimiento Carcelario de Mediana Seguridad de Tunja, los dos adscritos al Instituto Nacional Penitenciario INPEC y donde cumplió la orden.

10. Para el día 12 de junio de 2012, se llevó acabo la audiencia pública en el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja. Las partes intervinientes dentro de esta actuación judicial –Fiscalía, Procuraduría y defensa-, solicitaron unánimemente sentencia absolutoria, soportados en las pruebas recaudadas, procediendo ese despacho a la revocatoria de la medida de aseguramiento.

11. El Juzgado Penal del Circuito Especializado del Distrito Judicial de Tunja, del 10 de julio de 2012 profirió sentencia absolutoria a favor de Jhon Alexander Marulanda Sánchez; providencia en la que, a criterio de la parte demandante, destaca la ligereza por parte de la Fiscalía al formular la resolución de acusación y no haber acudido a procedimientos probatorios complementarios al reconocimiento fotográfico, lo que habría dado como resultado que en la etapa de instrucción se hubiese definido la situación jurídica del procesado de manera favorable. Mencionó que la decisión de manera clara y precisa indicó que no fue el autor ni el responsable de los delitos que permitieran afirmar que la investigación debía dirigirse contra otra persona y no contra del mencionado.

12. A causa de la detención del señor Marulanda Sánchez y de la cual salió absuelto, debió terminar su actividad laboral, afectando su situación económica y de su núcleo familiar, por cuanto era el único proveedor de la subsistencia de cada uno de sus integrantes, lo cual produjo daños no solo económicos sino morales en todo el grupo familiar.

13. Finalmente, refirió que los demandantes, no estaban obligados a soportar el daño antijurídico provocado por las entidades demandadas, teniendo en cuenta que no se desvirtuó la presunción de inocencia y la responsabilidad del Estado era objetiva en la medida en que el señor Jhon Alexander Marulanda Sánchez fue exonerado de responsabilidad por cuanto quedó acreditado que no cometió la conducta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Rama Judicial (Fls. 98 a 109)

14. Descorrió la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, indicando que de acuerdo a los preceptos establecidos en el artículo 90

de la Constitución Política, se consagra una cláusula general de responsabilidad estatal; figura a través de la cual se debe demostrar el daño antijurídico y su imputabilidad a la acción u omisión de una autoridad pública.

15. Señaló que el procedimiento se acogió bajo la Ley 600 de 2000; por lo tanto, el proceso penal tenía dos etapas: (i) La de investigación cuyo ente responsable era la Fiscalía General de la Nación, iniciando la investigación preliminar, emitiendo el auto de apertura, vinculando al proceso del sindicado mediante indagatoria, definiendo la situación jurídica, con la imposición o no de la medida de aseguramiento, y finalizaba con la calificación del sumario que podía derivar en preclusión de la investigación o en resolución de acusación; y (ii) La de juzgamiento, en la cual intervenían los jueces penales, iniciando con la audiencia preparatoria, continuando con la audiencia pública de juzgamiento en la que se practicaban las pruebas, se presentaban los alegatos y se concluía con la sentencia de instancia.

16. Indicó que, en vigencia de dicho procedimiento, y en concordancia con el artículo 114 de la Ley 200 de 2000 la Fiscalía Primera Especializada de Tunja, contaba con la facultad para resolver de manera autónoma y exclusiva, acerca de las medidas restrictivas de la libertad sin intervención de los jueces de la República. Bajo este entendido, la privación de la libertad de que fue objeto el demandante, desde el momento en el cual se definió su situación jurídica, fue el resultado del ejercicio de dicha facultad exclusiva de la Fiscalía, y para concurrir el levantamiento, se requería que los jueces de la República verificaran y surtieran plenamente la etapa del juicio, para así decidir si la Fiscalía desvirtuó la presunción de inocencia del procesado y en consecuencia dictar sentencia absolutoria, tal y como sucedió en el presente caso, advirtiendo la falta de credibilidad y contraste de las pruebas allegadas, que llevó al juez penal a la conclusión que los hechos investigados no eran típicos de conducta penal.

17. Enfatizó en que en el lapso que duró la presunta privación injusta de la libertad, no hubo decisión, ni intervención alguna de los jueces de la República, sino hasta la sentencia del juzgador de primera instancia, por cuanto la competencia recaía en la Fiscalía General de la Nación, quien dispuso la privación de la libertad del demandante, invocando una falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que dichas precisiones no fueron competencia de los jueces penales; resaltando el hecho que precisamente fue el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja el que decidió absolver al hoy demandante de los delitos por los que lo

acusaba la Fiscalía, por carecer de certeza sobre la comisión del punible, recobrando su libertad definitiva.

18. En oposición a las pretensiones de la demanda, propuso como medios exceptivos los que denominó:

- ✓ *"Falta de causa para demandar"* en razón a que la medida impuesta a JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ estaba permitida por el ordenamiento jurídico.
- ✓ *"Falta de legitimación por pasiva"* toda vez que la labor probatoria y acusatoria competía de forma exclusiva a la Fiscalía General de la Nación; luego se trataba del *hecho de un tercero* quien imputó al demandante la medida de aseguramiento de detención privativa de libertad.
- ✓ *"LA INNOMINADA"* para que se declarara probada cualquier excepción que el fallador encontrara probada.

Fiscalía General de la Nación (Fls. 110 a 118)

19. Dentro de la oportunidad legal, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN se opuso a las pretensiones de la demanda y esgrimió que actuó de conformidad con lo establecido en el artículo 250 de la Constitución Política, cumpliendo con el deber legal y con las funciones designadas, adoptando el procedimiento de la Ley 600 de 2000 y el artículo 120 del Código de Procedimiento Penal, en lo concerniente a la medida de privación de la libertad que era procedente, de acuerdo a lo señalado en el artículo 356 de la Ley 600 de 2000.

20. La Fiscalía General de la Nación, expuso las razones del procedimiento acogido, el cual inició con la denuncia instaurada por Yury Andrey Vargas Holguín y los informes de policía judicial que dieron cuenta de la captura del señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, como presunto autor de los delitos investigados, por lo que el día 21 de noviembre de 2011 la Fiscalía Delegada ante el Juzgado Único Especializado de Tunja, resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención, la cual cobró ejecutoria sin haber sido impugnada; y posteriormente con las pruebas sobrevinientes allegadas al proceso en la etapa de juicio, fue que se produjo la absolución del mencionado demandante, el 10 de julio de 2012.

21. A su vez, indicó que en el proceso penal, no existía constancia de ilegalidad, acerca de la detención del demandante o de que la privación de su libertad se hubiese extendido en el tiempo de manera ilícita; contrario sensu, ratificó que para proferir la medida de

aseguramiento no era necesario que en el proceso existiera plena prueba sobre la responsabilidad penal del endilgado, pues este grado de convicción solo era necesario para proferir sentencia condenatoria.

22. Con base en lo anterior, precisó que si en un proceso penal, en el cual se precluye la investigación o se absuelva al sindicado de un delito, que se le haya impuesto con medida de detención, se deba comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado, es aceptar que la Fiscalía General, al adelantar una investigación penal, no podría ser autónomo y libre para recaudar y evaluar el material probatorio para establecer los hechos punibles y los presuntos infractores, ratificando que el actuar procesal se adelantó en desempeño de un deber legal, de acuerdo a las pruebas legalmente aportadas al proceso, en concordancia con el principio de progresividad en materia penal, y no se podía endilgar que las mismas hubieran sido arbitrarias o injustas o provenientes de error judicial o falla en el servicio resultante de falencias en la actividad probatoria; por lo que dentro del régimen de la responsabilidad objetiva, no hubo un rompimiento de las cargas públicas más allá de los límites constitucional y legalmente permitidos.

23. Finalmente, como excepción formuló la siguiente:

- ✓ *"CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA"*. Señaló que referente a la legalidad de la medida de aseguramiento de detención, no había constancia en el proceso de que la misma hubiese sido impugnada, frente a lo cual, trajo a colación el contenido del artículo 70 de la Ley 270 de 1994 y de algunos pronunciamientos jurisprudenciales, para reiterar que en el presente caso no se configuran los presupuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad en cabeza de la entidad.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

24. El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, mediante providencia de fecha 01 de abril de 2019 (Fls. 603 a 631), resolvió:

"PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES, propuestas por la entidad demandada FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DECLARAR PROBADA LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA MATERIAL POR PASIVA DE LA RAMA JUDICIAL, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- DECLARAR administrativamente responsable a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por el daño antijurídico causado al señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, por la privación injusta de la libertad

de que fue víctima, de acuerdo con las consideraciones efectuadas precedentemente.

CUARTO.- CONDENAR a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar al señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de LUCRO CESANTE, la suma de DIECISÉIS MILLONES SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS UN MIL PESOS CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS (\$16'075.801,85).

QUINTO.- CONDENAR a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar a los demandantes, por concepto de PERJUICIOS MORALES, las siguientes sumas de dinero:

NOMBRE	CALIDAD	VALOR EN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES A LA FECHA DE EXPEDICIÓN DE ESTA SENTENCIA
JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ	VÍCTIMA	75 SMLMV
SILVIO ANTONIO MARULANDA POSADA	PADRE DE LA VÍCTIMA	70 SMLMV
BLANCA LILIA SÁNCHEZ DE MARULANDA	MADRE DE LA VÍCTIMA	70 SMLMV
SHIRLEY PAULINE MARULANDA SÁNCHEZ	HERMANA DE LA VÍCTIMA	35 SMLMV
LUIS ALEJANDRO MARULANDA BUITRAGO.	HIJO DE LA VÍCTIMA	80 SMLMV

SEXTO.- ORDENAR a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, que cumpla el fallo, en los términos previstos en los artículos 192, 194 y 195 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO.- Sin condena en costas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

(...)"

25. Para adoptar tal decisión, la A-quo en primer lugar se refirió a la excepción propuesta por la Rama Judicial, falta de legitimación en la causa por pasiva, acotando que en los procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad, en efecto se encuentra legitimada en la causa material por pasiva la entidad que actuó en el fallo que precisó la situación jurídica de la víctima del daño, al intervenir en una decisión constitutiva de daño antijurídico, debe ser condenada directamente o en solidaridad con las entidades que hayan concurrido en la acción u omisión reprochada y que para el caso en concreto era la Fiscalía General de la Nación, ya que en vigencia de la Ley 600 de 2000 -Código de Procedimiento Penal, tenía la facultad de proferir decisiones de restricción de la libertad en el curso de investigaciones sin la injerencia de los jueces de la República.

26. Bajo este entendido, precisó que la Fiscalía General de la Nación, fue el ente encargado de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva frente a la cual se produjo un daño por la privación injusta de la libertad en el proceso penal adelantado. Dicha decisión fue proferida sin la intervención de algún juzgado, evidenciándose que fue el juzgado penal, quien precluyó la investigación y revocó esta medida. De acuerdo a lo anteriormente referido, era de recibo la falta de legitimación material en la causa por pasiva propuesta por la Rama Judicial.

27. Ahora bien, frente al régimen de responsabilidad por privación injusta de la libertad, indicó que mediante sentencia de fecha 17 de octubre de 2013, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al unificar su jurisprudencia cuando el detenido es absuelto por aplicación del in dubio pro reo, señaló que la reparación directa no se reduce a los eventos referidos en las normas legales precitadas, sino que por el contrario, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política, el análisis deberá centrarse en establecer si se ha producido un daño antijurídico, esto es, que la víctima no se encuentre en el deber jurídico de soportar y si el mismo resultaba jurídicamente imputable a la acción o a la omisión de la administración de justicia, en principio bajo régimen objetivo del de daño especial, dado que la aplicación de medidas previas que afectaran la libertad, han de constituir una excepción a la regla general, en aplicación del principio de la presunción de inocencia. De manera que aun en los casos donde las entidades han actuado en debida forma, el Estado debe llegar a responder, de tal suerte que las excepciones planteadas por la defensa en este sentido, no se encontraban llamadas a prosperar.

28. Descendiendo al caso en concreto, consideró acreditado que el señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, estuvo recluido en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de la Picota en Bogotá y en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Tunja, en virtud de la actuación penal identificada con el Sumario N° 94105, y posteriormente con el N° 150013107001-2012-004, adelantada en su contra por el delito de secuestro simple en concurso heterogéneo con concierto para delinquir, seguida bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000 por la Fiscalía Segunda Especializada Delegada ante el Juez Penal Único Especializado del Circuito Judicial de Tunja, y luego ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja, detención preventiva impuesta mediante resolución de 21 de noviembre de 2011 proferida por la Fiscalía referida a través de la cual se impuso medida de aseguramiento, que perduró desde el 16 de noviembre de 2011, cuando fue capturado en virtud de orden librada en su contra mediante resolución de 30 de agosto de 2011;

es decir, 6 meses y 26 días. De esta manera, halló demostrado el daño alegado.

29. En relación con la imputación y nexo causal, analizó el acervo probatorio, para destacar que si bien era cierto, no existía certeza en cuanto a la entrega de las citaciones remitidas al demandante para efectos de la indagatoria, lo cierto era que, conforme al artículo 336, inciso segundo de la Ley 600 de 2000, permitió al Fiscal del caso prescindir de la misma y ordenar la captura con fines de indagatoria, en los casos en los cuales el delito investigado fuera de aquellos en los que resultaba obligatoria resolver la situación jurídica. A su vez, el artículo 354 ibídem disponía que en los delitos en los cuales fuera procedente la medida de aseguramiento debía resolverse situación jurídica, es decir, en aquellos en los que se verificaran las condiciones del artículo 357 ibídem, esto es, que tuvieran una pena igual o superior a 4 años de prisión; lo que en últimas ocurrió en el presente caso, dado que los delitos investigados de Secuestro Simple y Concierto para Delinquir conforme a los artículos 168 y 340 de la Ley 599 de 2000, eran de aquellos en los cuales era procedente la medida de aseguramiento, por lo que debía resolverse situación jurídica, pues se encontraban dentro de los que tenían una pena superior a 4 años, por lo que se trataba de una actuación ajustada, de la cual no se predicaba existencia de falla en el servicio respecto de dicho tiempo de privación de 16 de noviembre de 2011, a raíz de la captura y puesta a disposición de la Fiscalía Segunda Especializada de Tunja, hasta el 21 de noviembre de 2011, para fines de la indagatoria.

30. No obstante, respecto del período de privación de libertad, comprendido entre el 22 de noviembre de 2011, a raíz de la resolución de su situación jurídica mediante imposición de medida de aseguramiento consistente en preventiva y orden de detención, hasta el 12 de junio 2012, donde se dispuso la revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta en su contra y se ordenó la libertad inmediata del procesado por parte del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja, consideró que conforme a la reseña probatoria efectuada, el despacho advirtió que existía una falla en el servicio, toda vez que como se determinó en la decisión de 12 de julio de 2012, proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja, mediante la cual se resolvió la absolución del implicado (Fls. 50-59 Cdo dos de pruebas contentivo del Exp. Penal), la prueba del reconocimiento fotográfico en el asunto de la actuación penal llevada a cabo era accesorio, dado que el reconocimiento en fila de personas era mecanismo principal en dichos eventos para identificar a una persona autora de un delito investigado, la cual había que realizarse al momento de la indagatoria llevada a cabo al sindicado luego de la aprehensión mediante captura, a efectos de

resolver la imposición o no de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

31. Considerando que tal como lo advirtió el despacho de conocimiento de la causa, la misma Fiscalía Especializada había dejado consignado en el acta de reconocimiento fotográfico a modo de constancia, que las personas en esas imágenes se encontraban en diferente posición y tenían características morfológicas diferentes, cuando estas debían semejantes, de conformidad con lo establecido en el artículo 303 de la Ley 600 de 2000, en concordancia con el artículo 304 ibídem, por lo que, como se expuso en la aludida decisión de absolución, si no hubiese habido apresuramiento de la Fiscalía en la imposición de la medida y la resolución de acusación, y se hubiese acudido al espíritu de la norma que indicaba que esa forma de identificación de reconocimiento fotográfico era accesoria y debía complementarse posteriormente con el reconocimiento en fila de personas, una vez se obtenía la captura del procesado o éste comparecía voluntariamente, probablemente en la etapa de instrucción se hubiera esclarecido la situación y definido favorablemente la situación del procesado.

32. Coligió que la medida preventiva conforme a lo determinado en la decisión del Juzgado Penal de Conocimiento, se encontraba viciada de falla en el servicio, en tanto no se procedió con la diligencia de reconocimiento en fila de personas una vez acaecida la captura con fines de indagatoria, a efectos de establecer la identificación plena del implicado; y a su vez, porque la diligencia de reconocimiento fotográfico llevada a cabo en su momento contenía vicios, en tanto fue realizada con personas con características morfológicas diferentes, conforme a la constancia consignada por la misma Fiscalía en el acta respectiva de reconocimiento fotográfico, cuando lo procedente era la realización de dicha actuación mediante personas con características morfológicas similares, como lo establecía la normatividad que regulaba ese tipo de diligencias. Bajo este contexto el despacho declaró la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad del señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, declarando no probadas las excepciones propuestas.

33. En razón a los perjuicios solicitados, indicó que del análisis conjunto de las pruebas reseñadas, además de concluir la cercanía de la víctima con sus padres, hermana e hijo, permitían concluir que en efecto, el señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, se encontraba en edad productiva, tanto así que para el momento de los hechos se ocupaba de la labor de mensajero externo, de la cual derivaba su sustento y el de su familia, de tal suerte que resultaba viable acceder al reconocimiento de

perjuicio material en la modalidad de lucro cesante solicitado en la demanda, pero no en los términos puntualmente referidos en el libelo, sino teniendo como valor devengado para el momento de los hechos la suma de \$548.000, salario mínimo vigente para la época de los hechos, a lo cual se le debía adicionar el 25% adicional por concepto de prestaciones sociales, atendiendo a que se trataba de un trabajador dependiente, con la respectiva indexación.

34. Finalmente, y en relación con los perjuicios morales, tuvo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos de privación injusta de la libertad y con apoyo en las máximas de la experiencia, por lo que infirió que la situación generó dolor moral, angustia y aflicción a los demandantes, en relación a la acreditación del perjuicio. Tuvo como prueba del parentesco los registros civiles y el dictamen pericial decretado conformado por las valoraciones psicológicas de los demandantes Jhon Alexander Marulanda Sánchez, Blanca Lilia Sánchez de Marulanda, Silvio Antonio Marulanda Posada, Shirley Pauline Marulanda Sánchez y Luis Alejandro Marulanda Buitrago, los cuales fueron objeto de contradicción respectiva en audiencia llevada a cabo el 11 de septiembre de 2018, para considerar que JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, presentó un daño psicológico leve, mientras que el demandante Luis Alejandro Marulanda Buitrago (Hijo de la víctima) presentó uno grave. Por su parte, en relación con los demás demandantes (Padre Madre, y hermana), se señaló que no presentan ningún grado de daño psicológico, por las valoraciones psicológicas, pero aplicó las reglas de la experiencia y tasó el daño moral en 75 SMLMV a favor de la víctima, a los padres 70, a la hermana 35 y 80 a Luis Alejandro Marulanda Buitrago.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

35. Inconforme con la anterior decisión, la Fiscalía General de la Nación, la apeló, solicitando se revocara y en su lugar se negaran las pretensiones de demanda, realizando un recuento de los antecedentes procesales y de las conclusiones del juez de primera instancia, para centrar los motivos de inconformidad de la siguiente manera:

36. Refirió que la sentencia proferida difería de las de unificación del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en la medida que la Fiscalía General de la Nación, contó con los requisitos para imponer la medida de aseguramiento, con la cual se cumplieron los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Penal y que se encontraban claramente determinados en la resolución que definió la situación jurídica del sindicado y calificó el mérito del sumario.

37. Enfatizó que el señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, fue detenido desde el 21 de noviembre de 2011 hasta el 12 de junio de 2012, por la comisión de los delitos de secuestro y concierto para delinquir y fue en la etapa de juzgamiento a cargo de los jueces de la República donde se profirió la absolución; único procedimiento que permitiera a los jueces decidir si se desvirtuó la presunción de inocencia del procesado y dictar en consecuencia sentencia, era necesario analizar que de acuerdo a los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado, si se capturaba a un ciudadano con fines de indagatoria o en flagrancia ésta estaría en la obligación de soportarlo, siempre que se acataran los reglamentos y normas establecidas para tal fin, y que se justificaba en el ejercicio legítimo de la acción penal, y del poder coercitivo del Estado, pues al carecer de certeza el juez, decidió absolver en el proceso, dando con ello cumplimiento al debido proceso y derechos del procesado, en los términos de la sentencia de abril de 2018 (45318).

38. Señaló que el señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, fue privado por un periodo de 6 meses y 26 días, vinculado con fines de indagatoria, después de enviar las citaciones (dirección registrada y vía telefónica), para que se presentara, sin que acatara las órdenes impartidas, por lo que en cumplimiento de un deber constitucional y legal, se libró la orden de captura con fines de indagatoria los el 30-08-2011 y el 21-11-2011, impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva, de acuerdo a las pruebas allegadas al proceso penal, profiriéndose la resolución de acusación el 10-01-2012, como coautor de las conductas punibles de secuestro simple en concurso heterogéneo de concierto para delinquir agravado, decisión confirmada el 09-02-2012.

39. Arguyó que en la indagatoria rendida por el señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, manifestó que fue retenido por las autodefensas en 2002 y luego también en el 2003 y lo tenían atendiendo los enfermos que estaban en las selvas entre Casanare y Boyacá, para recalcar que la investigación, tuvo origen en la denuncia presentada por Yury Andrey Vargas Holguín, por hechos ocurridos en el 2003, relacionados con el secuestro, señalando como autores a los miembros de las autodefensas campesinas de Casanare, como consta en el informe 01 GAULA-BOY – UIPJ 26-02-2008 y ampliación de denuncia, por lo que la actuación de la Fiscalía se enmarcó en el cumplimiento de los presupuestos constitucionales y legales, por lo que no se cometió ninguna falla que le pudiera ser reprochable. Sin embargo, era prueba suficiente para definir la situación jurídica y calificar el mérito del sumario, no siendo suficiente para condenar, por lo que el actuar de la entidad, se enmarcó en la teoría de la progresividad, y por tanto, se podía colegir que en la actuación de la Fiscalía, no hubo defectuoso funcionamiento de la

administración de justicia, error judicial, ni privación injusta de la libertad, pues los pronunciamientos correspondieron a la naturaleza del proceso, las pruebas recolectadas y decretadas, donde no primó la arbitrariedad o conductas impropias de los funcionarios instructores, al tenor de lo dispuesto en la sentencia de unificación de agosto 2018.

40. Indicó que la Fiscalía, actuó en cumplimiento de un deber legal y si bien el proceso penal terminó con absolución del demandante, fue por falta de certeza como lo refirió el juez, en aplicación del principio rector, de la duda que debe ser resuelta a favor del procesado y en atención a las pretensiones de la demanda, no se probó la presunta acción u omisión que originó el daño alegado por los demandantes y bajo la óptica del artículo 356 de la Ley 600 de 2000, la providencia en virtud de la cual se impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva al señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, por lo que estaba fundamentada en serios elementos probatorios allegados a la investigación penal y a través de la cual el sindicado tuvo oportunidad de controvertirlos con las garantías del debido proceso y el derecho de defensa, dándose cumplimiento a las ritualidades procesales como a los principios rectores que consagra la ley penal.

41. Igualmente puntualizó en los eximentes de responsabilidad del Estado, por lo que al momento de proferir la medida de aseguramiento contra JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, existían indicios suficientes de la responsabilidad de éste frente al delito de secuestro, pues se estableció que para el año 2003 estaba en el grupo de fuerzas revolucionarias, por su declaración configurándose de esta manera la ausencia de responsabilidad de la entidad, al haber obrando en cumplimiento de un deber legal y constitucional.

42. Finalizó enfatizando en la inexistencia del daño, porque del material obrante en el proceso, la restricción de la libertad, no resultaba antijurídico, en tanto la parte demandante no lo probó y porque la Fiscalía solicitó la medida de aseguramiento en atención a los artículos 355 y 356 de la Ley 600 de 2000, por lo cual, la privación, no resultó ilegal, arbitraria y mucho menos injusta, pues tal restricción se encontraba avalada no solo en las normas mencionados, sino en postulados convencionales, como en los artículos 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Igualmente, que no se probó que el señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, haya interpuesto recurso alguno en relación a las resoluciones que lo vincularon con fines de indagatoria y la privación originando entonces su propio daño, al no ejercer sus derechos oportunamente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante (Fls. 684 a 694)

43. Reiteró los argumentos esgrimidos a lo largo del proceso y en especial de la demanda, solicitando se confirme íntegramente la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que los hechos, presupuestos y pruebas recaudadas, evidenciaban que el demandado titular de la labor jurisdiccional de conformidad al régimen de la Ley 600, causó un daño que resulto antijurídico de donde surgía la obligación de indemnizar a la luz de la cláusula general de la responsabilidad plasmada en el artículo 90 Constitucional.

Parte demandada Fiscalía General de la Nación (Fls. 674 a 683)

44. Redundó en los argumentos expuestos en el recurso de apelación, solicitando revocar la sentencia de primera instancia, en tanto no se logró demostrar a través del proceso la supuesta privación injusta de la libertad alegada por los demandantes, dentro del proceso N° 94105, pues no existió daño antijurídico, ni error judicial, pues en los términos de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, la privación de la libertad de JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, no se derivó en arbitraria, ni desproporcionada, encontrándose debidamente motivada, ajustada y con las observaciones previstas en los artículos 365 y 356 de la Ley 600 de 2000.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (ff. 695 a 706)

45. El delegado del Ministerio Público, emitió concepto realizando una síntesis de los antecedentes procesales, de la decisión de primera instancia, de los cargos de apelación, de las tesis de las partes, de los fundamentos jurídicos de la responsabilidad extracontractual del Estado y la derivada en la privación injusta de la libertad, además de los eximentes de responsabilidad, especialmente el de la culpa exclusiva de la víctima en este tipo de eventos.

46. Consideró que en el caso en concreto y atendiendo la postura del Consejo de Estado y previo a analizar la responsabilidad de la demandada en la generación del daño alegado, se debía determinar la incidencia que la víctima pudo haber tenido en la actuación desplegada en la medida de aseguramiento, por lo que de las pruebas allegadas, la diligencia de reconocimiento fotográfico llevada a cabo el 26 de febrero de 2008, por el grupo de la Unidad Investigativa Gaula, autorizada el 23 de octubre de 2007, destacando apartes de la declaración del señor Yury

Vargas y lo manifestado por el denunciante lo relacionó con la indagatoria rendida por JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, de la cual extrajo algunos apartes.

47. Del análisis de las anteriores pruebas, el Ministerio Público, consideró que existían serios indicios de la existencia y tipicidad del delito investigado, en el que estaba involucrado el demandante, lo cual permitía al momento resolver la solicitud de la medida de aseguramiento, inferir razonablemente su eventual autoría o participación. Consideró que el demandante, ni su apoderado hicieron uso de los recursos legales para controvertir la imposición de la medida de aseguramiento, lo cual permitía inferir que aceptó la legalidad de tal decisión o que, quizá como estrategia de defensa no impugnó dicha decisión, proceder que permitió en parte materializar la restricción de la libertad.

48. Finalmente acotó la nueva postura del alto tribunal de lo contencioso, para recalcar que el señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, estaba en la obligación de soportar la detención preventiva en establecimiento carcelario, pues ésta se dio con el pleno acatamiento de las exigencias legales, por cuanto medió mandamiento escrito de la autoridad judicial competente, con las formalidades de ley, por lo que las entidades quedaban exoneradas a relevar cualquier tipo de responsabilidad, pues el daño causado, no era antijurídico, en consecuencia, solicitó revocar la sentencia de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES

CONTROL DE LEGALIDAD

49. De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

PROBLEMA JURÍDICO

50. Corresponde a la Sala determinar, al tenor de los límites y competencia del Ad-quem¹, si en razón al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada – Fiscalía General de la Nación:

¿El señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, fue objeto de una privación injusta de la libertad, derivada de la medida de aseguramiento dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, que

¹ Artículo 328 del CGP "El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley... El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella"

conduzca a estructurar la responsabilidad extracontractual de la entidad apelante, por cuanto el proceso penal culminó con fallo absolutorio?

De igual manera, deberá verificar si: ¿La conducta del mencionado demandante resultó determinante en la producción del daño que se alega atendiendo la nueva posición de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado plasmada en la sentencia de unificación del 15 de agosto del 2018 y la del fallo de tutela del 15 de noviembre de 2019 de una de sus secciones, que la dejó sin efecto parcialmente?

Tesis argumentativa propuesta por la Sala:

51. En el sub lite, la Sala confirmará la sentencia impugnada en virtud a la acreditación de los presupuestos del juicio de responsabilidad, al estar probado que el señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, estuvo privado de la libertad desde el 16 de noviembre de 2011 hasta el 12 de junio de 2012 de manera continua, a raíz de la captura y puesta a disposición de la Fiscalía Segunda Especializada de Tunja; no obstante del 16 al 21 de noviembre de 2011, fue para fines de la indagatoria y desde el 22 de noviembre de 2011, como consecuencia de la imposición de la medida de aseguramiento hasta la revocatoria de la misma, limitándose el derecho a la libertad personal. Así las cosas, se encuentra probado el daño en los términos antedichos, de manera que es necesario analizar si el mismo se torna antijurídico e imputable a la actuación estatal.

52. Partiendo de lo anterior, se tiene que la Fiscalía General de la Nación como encargada de adelantar la etapa de investigación dentro del proceso penal que se tramitó conforme a la Ley 600 de 2000, tenía la facultad de expedir medidas de aseguramiento, por lo que en el presente asunto se debe predicar su responsabilidad exclusiva respecto del daño antijurídico padecido por los demandantes, en razón al contenido de la providencia del 10 de julio de 2012, proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja. En consecuencia, era la Fiscalía General de la Nación la encargada y no otra la entidad encargada de decretar la medida de aseguramiento.

53. Así de la actuación investigativa, la Sala encuentra un ostensible yerro en los fundamentos jurídicos dados por la Fiscalía General de la Nación al momento de pretender sustentar la medida de aseguramiento. En efecto, primero al haberse conformado únicamente con el reconocimiento en fotografías que realizara el denunciante, al punto que fue contrario con el reconocimiento físico que él mismo hiciera en la audiencia del 12 de junio de 2012 y; segundo, no existió plena identificación y relación de quién cometió la conducta denunciada, máxime cuando en su denuncia la víctima del ilícito no se refirió a ninguna persona en particular, sino que señaló en primera instancia como responsables de su secuestro a los miembros de las Autodefensas Campesinas del Casanare que operaban en esa región del departamento.

54. Bajo este panorama, se aduce la existencia de la falla del servicio atribuible a la Fiscalía General de la Nación, en tanto la medida de aseguramiento no fue proferida en los términos del artículo 356 de la Ley 600 de 2000, comoquiera que no se acreditaron los dos indicios graves en contra de la víctima de la privación pues, en realidad, estos no aparecían probados dentro del proceso penal, máxime si se tiene en cuenta que se derivaron de (i) una indebida valoración probatoria de la identificación del registro fotográfico que tal como fue consignado el denunciante no tenía muy claro quien había cometido la conducta denunciada y (ii) la inferencia de un indicio a raíz de la misión de campo, contenida en el informe N° 01 GAULA-BOY-UIPJ de 26 de febrero de 2008 donde al interrogar a la víctima del secuestro afirmó que un sujeto perteneciente a las Autodefensas de Martín Llanos conocido con el alias de el CHULO, en un principio lo citó a la vereda GURUVITA, donde se entrevistó con alias FREDY CARE LOCO, quien le preguntó sobre su vida y la de su familia, e indicándole al final que cualquier cosa lo buscada en el pueblo. Esto, entonces, quiere decir que la medida restrictiva de la libertad fue expedida con ausencia de pruebas.

55. Así las cosas, la medida de aseguramiento de la que fue víctima el señor ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, debía cumplir con el requisito plasmado en la norma, esto es, que existieran por lo menos dos indicios graves que permitieran establecer la responsabilidad con fundamento en las pruebas debidamente recaudadas en el proceso. Por tanto, no puede esta Sala acoger el argumento esgrimido en la apelación por la Fiscalía General de la Nación, en razón a que, se profirió la medida de aseguramiento en contra del señalado demandante, sin las exigencias legales, es decir, sin la prueba idónea que soportara la necesidad de la decisión por la concurrencia de mínimo dos indicios graves para que fuera procedente.

56. Sin perjuicio de confirmarse la decisión, respecto del estudio de responsabilidad, la Sala en aplicación de la sentencia SU del 18 de julio de 2019, procederá a modificar la tasación de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, esto es, únicamente por el lapso que el demandante estuvo privado de la libertad, esto es por 6 meses y 26 días, sin sumar los 8.75 meses reconocidos por la primera instancia.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

57. El inciso 1° del artículo 90 de la Constitución contiene la cláusula general de responsabilidad del Estado, según la cual este será responsable de los daños que le sean imputables, que haya irrogado por su acción u omisión. No puede olvidarse que la cláusula general de responsabilidad del Estado, señala que la antijuridicidad debe predicarse necesariamente del daño, independientemente de que la conducta que lo produce sea antijurídica o no. En otras palabras, la licitud de la actuación estatal, por ejemplo, surgida del acatamiento de los estándares normativos para la imposición de las medidas de aseguramiento, lleva a que no se configure una falla en el

servicio, pero en ausencia de responsabilidad subjetiva en todo caso el daño es susceptible de reparación siempre y cuando se configuren los elementos de algún título enmarcado en el régimen objetivo. Esos requisitos han sido sistematizados por la jurisprudencia, así:

“(…) i) si la conducta estatal -acción u omisión- de la cual se deriva el daño antijurídico es ilícita, es decir, contraria a los deberes jurídicos impuestos al Estado, y el daño ocasionado es atribuido a este, el régimen de responsabilidad por el cual se le imputará el resultado dañoso será el subjetivo por falla del servicio; ii) si la conducta estatal generadora del daño es, por el contrario, lícita, pero riesgosa, y el daño es producto de la materialización de dicho riesgo de carácter excepcional, el cual es creado conscientemente por el Estado en cumplimiento de sus deberes constitucional y legalmente asignados, el régimen de responsabilidad aplicable será el **objetivo por riesgo excepcional**; y iii) si la conducta estatal es también **lícita, no riesgosa y se ha desarrollado en beneficio del interés general, pero produce al mismo tiempo un daño de naturaleza grave o anormal que impone un sacrificio mayor** a un individuo o grupo de individuos determinado con lo que se rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas, el fundamento de la responsabilidad será también **objetivo bajo la modalidad de daño especial**. (...)”² (Subraya y negrilla fuera del texto original)

58. Ahora bien, respecto del marco general el legislador reguló expresamente los eventos de responsabilidad derivados de la actividad jurisdiccional en el artículo 65 de la Ley 270 de 1996, así:

“ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el **defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad**. (...)” (Negrilla fuera del texto original)

59. Por su parte, el artículo 68 ibídem describió el evento relativo con la privación injusta de la libertad como sigue:

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

60. En este sentido, el daño en este caso consiste en la restricción al derecho a la libertad derivada del ejercicio del *ius puniendi* y dará lugar a la declaratoria de responsabilidad siempre que la aludida limitación pueda calificarse como *injusta*. La jurisprudencia ha avanzado para delimitar este último concepto jurídico, que es parcialmente indeterminado, para establecer los parámetros de análisis para el Juez.

² CE 3 Plena, 20 Jun. 2017, e250002326000199500595-01(18860), R. Pazos.

De la evolución jurisprudencial aplicable

61. La sentencia de unificación, proferida por la Corte Constitucional, SU-072 de 2018³, haciendo referencia a la sentencia C-037 de 1996 (mediante la cual se adelantó el análisis previo y automático de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia), aseveró que el contenido del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 no llevaba a que el título de imputación aplicable en las hipótesis de privación injusta de la libertad fuera siempre el de falla en el servicio:

*“(...) los adjetivos usados por la Corte definen la actuación judicial, no el título de imputación (falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional), esto es, aunque aquellos parecieran inscribir la conclusión de la Corte en un régimen de responsabilidad subjetivo; entenderlo así no sería más que un juicio apriorístico e insular respecto del compendio jurisprudencial que gravita en torno del entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en tanto, debe reiterarse, la Corte estableció una base de interpretación: **la responsabilidad por la actividad judicial depende exclusivamente del artículo 90 de la Constitución, el cual no establece un título de imputación definitivo, al haberse limitado a señalar que el Estado responderá por los daños antijurídicos que se le hubieren causado a los particulares.** (...)”*
(Subraya y negrilla fuera del texto original)

62. Inclusive, en la sentencia la Corte Constitucional acepta que hay eventos en los que sin mayor dificultad puede concluirse la viabilidad del título de daño especial, mientras que en los demás no es posible imponer una regla absoluta:

“(...) dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.

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

(...)

106. Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva -el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen

³ Si bien la fecha de la providencia (5 de julio de 2018) es anterior a la sentencia de unificación del Consejo de Estado a la que se hizo referencia, su texto íntegro fue publicado con posterioridad al de esta última.

pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma. (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

63. Para reforzar lo anterior, en el acápite de conclusiones del proveído se enfatizó:

“(...) 121. (...) Ahora bien, a pesar del criterio aplicado por el juez penal, **el juez administrativo deberá establecer si está frente a un caso de duda acerca del valor demostrativo de la prueba recaudada o de su absoluta inexistencia y, en tal caso, elegir, si a ello hubiere lugar, un título de atribución objetiva. Esa libertad judicial también se extiende a la nominación de las causales de privación injusta, dado que estas no se agotan en el derogado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en tanto responden a cierto estado de cosas, independientemente de estar o no normados.** (...)” (Negrilla fuera del texto original)

64. No sobra agregar que la Corte Constitucional también respaldó el análisis de la culpa grave o dolo de la víctima, lo cual puede exonerar de responsabilidad a la Administración:

“(...) 124. **Con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice el juez administrativo, la conducta de la víctima es un aspecto que debe valorarse y que tiene la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado,** en otras palabras, que puede generar una declaratoria de irresponsabilidad administrativa. (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

65. Ahora bien, el anterior criterio jurisprudencial⁴ fue recogido y modificado, con la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que se concluyó que no bastaba con probar la restricción de la libertad y la posterior ausencia de condena, sino que era menester analizar si el daño derivado de la privación de la libertad era o no antijurídico, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política⁵. En aquella oportunidad se consideró lo siguiente:

“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**

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo del 2007, expediente No. 15463. Reiterada en sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del 6 de abril de 2011, expediente No. 21563. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Debe aclararse, en todo caso, que la Sección Tercera del Consejo de Estado no descartaba la aplicación de la falla del servicio para la declaración de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. Al respecto, entre otras múltiples de la subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se pueden consultar las siguientes sentencias: 19 de julio de 2017, exp. 45466, 14 de septiembre de 2017, exp. 47800, 12 de octubre de 2017, exp. 48048, 1 de febrero de 2018, expedientes 46817 y 45146, 10 de mayo de 2018, exp. 45358, 5 de julio de 2018, exp. 47854, 19 de julio de 2018, exp. 52399, 27 de septiembre de 2018, exp. 52404

⁵ Lo anterior implicaba el análisis de: i) si el privado de la libertad incurrió en dolo o culpa grave; ii) cuál era la autoridad llamada a reparar y, iii) en virtud del principio iura novit curia, encausar el asunto bajo el título de imputación que se considere pertinente, expresando de forma razonada los fundamentos de la decisión

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 sindicato 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.**

(...)

PRIMERO: MODIFÍCASE LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA (...) y UNIFÍCANSE 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 virtud del principio *iura novit curia*, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto"⁶.

66. Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, debe resaltarse que el citado fallo de unificación del 15 de agosto de 2018 fue dejado sin efectos en virtud de la sentencia de tutela del 15 de noviembre de 2019⁷, a través de la cual el Consejo de Estado encontró que aquella providencia, había incurrido en violación directa del derecho a la presunción de inocencia, puesto que cimentó la "culpa de la víctima" (que dio lugar a la apertura del proceso penal) en el análisis de los actos pre-procesales de ella, tratándola como "sospechosa". En particular, el órgano de cierre de la jurisdicción precisó los siguientes apartes a resaltar:

"En relación con la culpa de la víctima, se advierte que la sentencia objeto de la presente acción de tutela considera que este presupuesto debe ser estudiado en todos los casos. En los precedentes anteriores a esta providencia pueden advertirse dos líneas jurisprudenciales: una, que estima que esta causal de exoneración solo se configura cuando una conducta de la víctima posterior a los hechos y vinculada

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SALA PLENA. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947). Actor: MARTHA LUCÍA RÍOS CORTÉS Y OTROS. Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ. Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00169-01(AC). Actor: MARTHA LUCÍA RÍOS CORTÉS Y OTROS. Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA

fundamentalmente a la marcha del proceso penal puede considerarse como la causa de la detención; otra, que considera que ella se configura cuando el sindicado se comportó como sospechoso del delito que se le imputó para detenerlo, incluyendo dentro de ella conductas preprocesales del sindicado. **En este sentido** la Subsección B del Consejo de Estado y **quienes conforman esta sala de decisión acogieron la primera orientación**, desde el fallo proferido el 4 de junio de 2019, con ponencia del magistrado Alberto Montaña Plata en el cual se adoptó una metodología uniforme para resolver este tipo de asuntos.

(...)

En consecuencia, el problema jurídico a resolver debe precisarse en los siguientes términos: ¿puede el Juez de la responsabilidad exonerar al Estado con base en la culpa de la víctima, construida a partir de **su conducta preprocesal** sin violar directamente su derecho al debido proceso y sin vulnerar su presunción de inocencia, cuando la Fiscalía, precluyó la investigación por atipicidad de la conducta en una decisión ejecutoriada que hizo tránsito a cosa juzgada? **Para la Sala se impone una respuesta negativa al anterior interrogante** por las razones que se exponen a continuación.

(...)

A partir de lo anterior, la Sala estima que la sentencia objeto de tutela violó directamente el derecho fundamental de la demandante a que se respetara la presunción de inocencia establecida a su favor a partir de la decisión que la absolvió de responsabilidad por considerar que la conducta imputada era atípica, decisión que fue adoptada por el funcionario penal competente y que tiene fuerza de cosa juzgada.

La valoración de la conducta preprocesal es competencia exclusiva del juez penal. Si el juez de la responsabilidad estatal concluye que la detención de la demandante fue generada por su propia conducta, no sólo invade competencias de otras jurisdicciones, sino que desconoce la decisión penal absolutoria porque implica considerar, de acuerdo con una de las líneas jurisprudenciales antes expuestas, que al desplegar su conducta obró como sospechosa de estar cometiendo un delito y determinó que la Fiscalía abriera la investigación y ordenara su detención. A tal conclusión sólo puede llegarse desconociendo la decisión penal que la declaró inocente, porque, conforme con ella, los hechos no constituían delito de acuerdo con la ley vigente en el momento en que ocurrieron.

(...) **Cuando la Sala determinó que la conducta preprocesal de la demandante la hizo culpable de su detención, desconoció la presunción de inocencia** y trasladó a un particular inocente la responsabilidad por el ejercicio indebido del ius puniendi del Estado. (...)

(...) La Sala no podía, tampoco, desconocer el derecho a la presunción de inocencia de la señora Ríos, que en este caso se traducía en el **derecho a no ser tratada como si ella fuera culpable, por sus conductas preprocesales**, de la detención que se le impuso.

(...) Aunque en la sentencia de responsabilidad estatal se afirmó repetidas veces que la valoración de la culpa de la señora Ríos se hizo desde criterios

propios del juez de la responsabilidad patrimonial, lo cierto es que la Sala adjudicó consecuencias penales a la misma **conducta preprocesal** que ya había sido valorada por el funcionario judicial competente para declararla inocente. (...)

(...) En definitiva, la Sección Tercera determinó que la señora Ríos tuvo la culpa de ser detenida, pues su **conducta preprocesal**, (la misma por la que ya había sido declarada inocente penalmente), fue la causa eficiente de la privación de su libertad, y, en consecuencia, del daño cuya indemnización pretendía.

Así las cosas, la Sala encuentra que se configuró el defecto de violación directa de la Constitución por el desconocimiento del artículo 29, razón suficiente para relevarla del estudio del segundo defecto alegado" (Resaltado y subrayas fuera de texto).

67. Así las cosas, lo que se reprochó en la sentencia de tutela que dejó sin efectos el fallo de unificación de 15 de agosto de 2018, fue que el Juez Administrativo valoró las conductas "pre-procesales" de quien en su momento fue privado de la libertad; más aún, cuando precisamente en la parte resolutive del referido fallo se indicó que era indispensable analizar: "si quien fue privado de la libertad actuó 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".

68. Sin embargo, esta Sala observa que en el citado fallo de tutela, no se indicó que el análisis de la causal eximente de responsabilidad de "culpa de la víctima" quedaba completamente descartado en este tipo de casos. Por el contrario, en la sentencia de tutela de 15 de noviembre de 2019, se indicó que el operador judicial administrativo debía valorar "si la imposición de la medida de aseguramiento fue causada por la actuación procesal" de la persona que, a la postre, resultó privada de su libertad. Al respecto, se consideró:

"(...) Esta prohibición de regreso también aplica en los casos de privación injusta de la libertad. En este tipo de asuntos, la decisión que pudo generar el daño se produjo en el marco de un proceso, y, en consecuencia, tal la prohibición implica considerar que **las únicas conductas de la víctima aptas para romper el nexo entre esa decisión y el daño, suceden en el marco del mismo proceso y no antes de él.** La Sala, en consecuencia, **debió valorar si la imposición de la medida de aseguramiento fue causada por la actuación procesal** de la señora Ríos, pues ninguno de los juicios necesarios para examinar los elementos de la responsabilidad la autorizaba, como juez administrativo, a reemplazar al funcionario judicial penal"⁸

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ. Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00169-01 (AC). Actor: MARTHA LUCÍA RÍOS CORTÉS Y OTROS. Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA.

69. Por último, se aclara que el hecho de que la citada sentencia de tutela hubiera dejado sin efectos la sentencia de unificación, de ninguna manera implicó volver al régimen de responsabilidad anterior a la misma, teniendo en cuenta que, en el primero de los fallos referidos, se indicó:

“(...) la Sala no hará ningún pronunciamiento en relación con el cargo relativo al desconocimiento del precedente invocado en la demanda y desestimado en el fallo de tutela de primera instancia.

Por la misma razón, la Sala no desarrollará las consideraciones relativas al ‘título de imputación’ que fundamenta la decisión, punto frente al cual tampoco hará ningún pronunciamiento en las resoluciones de esta sentencia.

(...) se resalta que este fallo no tiene ninguna incidencia respecto de la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado”⁹.

De la posición jurisprudencial posterior al fallo de tutela del 15 de noviembre de 2019

70. Con posterioridad a la sentencia de tutela de 2019 que dejó sin efectos el fallo de unificación de 2018, el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de volver a referirse al tema. Así, para dar solución a los casos que le han sido planteados, los diversos magistrados del órgano de cierre de la jurisdicción, han acudido a los criterios que la Corte Constitucional ha fijado a través de sus sentencias de unificación.

71. Destacándose para el caso en estudio, la sentencia del 6 de febrero de 2020¹⁰, en la que se preció:

“La actual tendencia respecto de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad fue fijada por la Corte Constitucional en Sentencia de unificación de 5 de julio de 2018¹¹, en la cual precisó que el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 no establecen un título específico de imputación; por el contrario, prevé la posibilidad para el juez, de adecuar la situación específica al título pertinente. (...)

En lo que respecta al régimen de responsabilidad aplicable, se insiste, ni el artículo 90 Constitucional, ni la Ley 270 de 1996, y mucho menos la jurisprudencia, han establecido un régimen de imputación único, dejando

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ. Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00169-01 (AC). Actor: MARTHA LUCÍA RÍOS CORTÉS Y OTROS. Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA. Bogotá D.C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 05001-23-31-000-2009-01415-01 (46041). Actor: MARÍA MERCEDES JARAMILLO GALLEGU Y OTROS. Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

¹¹ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018.

tal decisión en manos del juez, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso".

72. Asimismo, en otra sentencia de 6 de febrero de 2020, pero esta vez con ponencia de la Consejera María Adriana Marín¹², se señaló que se acogían los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En consecuencia, para determinar si una privación de la libertad había sido injusta, era necesario estudiar: (i) si la medida había sido legal, razonable y proporcionada; y (ii) si el imputado o sindicado había actuado con dolo o culpa grave, dando lugar al decreto de la medida restrictiva de derechos¹³:

"(...) Con fundamento en todo lo anterior, la Corte Constitucional señala que en la sentencia C-037 de 1996 se concluyó que, cualquiera que sea el régimen a aplicar, la calificación de injusta de una privación de la libertad, implica necesariamente "definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho"¹⁴. (...)

Ahora bien, la Corte señala que las normas que contienen los diferentes supuestos en los que procede la detención preventiva en los ordenamientos procesales penales¹⁵, vigentes desde la promulgación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, le son inherentes el juicio de razonabilidad y de proporcionalidad. (...)

La Corte insiste en que para una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el juez administrativo a la hora de definir si una privación de la libertad es injusta o no, independientemente del título de imputación que se elija aplicar, debe considerar si las decisiones adoptadas por el funcionario judicial se enmarcan en los presupuestos de "razonabilidad, proporcionalidad y legalidad"¹⁶ ¹⁷.

(...) En conclusión, la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, establece que en eventos de privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

¹² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN. Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00341-01(53792). Actor: HUGO DOMINGO SOLARTE PORTILLA Y OTROS. Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – NACIÓN-RAMA JUDICIAL.

¹³ Aclarándose, respecto de este punto, que -como ya quedo expuesto- dicho análisis se refiere a la conducta de la personal al interior del proceso penal; y no a la conducta pre-procesal que dio origen a la investigación.

¹⁴ Ibidem. Acápito 102.

¹⁵ La Corte hace referencia al Decreto Ley 2700 de 1991, artículos 355 y 356 de la Ley 600 de 2000 y 308 de la Ley 906 de 2004.

¹⁶ Ibidem. Acápito 104.

¹⁷ Más adelante señala:

¹¹². En suma, la aplicación de cualquier de los regímenes de responsabilidad del Estado mantienen incólumes la excepcionalidad y los juicios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, así como la presunción de inocencia que preceden a la imposición de una medida de aseguramiento.

En la misma vía, en todos los eventos posibles, será necesario descartar si el imputado o sindicado con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a la medida de privación de la libertad".

73. De otra parte, en sentencia del 13 de febrero de 2020, que tuvo ponencia del Consejero Ramiro Pazos Guerrero¹⁸, se listaron, con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuáles eran los parámetros que debía seguir el Juez Administrativo para verificar si el Estado podía ser declarado responsable por una privación injusta de la libertad, de la siguiente manera:

"Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018¹⁹ estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Aparte de lo anterior, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios".

74. En similar sentido, en fallo del 5 de marzo de 2020²⁰, se indicó que, a la luz de lo considerado por la Corte Constitucional, (i) no existía un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; y, en consecuencia, (ii) la labor del Juez consistía en establecer - en cada caso- si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada y del cual se destacan los siguientes apartes:

"La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-037 de 1996²¹, analizó la constitucionalidad de, entre otros, del artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y señaló que en los casos de privación injusta de la libertad se debe examinar la actuación que dio lugar a la medida

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO. Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 19001-23-31-000-2006-00146-01(44094 acumulados 52339 y 53812). Actor: JOHN PAULO QUIJANO TORRES Y OTROS. Demandado: NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-072 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E). Bogotá, D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020). Radicación número: 50001-23-31-000-2008-00213-01 (50165). Actor: LILIANA MERCEDES RÍOS FORERO Y OTROS. Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

²¹ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

restrictiva de este derecho fundamental, pues, en su criterio, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos.

(...)

En la misma línea, esa corporación, en la sentencia SU-072 de 2018²², señaló que ningún cuerpo normativo -a saber, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecía un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad, entonces, el juez será quien, en cada caso, deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada.

(...)

Así las cosas, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad en el marco de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial al Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración”²³.

75. La Sala no obvia que con la expedición de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 se tendería a subjetivizar radicalmente el juicio de imputación jurídica; empero, una lectura integral de la corriente actual del Consejo de Estado, acompañada con el precedente de unificación de la Corte Constitucional, permite inferir que el propósito de las altas cortes no fue desterrar de forma absoluta la teoría del daño especial de estos escenarios, sino restarle preponderancia para evitar la generalización y simplificación de estos análisis, cuya complejidad debe ser ponderada y analizada en concreto para establecer el fundamento de la obligación reparatoria, como fue puesto de relieve expresamente en las sentencias en mención con carácter de criterios de unificación.

76. En sentir de esta Sala de Decisión, bajo el nuevo contexto jurisprudencial el ejercicio que debe adelantar el operador judicial en los casos de privación injusta de la libertad, de cara al juicio de imputación, debe partir de la reconstrucción de los hechos que llevaron a la imposición de la medida de aseguramiento y la posterior orden de libertad y, con base en esa realidad, determinar a quién es atribuible el resultado dañino desde el plano material (imputación fáctica).

77. De igual manera la Sala destaca que el Tribunal Administrativo de Boyacá ha emitido cuatro providencias, a través de las cuales precisa en qué sentido debe seguirse atendiendo la sentencia de unificación sobre

²² Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

²³ Es de anotar que las anteriores consideraciones también serían reiteradas por la citada Consejera en otro pronunciamiento judicial. Al respecto puede consultarse: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E). Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020). Radicación número: 47001-23-31-000-2011-00029-01(50173). Actor: AIDÉ RAMBAL CORONADO Y OTROS. Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

privación de la libertad, proferida el 15 de agosto de 2018 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, sin desconocer el fallo de tutela del 15 de noviembre de 2019 que la dejó sin efectos.

78. En una primera sentencia del 29 de enero de este año²⁴, en un caso en donde se negaron las pretensiones por privación injusta de la libertad frente a la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, consideró que si bien, el demandante demostró el daño alegado, porque efectivamente estuvo privado de la libertad y posteriormente se decretó la preclusión de la investigación a su favor, al haberse acreditado la ausencia de participación del investigado en el delito, lo cierto era, que no se daban los presupuestos para aplicar la procedencia de la responsabilidad objetiva y el demandante no probó la falla en el servicio respecto de las entidades demandadas, es decir, el elemento de la imputación no fue probado en el proceso.

79. No obstante lo anterior, aclaró que no se desconocía el ya mencionado fallo de tutela, porque dentro del marco argumentativo de esa providencia, el Consejo de Estado, no ordenó la aplicación de la responsabilidad objetiva en materia de privación injusta de la libertad, ni restringió la aplicación del artículo 90 constitucional en estos asuntos, sino que indicó que en el caso allí estudiado, en el que el delito imputado resultó atípico, no era dable endilgar la culpa grave a la demandante porque ello contrariaba el principio de presunción de inocencia.

80. En una segunda sentencia proferida el 27 de febrero de 2020²⁵, se accedió parcialmente a las pretensiones por indebida valoración de las pruebas por parte de la Fiscalía General de la Nación que llevaron a decretar en contra de la actora medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria. Luego de referirse a la sentencia SU-072 de 2018 proferida por la Corte Constitucional, la cual analizó la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, aclaró frente al referido fallo de tutela, de un lado que aún no había sido proferida la sentencia de reemplazo y que además esa providencia, únicamente hizo alusión a la actuación de la víctima como causa de la detención, es decir, no avanzó a analizar toda la sentencia de unificación. En consecuencia, afirmó que la sentencia de unificación debía ser atendida para resolver el caso concreto, salvo lo concerniente a la culpa de la víctima, caso en el cual, se acogerían los parámetros plasmados en el varias veces mencionado fallo de tutela.

²⁴ Sala de Decisión N° 2 Magistrado Ponente: Dr Luis Ernesto Arciniega Triana. expediente 15001-33-33-012-2016-00049-01

²⁵ Sala de decisión N° 3 Magistrada Ponente Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ- expediente 15238-33-33-752-2014-00040-01

81. En una tercera sentencia la Sala de decisión N° 6 el 14 de mayo de 2020²⁶, consideró que en atención a los parámetros establecidos por la jurisprudencia, se debe efectuar un análisis de la “culpa de la víctima” al interior del proceso penal y dejando la valoración de la conducta preprocesal exclusiva del juez penal.

82. Recientemente esta Sala²⁷, consideró que pese a la demostración con suficiencia de la lesión a los intereses del actor, el mismo tuvo origen en su comportamiento, en razón a que los elementos de convicción exponían que su conducta fue determinante en la producción del daño, como quiera que se estableció que la medida de aseguramiento que se dictó en su contra se produjo como consecuencia de graves indicios de vulneración a la integridad sexual de una menor; hecho que constituyó el eje central para que el ente acusador iniciara en su contra investigación penal.

83. Con base en el anterior recuento jurisprudencial y posición actual del Tribunal Administrativo de Boyacá, considera la Sala que el operador judicial que tenga a su cargo, la verificación del juicio de responsabilidad extracontractual cuando se alegue un daño derivado de la privación de la libertad debe, acogiendo y adaptado los pronunciamientos del Juez Constitucional sobre la materia, verificar lo siguiente:

- i. Identificar si está probada la existencia del daño, esto es, la privación de la libertad del accionante.
- ii. Analizar la legalidad de la medida de privación de la libertad. Para efectos de lo anterior, el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino en antijurídico. Así, en aplicación del principio *iura novit curia*, deberá establecer el régimen de imputación a partir de las particularidades de cada caso:
 - En primer lugar, bajo una óptica subjetiva inherente a la falla en el servicio, debe estudiarse si la privación se ajustó o no a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad. En consecuencia, el Juez debe considerar si las decisiones adoptadas por el respectivo funcionario se enmarcaron en los presupuestos de “razonabilidad”, “proporcionalidad” y “legalidad”.

²⁶ Magistrado Ponente Dr. FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS- expediente 15001-3333-014-2016-00109-01

²⁷ Decisión del 16 de junio de 2020- Reparación directa- radicado 1523833330022016-00281-02.

- En segundo lugar, solo en caso de que no se haya probado una falla en el servicio, la responsabilidad se analizará bajo un régimen objetivo, inherente al daño especial. No obstante, ello aplicará únicamente para dos eventos específicos: i) cuando el hecho no existió; o ii) cuando la conducta era objetivamente atípica. En este tipo de hipótesis, la Corte tiene dicho que *“el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos”* ya que, en ambas situaciones, la privación de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada.
- iii. Una vez su supere lo anterior y en caso de que se encuentre que existen motivos para considerar que hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado, se procederá a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico.
- iv. Sin perjuicio de lo anterior, en todos los casos, deberá realizarse el análisis de la *“culpa de la víctima”* como causal excluyente de responsabilidad. No obstante, dicho análisis debe atemperarse y tener en cuenta lo previsto en la sentencia de tutela del Consejo de Estado del año 2019, según la cual *“las únicas conductas de la víctima aptas para romper el nexo (de causalidad) suceden en el marco del mismo proceso y no antes de él”*; estándole vedado al Juez Administrativo el análisis de las conductas previas al inicio del proceso penal.
- v. Por último, únicamente en caso de que se superen todas las anteriores etapas y se decida que el Estado es responsable de un daño antijurídico y debe ser condenado, el Juez Administrativo deberá proceder a liquidar los perjuicios.

CASO CONCRETO

84. La Fiscalía General de la Nación, se encuentra inconforme con el fallo de primera instancia aduciendo que la sentencia proferida difiere de las sentencias de unificación del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en la medida que la entidad contó con los requisitos para imponer la medida de aseguramiento, con la cual se cumplieron los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Penal y que se encuentran claramente determinados en la resolución que definió la situación jurídica del sindicado y calificó el mérito del sumario.

85. Ahora bien, de conformidad con los medios de prueba recaudados en el expediente, la Sala encuentra acreditado lo siguiente con respecto a la estructuración del juicio de responsabilidad:

De la acreditación del daño

86. En el proceso fue probado que el señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, fue objeto de la investigación penal contenida en el sumario N° 94105, y posteriormente con radicación N° 150013107001-2012-004, adelantada en su contra por el delito de secuestro simple, en concurso heterogéneo con concierto para delinquir, seguida bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000 por la Fiscalía Segunda Especializada Delegada ante el Juez Penal Único Especializado del Circuito Judicial de Tunja, y luego ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja.

87. Como consecuencia del trámite penal, el señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, fue sujeto de la medida de detención preventiva con el propósito de vincularlo mediante indagatoria, proferida por la Fiscalía Segunda Especializada Delegada ante el Juez Penal Único Especializado del Circuito Judicial de Tunja²⁸, desde el 16 de noviembre de 2011, cuando fue capturado, por la orden librada en su contra mediante Resolución de 30 de agosto de 2011 (Fls. 162 -169 -175 y 176 Cdn de pruebas) y hasta el 12 de junio de 2012 cuando recobró su libertad en atención a lo ordenado en audiencia del 12 de junio del mismo año celebrada en el Juzgado Penal Especializado del Circuito de Tunja. Es decir, estuvo con detención por un lapso de 6 meses y 26 días, todo lo cual se corrobora con el acta de derechos del capturado obrante a folio 175 cuaderno de pruebas N° 1, y la respectiva boleta de libertad vista a folio 48 del cuaderno de pruebas N° 2, en concordancia con el oficio 100-DIRCEN-JUASP-000941 de 18 de febrero de 2016, expedido por el Director Regional Central del INPEC, documento que reposa a folio 215.

88. Así mismo se corrobora por la Sala que con la finalidad de llevar a cabo la indagatoria se ordenó librar despacho comisorio ante el Fiscal Coordinador de la Unidad Nacional de Secuestro y Extorsión de Bogotá, ordenando enviar el interrogatorio inserto (Fls. 179-181), y facultar librar la respectiva boleta de encarcelación para ante el Establecimiento Penitenciario y Carcelario La Picota de Bogotá, a disposición de la Fiscalía Segunda Especializada de Tunja.

89. Es decir, JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, estuvo privado de su libertad desde el 16 de noviembre de 2011 hasta el 12 de junio de 2012 de manera continua, a raíz de la captura y puesta a disposición de la Fiscalía Segunda Especializada de Tunja. No obstante del 16 al 21 de noviembre de 2011, fue para fines de la indagatoria²⁹ y desde el 22 de

²⁸ Mediante decisión de 17 de noviembre de 2011, el Fiscal segundo especializado, dispone librar la correspondiente boleta de encarcelación ante el comandante de policía metropolitana de Bogotá, para que lo mantengan retenido mientras es escuchado en diligencia de indagatoria (f. 178)

²⁹ Ver folios 175-177 y 187 del Cdo 1 de Pruebas contentivo del Expediente penal

noviembre de 2011, como consecuencia de la imposición de la medida de aseguramiento hasta la revocatoria de la misma.

90. Por ende, del estudio de las referidas pruebas se colige que el señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, vio limitado su derecho a la libertad personal del 16 de noviembre de 2011 hasta el 12 de junio de 2012, siendo esta última la fecha certificada por las autoridades penitenciarias, que además coincide con la decisión proferida en audiencia. Así las cosas, se encuentra probado el daño en los términos antedichos, de manera que es necesario analizar si el mismo se torna antijurídico e imputable a la actuación estatal.

De la imputabilidad del daño

91. Para determinar en primer lugar a quién le es atribuible el daño desde el plano material, la Sala relatará los hechos que llevaron a la concreción del daño con fundamento en las piezas procesales de la actuación penal que fue aportado junto con la demanda y su contestación, las cuales permanecieron a disposición de las partes para su contradicción durante todo el curso del proceso tanto en la primera como en esta instancia.

92. Así las cosas atendiendo los parámetros establecidos por la jurisprudencia reciente³⁰, procede la Sala a efectuar un análisis de la “culpa de la víctima” de la imposición de la medida de detención, al interior del proceso penal, poniendo de presente que la valoración de la conducta preprocesal era competencia preferente del operador judicial penal.

93. Realizada la anterior precisión, da cuenta la Sala que la actuación investigativa de la Fiscalía General de la Nación, se originó como consecuencia de la denuncia que presentará el señor YURY ANDREY VARGAS HOLGUÍN, el 17 de mayo de 2005 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Chámeza –Casanare, en la que puso de presente los hechos ocurridos en el mes de marzo de 2003 en el corregimiento de Santa Teresa, Municipio de San Luis de Gaceno (Boyacá) de los que fue víctima, es decir del delito de secuestro, señalando como responsables a miembros de las Autodefensas Campesinas del Casanare que operaban en esa región del departamento.

94. Del relato de los hechos de la denuncia,³¹ se destaca que puso en conocimiento que acudió a cumplir una cita que le hicieran los paramilitares con el objeto de obtener información sobre el paradero de

³⁰ Sentencia de tutela de noviembre de 2019 -según la cual, en todos los casos, deberá realizarse el análisis de la ‘culpa de la víctima’ como causal excluyente de responsabilidad.

³¹ Fl. 1-8 Cdn de Pruebas 1 y del f. 255

su hermano Gilberlino Vargas Holguín, que se encontraba desaparecido y que en el corregimiento de Santa Teresa fue retenido en contra de su voluntad por un lapso de tres días durante los cuales fue torturado y cuestionado por la labor desempeñada por su hermano, cuando se desempeñó como alcalde encargado del Municipio de Chámeza

95. Posterior a la presentación de la denuncia y como consecuencia del trámite penal, el 10 de octubre de 2007 y a través de resolución³², la Fiscalía Quinta Especializada delegada ante el Gaula Casanare Yopal, ordenó remitir las diligencias a la URI de esa localidad para que se iniciara la investigación por la desaparición forzada de Gilberlino Vargas Holguín y ordenó romper la unidad procesal y compulsar copias ante el Gaula con sede en la ciudad de Sogamoso para que se investigara el secuestro del cual fuera víctima el señor Yury Andrey Vargas Holguín. De lo anterior colige la Sala que derivado de la denuncia impetrada se tramitaron dos investigaciones; una que correspondió a la desaparición forzada y otra por el delito que privó de la libertad al señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ.

96. Así las cosas y a través de Resolución de 23 de octubre de 2007³³, proferida por la Fiscalía Segunda del Gaula de Boyacá Delgada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados, se inició la investigación preliminar con el objeto de establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia de los hechos, así como los autores del mismo, ordenándose la práctica de pruebas para dicho efecto, como la ampliación de la denuncia, la identificación e individualización de los responsables, se establecieran relaciones familiares, con la respectiva misión de trabajo.

97. Como consecuencia de la misión de trabajo ordenada, se obtuvo respuesta con el informe N° 01 GAULA-BOY-UIPJ de 26 de febrero de 2008 (Fls. 14 a 18- Cdn Pruebas 1), con el asunto de “Informe diligencias Radicado 11.040”, por parte del Funcionario de Policía Judicial DAS-Gaula Boyacá, acompañándolo con la diligencia de ampliación de denuncia rendida por el señor Yury Andrey Vargas Holguín (Fls. 19-21), las declaraciones juradas del señor José Domingo Toro Morales (Fls. 28-31) y la señora Cecilia Holguín Bernal (Fls 32-33). Del informe se señalaron entre otros los siguientes apartes a destacar:

*“Con relación al primer punto que hace referencia la resolución, el día 11 de Enero del presente año, nos desplazamos al municipio de Chámeza Casanare, con el fin de recepcionarle declaración jurada al señor YURY ANDREY VARGAS HOLGUÍN, quien en su diligencia **afirma que un sujeto***

³² Fls. 8-9 Cdo Pruebas 1 y fl. 257

³³ Fls. 10-11 Cdo Pruebas 1

perteneciente a las Autodefensas de Martín Llanos conocido con el alias de el CHULO, en un principio lo citó a la vereda GURUVITA, donde se " entrevistó con alias FREDY CARE LOCO, quien le preguntó sobre su vida y la de su familia, e indicándole al fin al que cualquier cosa lo buscada en el pueblo; luego como a los quince días lo abordó nuevamente alias el CHULO citándolo en esta ocasión al Corregimiento de Santa Teresa en compañía de otros habitantes del pueblo, diligencia a la que asistió en compañía de los señores MIYER PARRA ACOSTA, CARLOS RAMÍREZ y MACEDONIO TORRES (...), ya estando allí fueron recibidos por el sujeto alias HK, quien los mandó con sus hombres para una casa a las afueras del corregimiento, después como a la hora llegaron tres sujetos vestidos de negro, quienes procedieron amarrarlos de las manos con lasos (sic) y montarlos a una camioneta. Luego como a los cuarenta minutos de recorrido les vendaron los ojos y los llevaron a una casa donde había más personas retenidas; posteriormente indica la víctima que lo sacaron a las afueras de la casa y comenzaron a golpearlo a puños y patadas, acto seguido le colocaron una bolsa de color negro con jabón en la cabeza, haciéndole preguntas sobre su hermano GILBERLINO, así lo mantuvieron aproximadamente durante tres horas y en la noche lo sacaron junto con los que se habían llevado de Chámeza para una casa sola más al centro de la sabana, donde lo mantuvieron durante tres días vendado, amarrado de pies y manos, además manifiesta que el último día de estar en esta casa lo sacaron media hora y lo colgaron de los pies a un árbol, golpeándolo nuevamente a puños y patadas; (...).

(...)

Siguiendo con la investigación, el día 26 de Febrero de 2008, se realiza diligencia de reconocimiento fotográfico en esta unidad con el señor YURI ANDREI VARGAS HOLGUÍN, quien identifica en los álbumes A y B, al sujeto JHON ALEXANDER MARURANDA SÁNCHEZ, como uno de los delincuentes que participó en su secuestro. En consecuencia de manera respetuosa se le solicita a la señora Fiscal expedir orden de Captura al señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, identificado con la cedula de ciudadanía No.79.808.398 de Bogotá, el cual según las labores investigativas e inteligencia adelantadas y declaraciones recepcionadas por este funcionario, está seriamente comprometidas en el secuestro del señor YURY ANDREY VARGAS HOLGUÍN, sino también en el de los señores MIYER PARRA ACOSTA, CARLOS RAMIREZ y MACEDONIO TORRES (+), al igual que en la desaparición del señor GILBERLINO VARGAS HOLGUIN. (...)". (Negrilla y subrayado fuera del texto).

98. Teniendo en cuenta el informe derivado de la misión de trabajo, reposa el oficio N° 005 GAUBOY-UIPJDS de fecha 14- enero de 2008, mediante el que se solicitó al Director Seccional del DAS Casanare los datos biográficos, fotos y anotaciones de inteligencia respecto a los alias el Chulo, Anaconda y Fredy Care Loco, pertenecientes a las ACC. La respuesta fue obtenida con oficio de 21 de enero de 2008 (f. 35), a través del cual se señaló que no aparecían registros al respecto.

99. De igual manera, advierte la Sala que la diligencia de reconocimiento fotográfico, fue llevada a cabo el día 26 de febrero de 2008, por el grupo de la Unidad investigativa Gaula Boyacá (Fls. 39-44- Cdn Pruebas), con

presencia de la Fiscal Delegada ante el Gaula Rural Boyacá, y de la Personera Delegada Penal, así como del denunciante Yury Vargas y un detective de la policía judicial, en la que se consignaron los siguientes apartes:

“(…)

I. INFORMACIÓN GENERAL

Nombres y apellidos de testigo YURI ANDREY VARGAS HOLGUÍN identificado con la Cédula Ciudadanía número 79.484.414 de Bogotá. Residente en la Urbanización Modelo del Municipio se Chámeza, teléfono No. 312-4248826.

Se le pregunta al declarante sobre las características morfológicas de una de las personas que refiere en su declaración, la cual lo mantuvo secuestrado durante tres días, torturándolo, CONTESTÓ: es una persona contextura mediana, de 1:65 a 1.68 mts de estatura, color de la piel trigueño, cabello corto de color negro, ojos café, cara sumí redonda, ovalada, cejas pobladas, **en esa época tenía bigote no muy poblado, de 33 a 34 años de edad aproximada**, vestido de camiseta negra, portaba una pistola y un radio de comunicación de los que usa el ejército. PREGUNTADO: Acto seguido dando cumplimiento a lo previsto al artículo 304 de código de Procedimiento Penal y previa la toma de juramento, se le pone de presente Dos álbumes demarcados, álbum A que contiene ocho fotografías digitales a color con su correspondiente anexo de todos y cada uno de los que lo integran; álbum B integrado por ocho fotografías digitales a blanco y negro con su anexo correspondiente de los nombres de cada uno que los integran.

Se exhiben fotografías SI videos No imagen digital SI en número de **OCHO (08)** Si se pretende precisar rasgos físicos de un eventual indicado, se exhibe el banco de imágenes No, fotografías No o videos o imágenes digitales NO disponibles en los archivos de **JUDICIALES GAULA DE LA UNIDAD D.A.S.**

Contestó, mejor dicho este es, lo que pasa es que aquí está sin bigote. El despacho deja expresa constancia que el declarante señala la fotografía demarcada en su parte inferior con el número 05, que al consultar la lista anexa corresponde a JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ. Acto seguido se le pone de presente el álbum B a lo que manifiesta el declarante, el número 01, el despacho deja expresa constancia que al consultar la lista corresponde a JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ.

El despacho deja expresa constancia que los álbumes fotográficos puestos de presente al declarante y de las personas que allí reconoció no solo se encuentran en diferente posición si no que las características morfológicas de los reconocidos son diferentes.

PREGUNTADO: Dígame al despacho la persona que usted acaba de reconocer que actividad desarrollo en el secuestro del cual usted fue víctima: CONTESTÓ: Él fue el que dio la orden para que me llevaran ante él, cuando estuve allí me hizo preguntas, de ahí me mandó hablar con otro comandante que llamaba HK y de ahí cuando fui hablar con HK fue cuando me dejaron por tres días, para liberarme fue porque ahí en el

pueblo estaba el ejército y con el ejército estaban 4 tipos de las autodefensas y porque a nosotros o sea a mi secuestraron junto con tres personas más MIYER PARRA, CARLOS RAMÍREZ y MAXEDO TORRES quien ya falleció, entonces nuestras familias sabían que las personas que se encontraban en ese momento en el pueblo con el ejército eran de las Autodefensas de Martín Llanos, entonces hablaron con El ejército para decirles que porque no capturaban a los que estaban ahí que eran de las Autodefensas que estaba un alias "El Chulo" que eran del mismo grupo de las personas que nos habían secuestrado. Esta persona que reconocí allá le decían "EL LOCO", "FREDY" y "CARELOCO". (...)" (Negrilla y subrayado tomado del texto original)

100. El 08 de octubre de 2008 (Fls. 45-46- Cdn pruebas), la Fiscalía Segunda Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados Guala Boyacá, ordenó remitir las diligencias a las Fiscalías Especializadas con sede en Tunja, para que por competencia funcional y territorial se continuara con la investigación, por el lugar de ocurrencia de los hechos. Con decisión del 3 de diciembre de 2008, se avocó conocimiento del asunto por parte de la Fiscalía Segunda Especializada Delegada ante el Juez Penal Único Especializado del Circuito de Tunja³⁴, librándose misión de trabajo y orden de batalla al Batallón Bolívar y al CTI con el objeto de establecer si Fredy Care Loco o Jhon Alexander Marulanda Sánchez, el Chulo, Alfredo García Reyes y Anaconda, pertenecían a las autodefensas, y el área de influencia y, en consecuencia, de la orden impartida fue allegado el Informe N° FGN-CTI-SAC-018 de 29 de enero de 2009 (Fls. 53-54), por parte del Cuerpo Técnico de Investigaciones Seccional Boyacá – Casanare, en los siguientes términos:

"(...)"

FREDY CARE LOCO O JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ: Con estos nombres aparecen las siguientes informaciones: (a. Care Loco), figura como integrante de AUTODEFENSAS CAMPESINAS DE CASANARE BLOQUE ORIENTAL, CONTRAGUERRILLA "FRANCO 6 - CAZADOR -S". Sin más datos. JHON ALEXANDER MARULANDA S (a. Freddy) CC.79.808.398 de Bogotá (CUND), enfermero de Combate, figura como, MIEMBRO DE LAS AUTODEFENSAS CAMPESINAS. **DE CASANARE QUE HAN SIDO CAPTURADOS Y PUESTOS A DISPOSICION ANTE LA AUTORIDAD COMPETENTE. (...)"**

101. Como consecuencia de los resultados de las misiones de trabajo destacadas en precedencia, el 27 de julio de 2010, la Fiscalía Segunda Especializada de Tunja, dispuso la apertura de instrucción conforme al artículo 331 de la Ley 600 de 2000, en contra de los señores JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, alias "Care Loco" y ALFREDO GARCÍA REYES, por el delito de secuestro del que fueran víctimas los señores YURY ANDREY VARGAS HOLGUÍN, MIYER PARRA ACOSTA, CARLOS RAMÍREZ y MACEDONIO TORRES (Fallecido), de conformidad con hechos acaecidos

³⁴ F. 47 del Cdn pruebas

en el corregimiento de Santa Teresa del Municipio de San Luis de Gaceno -Boyacá para el mes de marzo de 2003; así mismo dispuso la vinculación en indagatoria de los referidos sindicados, de la siguiente manera:

"1. Vincúlese en indagatoria a los señores JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ ALIAS "Care Loco" y ALFREDO GARCÍA REYES quienes deberán estar asistidos por abogado defensor, de conformidad con los cargos que en estas diligencias les aparecen. Cítense para el próximo 17 de agosto del cursante año, a la hora de las nueve de la mañana y dos de la tarde respectivamente. (...)"³⁵.

102. Concordante con la orden de vinculación con fines de indagatoria del señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, el Fiscal Segundo Especializado de Tunja, el 09 de junio de 2011 (f. 81), dispuso:

"De la lectura de la presente investigación se desprende que las comunicaciones enviadas a los indicados JHON ALEXANDER MARULANDA SANCHEZ a la Carrera 7 No 7-50 de Pereira y ALFREDO GARCIA REYES a la carrera 16 No 37B de Yopal Casanare, fueron devueltas con la constancia de Rehusado y no Reside, respectivamente (sin embargo no hay evidencia de ello), pero a los folios 15 y 17 obran otras direcciones de los aquí sindicados diferentes a las anteriores; en consecuencia se dispone citarlos nuevamente con la finalidad de llevar a cabo las diligencias de indagatoria (...).

103. Para cumplir la anterior orden, mediante oficio N° 379 S. 94105 F2 de 09 de junio de 2011, se envió citación a JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ a la Transversal 1 N° 26-37 sur Barrio Monte Blanco Bogotá, solicitando su comparecencia a diligencia de indagatoria, advirtiéndole que en caso de incumplimiento se libraría orden de captura (Fl. 82), sin que repose constancia o soporte del trámite de entrega o devolución de la misma, por lo que fue reiterada la orden de citación, a través del oficio N° 480 S 94105 F2 de 14 de julio 2011 (f. 86), sin que tampoco repose comprobante de entrega o devolución.

104. En vista de las dos comunicaciones que no tuvieron efecto, el ente investigador, en decisión del 22 de julio de 2011 (f. 95), dispuso:

"Como quiera que al revisar el Sumario No. 74122 adelantado en esta Fiscalía en contra del sindicado JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ y Otros, por la conducta punible de CONCIERTO PARA DELINQUIR, se encontró que la dirección donde él reside es Carrera No. 21 - 60 Sur Barrio Granada de Bogotá. Teléfono 2062645; este Despacho procede citarlo a esta dirección para llevar a cabo la diligencia de Indagatoria, programada para el día jueves cuatro (4) de agosto del presente año a las nueve (9) de la mañana. Se le debe advertir que debe comparecer acompañado de un abogado Defensor".

³⁵ Ver folio 35 del Cdn- Pruebas

105. Así, mediante oficio N° 492 S 94105 F2 de 22 de julio de 2011, se envió otra citación al demandante, a la referida dirección, solicitando la comparecencia a diligencia de indagatoria, advirtiéndole que en caso de incumplimiento se libraría orden de captura (f. 96). No obstante, tampoco aparece evidencia de la remisión y entrega de la comunicación. Por lo que finalmente y a través de la decisión que resolvió la situación jurídica fechada del 30 de agosto de 2011,³⁶ la Fiscalía Segunda Especializada de Tunja, resolvió abstenerse de imponer medida de aseguramiento en contra de Alfredo García Reyes, y respecto del demandante Jhon Alexander Marulanda Sánchez, dispuso librar orden de captura en su contra, con fines de indagatoria, con base en las siguientes motivaciones a destacar:

"(...) y en cuanto respecta a JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, ha de librarse orden de captura en su contra, por existir cargo directo, máxime cuando ha sido reconocido fotográficamente, decisión esta que obedece a la siguiente:

(...)

Como consecuencia de lo anterior ha de traerse a colación, el artículo 39 de La ley 600 del 2000, que predica, entre otros aspectos, que en cualquier momento de la investigación en que aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido el fiscal General o su Delegado, declarará precluída la investigación penal, exigencia jurídica que se cumple a cabalidad para el caso, acorde a la argumentación y consideraciones plasmadas con antelación, continuando la misma en contra de JHON ALEXANDER MARULANDA SANCHEZ, en contra de quien ha de librarse ODEN DE CAPTURA EN SU CONTRA, con el propósito de vincularlo mediante indagatoria y continuar el curso de la investigación, por existir razones de hecho y derecho, con las cuales se infiere participación de alias FREDY en los hechos que nos ocupa, acorde al material probatoria y al síntesis hecha en la presente resolución. (...)". (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

106. Como consecuencia de la orden y realización de la captura del señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, la Fiscalía 16 Especializada de la Unidad de Fiscales delegada contra el secuestro y la extorsión, auxilió la comisión³⁷ N° 021 (94-105), y adelantó el 18 de noviembre de 2011, la diligencia de indagatoria del señor Jhon Alexander Marulanda Sánchez, de la cual se destacan los siguientes aspectos relevantes:

"(...) PREGUNTADO: Por sus generales de ley manifestó: Mi nombre es JOHN ALEXANDER MARUALNADA SÁNCHEZ, me identifico con la cédula de ciudadanía N° 79'808.398 de Bogotá, natural de Tuluá Valle, nací el 8 de junio de 1977, soy hijo de SILVIO ANTONIO MARULANDA y BLANCA LILIA SÁNCHEZ viven, tengo dos hermanas de nombre JUDITH LILIANA MARULANDA SÁNCHEZ y SHERLEY PAULINE MARULANDA SÁNCHEZ, por parte de mi padre tengo otros dos hermanos de nombre ELIDER MARULANDA tiene como cuarenta años y

³⁶ Ver folios 156-162 del Cdn de pruebas

³⁷ Ver folios fls. 182-183

una hermana cuyo nombre no recuerdo bien, es que poco la trato. Soy bachiller del Instituto Olaya Herrera, me gradúe en 1996, estaba haciendo un curso de Gestión Empresarial en el Sena, lo aplacé por motivos de trabajo, de estado civil unión libre con MERY CECILIA BUITRAGO MURILLO tengo un niño con ella de nombre LUIS ALEJANDRO MARULANDA BUITRAGO, él tiene siete años. Presté el servicio militar en el batallón de Selva N° 43 Efraín Rojas Acevedo, Cumaribo Vichada, eso fue en 1998, **también estuve de soldado profesional en el batallón de Caballería N° 1 Silva Plazas en Duitama, Boyacá. Actualmente trabajo en 4-72,** estoy vinculado desde hace un mes, anteriormente trabajé en Locatel del Restrepo duré como cuatro meses, antes estuve en una firma de contadores, pero eso fue un mes no más y antes de eso estuve trabajando en Serviconfort Ltda., (...). A continuación se procede a dejar consignadas las características físicas del por indagar así: Se trata de una persona de 34 años, sexo masculino, de 1.62 mts. De estatura, contextura normal, orejas normales lóbulo adherido, cara redonda, cejas pobladas, frente amplia, nariz normal base ancha, labios delgados ojos iris color café, cicatriz al lado derecho por cirugía de apéndice, tatuaje pectoral izquierdo un dragón, tatuaje en antebrazo derecho J Y J, antebrazo izquierdo JINJAN y la letra J. **PREGUNTADO:** Indique si perteneció a alguna organización al margen de la ley o grupo armado, en caso afirmativo durante que época militó usted, en donde operaba, si tuvo alguna clase de mando jerárquico dentro de dicha organización y que alias o chapa tenía. **CONTESTO:** No señor, a ninguno. Aclaro que estuve retenido por las autodefensas campesinas del Casanare, el cual en la primera oportunidad me logré escapar y presentármele al ejército el cual ellos me tomaron no como retenido sino como militante, eso fue a mediados del dos mil dos. **PREGUNTADO:** Dígale a la Fiscalía si usted posee antecedentes judiciales de ser así porque delitos y por cuenta de que esta autoridad ha estado detenido. **CONTESTO:** La de concierto para delinquir, supuestamente está en una de las Fiscales de Tunja, **me he presentado personalmente en todas las diligencias que allí me han citado, la última citación fue en junio de 2011.** **PREGUNTADO:** Qué actividad realizaba para la época del mes de marzo del año dos mil tres (2003) y en dónde. **CONTESTO:** Me tenían retenido las autodefensas, como en el ejército yo fui enfermero de combate, me tenían atendiendo enfermos; estaba en las selvas entre Casanare y Boyacá, eran las AUC de Casanare. **PREGUNTADO:** Dígale a la Fiscalía si usted conoce o conoció al señor YURI ANDREY VARGAS HOLGUÍN, en caso afirmativo diga las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que lo conoció. **CONTESTO:** No señor, no lo conozco. (...) **PREGUNTADO:** Diga si usted conoce o escuchó mencionar a los individuos alias "CHULO", alias "ANACONDA" y alias "FREDY CARELOCO", pertenecientes a las autodefensas unidas de Casanare, en caso afirmativo suministre sus nombres completos, una descripción morfológica de cada uno de ellos y si sabe dónde se encuentran actualmente. **CONTESTO:** A alias "EL CHULO" no lo conocí, a alias "ANACONDA" tampoco y a alias FREDY CARELOCO", lo conocí cuando estuve privado de la libertad en la cárcel de máxima seguridad de Cúmbita, eso fue a finales del 2003, él es una persona como de mi estatura, gordo, de bigote, no recuerdo más, no sé cuál era su nombre real, solo se qué allá en el patio- le decían FREDU CARELOCO, no más. **PREGUNTADO:** En diligencias adelantadas en esta Fiscalía se afirma que usted JOHN ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ alias FREDY CARELOCO, para el mes de marzo del año 2003 y más exactamente en el corregimiento de Santa Teresa del municipio de San Luis de Gaceno, Boyacá, secuestraron a YURI ANDREY VARGAS HOLGUÍN, junto con otras personas quienes acudieron a ese sitio por el llamado que le hicieran los miembros de la auc al mando de HK, alias CHULO, alias ANACONDA y alias FREDY CARELOCO, retención de la libertad que duró tres (3) días, lapso durante el cual lo sometieron a intensos interrogatorios y en los que insistía hablaran sobre la actividad de GIBERLINO VARGAS HOLGUÍN cuando se desempeñó como alcalde de Chámeza

Casanare, que tiene que decir usted al respecto. **CONTESTO:** Primero que todo que yo no soy FREDY CARELOCO, por tal motivo no conozco a esas personas', no estuve con ellas y pueden ponerme a que me reconozcan en fila de personas a ver si soy la persona que ellos dicen. **PREGUNTADO:** Así mismo y con base en la diligencia de reconocimiento fotográfico que realizara la Fiscalía Segunda Especializada del Gaula de Sogamoso, lo señalan a usted JOHN ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ por parte del señor YURI ANDREY VARGAS HOLGUÍN como uno de los integrantes de las autodefensas que lo tuvieron secuestrado, que tiene que decir al respecto. **CONTESTÓ:** Ya me acordé de que señor YURY ANDREY VARGAS HOLGUÍN, estuvo en la cárcel de Cómbita Boyacá, creo que era por homicidio algo así-necesitaba redimir como fuera y lo único fue culparme de un delito que yo no había cometido. **PREGUNTADO:** Diga si usted ha estado privado de la libertad, en caso afirmativo por cuenta de que autoridad, por cuanto tiempo e igualmente indique por cuenta de que autoridades ha sido condenando y porque conductas punibles. **CONTESTÓ:** Como dije anteriormente estuve privado de la libertad en la penitenciaría de Cómbita, fue en el 2003 al 2004, por el delito de concierto para delinquir, el cual llevo siete años por libertad provisional y el proceso sigue en la Fiscalía de Tunja. **PREGUNTADO:** A usted se le acusa de ser autor de las conductas punibles tipificadas en el código penal Ley 599 de 2000, Libro Segundo, Título III, Capítulo II, delitos contra la libertad individual y otras garantías, artículo 168 del Código Penal, modificado por la Ley 733 de 2002, denominado SECUESTRO SIMPLE y CONCIERTO PARA DELINQUIR consagrado en el Título XII, delitos contra la seguridad Pública Capítulo Primero, artículo 340 de la misma norma; por los hechos ocurridos en el corregimiento de San Teresa del municipio de San Luis de Gaceno Boyacá, cuando secuestraron a YURY ANDREY VARGAS HOLGUÍN (...) **CONTESTÓ:** Primero que todo que San Luis de Gaceno no lo conozco, no sé ni donde queda, pruebas por el momento no tengo y yo nunca he secuestrado a nadie. **PREGUNTADO:** Diga si tiene algo más que agregar, corregir o enmendar a la presente diligencia. **CONTESTO:** Si **que yo no soy alias CARE LOCO y a ese personaje si lo conocí en cárcel de Combita, ya lo describí anteriormente como es físicamente, soy ajeno a esos delitos que se me imputan, lo cual se puede aclarar a través de la investigación que adelante la Fiscalía, también quiero aclarar por qué razón me imparten la orden de captura, sabiendo la Fiscalía donde ubicarme, además yo he estado asistiendo a todas la citaciones que me ha hecho la Fiscalía.** No siendo otro z objeto de la presente, se lee y se firma por los que en ella intervinieron siendo las doce treinta (12:30 m) del día"³⁸. (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

107. A su turno y a través de decisión de 18 de noviembre de 2011 (f. 189), el Fiscal Segundo Especializado de Tunja, dispuso antes de resolver la situación jurídica de JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, solicitar a la oficina de sistemas de la Dirección Seccional de Fiscalías, los antecedentes o anotaciones judiciales del señor Yury Vargas denunciante en la investigación; lo cual fue allegado mediante el formato respectivo visto a folio 204 y en el que se indicó "No figuran con registros en la base de datos".

108. Continuando con el procedimiento y a través de la decisión del 21 de noviembre de 2011, la Fiscalía Segunda Especializada de Tunja,

³⁸ Ver folios 184-186 del Cdn de pruebas- proceso penal

resolvió la situación jurídica del señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, imponiendo medida de aseguramiento consistente en detención preventiva; decisión notificada personalmente y sin interposición de recursos (f. 207), apoyándose en las siguientes motivaciones:

“ (...) Dentro de ese trasiego privado de su libertad por parte de los delincuentes que laboraban dentro de la agrupación denominada paramilitares, es interrogado por parte de una persona que se hace llamar alias “el chulo”, allí se entrevista con quien llaman FREDY alias “Care Loco”, razón por la cual él estaba en posibilidad de identificar plenamente. Y tan es así, **que ante funcionarios de policía judicial y bajo las premisas legales que la ley 600 de 2000 ha establecido para el reconocimiento fotográfico practicado por parte del DAS en la ciudad de Sogamoso, bajo el consecutivo 111.040 en donde el denunciante YURY ANDREY VARGAS HOLGUÍN identifica plenamente en 8 fotos ubicadas dentro del álbum fotográfico a la persona que lo retuvo siendo identificado en el folio 41 la foto 5, en el folio 43 la foto N° 1**, correspondiendo ambas al señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ. De otro lado se halla dentro del plenario que la víctima es recurrente en manifestar en cada una de sus salidas procesales que alias FREDY fue la persona que lo mantuvo retenido, que lo entrevistó, ya que alias el Chulo lo que realiza es la citación y lo lleva ante el mencionado FREDY quien es plenamente identificado en el reconocimiento fotográfico como JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ. Así mismo se tiene que la versión de la forma de cautiverio los malos tratos a los cuales fue sometida la víctima es corroborada por parte de JOSÉ DOMINGO TORO MORALES, coincidiendo su exposición con la de la víctima YURY ANDREY VARGAS HOLGUÍN. Ahora bien, dentro del plenario se tiene igualmente la orden de batalla emanada del CTI en donde como parámetro se tiene que luego de las indagaciones realizadas en la zona y por labores de inteligencia **identifican a alias FREDY como JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ miembro de las Autodefensas** que operaban en la zona de Santa Teresa y Chámeza, organización que valga decirlo se dedicó a sembrar el terror y el amedrentamiento de los miembros de las comunidades en donde operaban y a cometer múltiples e innumerables ilícitos tal y como es ampliamente conocido.
(...)

Pero cuando la fiscalía le informa que dicho reconocimiento ya fue practicado y que él fue reconocido plenamente por la víctima, cambia su versión y ya indica que YURY ANDREY VARGAS lo conoció en la cárcel de Cúmbita y que por obtener rebajas es que lo identifica como miembro de los paramilitares.

Manifestación que es totalmente falsa y que se evidencia en el hecho que la víctima y denunciante no ha estado detenido y la denuncia la realiza en el año 2005, es decir hace 6 años, así mismo fantasiosamente pretende desvirtuar el reconocimiento basándose en el hecho que lo hace por obtener beneficios. Lo cual a todas luces es absolutamente contrario a la realidad como quiera que no ha estado detenido YURY ANDREY VARGAS y desde su retención no ha tenido contacto con JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ alias FREDY.

Obsérvese dentro del plenario que el denunciante informa que la persona que lo retuvo fue ALIAS FREDY – CARE LOCO, no menos cierto es el hecho que durante las labores de identificación plena del sindicado se establece que **CARE LOCO es una persona y alias FREDY es otra**, en razón a ello es que el sustento de la plena identificación del captor se da como consecuencia de la labor realizada en el reconocimiento fotográfico en donde se despejan las dudas de quien era una de

las personas autoras del secuestro del cual fue objeto el señor VARGAS HOLGUÍN denunciante en las presentes diligencias.

Con base en el material probatorio arrojado a las diligencias tenemos que existe un señalamiento directo contra del procesado JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ alias FREDY, y por parte de la víctima del secuestro VARGAS HOLGUÍN quien lo señala en la **diligencia de reconocimiento fotográfico que se practicara el día 26 de febrero de 2008**, con lo que queda demostrado que fue una de las personas que retuvo a YURY ANDREY VARGAS HOLGUÍN y en tal condición pertenecía a el grupo al margen de la ley, autodenominado paramilitares y de ello da cuenta la forma como se organizaron para lograr la retención no solo de VARGAS HOLGUÍN sino de otras personas del municipio **como se evidenció en esta investigación, y es por ello que queda al descubierto su actual delictual en dicha agrupación al ser identificado plenamente como autor** y responsable de las conductas punibles de SECUESTRO SIMPLE violentando el bien jurídico de la libertad en concurso heterogéneo sucesivo con CONCIERTO PARA DELINQUIR. Igualmente transgrediendo la protección el bien jurídico de la seguridad pública.

(...)

Óbice de lo anterior, **fácil es concluir para la altura procesal que nos ocupa se actualizan los requisitos que exige la norma procedimental** para proferir medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario en contra de JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ a quien se ha señalado como miembro de la organización al margen de la ley y como una de las personas que en primer lugar secuestrara al denunciante. (...) ³⁹. (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

109. Así las cosas, a través de la decisión del 10 de enero de 2012 (Fls. 255-269), la Fiscalía Segunda Especializada de Tunja, procedió a calificar el mérito del sumario N° 94105, adelantado contra Jhon Alexander Marulanda Sánchez, como coautor de las conductas punibles de secuestro simple en concurso heterogéneo de concierto para delinquir agravado, considerando entorno a la responsabilidad entre otras las siguientes motivaciones:

"(...)Con base en el material probatorio arrojado a las diligencias, tenemos que existe un **señalamiento directo en contra del procesado JHON ALEXANDER MARULANDA SANCHEZ, alias FREDY' y por parte de la Víctima del Secuestro VARGAS HOLGUÍN, quien lo señala en la diligencia de reconocimiento fotográfico** que se practicara el día veintiséis (26) de febrero de dos mil ocho (2008), con lo que queda demostrado que fue una de las personas que retuvo a YURI ANDREY VARGAS HOLGUÍN y en tal condición pertenecía al grupo al margen de la ley, autodenominado paramilitares , y de ello da cuenta la forma como se organizaron para lograr la retención no solo de VARGAS HOLGUÍN, sino de otras personas del municipio como se evidenció en esta investigación, y es por ello que queda al descubierto su actuar delictual en dicha agrupación al ser identificado plenamente como autor responsable de las conductas punibles de SECUESTRO SIMPLE violentando el bien jurídico de la libertad en concurso heterogéneo sucesivo con CONCIERTO PARA DELINQUIR." (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

³⁹ Ver folios 191-201

110. Decisión que fue notificada al apoderado de oficio y al acusado Jhon Alexander Marulanda (Fls. 273- 275), quienes interpusieron recurso de apelación, a través de escrito (Fls. 278 y 279-283), realizando algunas aclaraciones, entre ellas que para la fecha de los hechos del delito imputado se encontraba prestando servicio militar, y que frente al denunciante, señor, Yury Andrey, precisó que en la primera indagatoria dijo que lo distinguía, pues lo confundió con una persona que conoció en la cárcel de Cómbita con la que tuvo algunos inconvenientes y creyó que esa persona lo iba a perjudicar involucrándolo en un acto delictivo por el que era acusado, aclarando finalmente que no lo conocía.

111. Como consecuencia del recurso de apelación, la Fiscalía Cuarta delegada ante el Tribunal Superior de Tunja, en decisión del 09 de febrero de 2012 (Fls. 3-22 Cdo Pruebas 3), confirmó en su integridad la resolución de acusación contra Jhon Alexander Marulanda Sánchez, considerando entre otros aspectos los que se destacan:

*"En criterio de ésta Delegada, la actuación adelantada por la Fiscalía Segunda Especializada de Tunja, **en éste proceso, se ha llevado a cabo con respeto y acatamiento a los principios y derechos procesales que le asisten al señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, por lo que no se accederá a la solicitud de Nulidad** invocada por el doctor MANUEL ORLANDO CETINA ACOSTA en su escrito de impugnación. En orden metodológico, en lo que tiene que ver con el juicio de responsabilidad efectuado por el A-quo en contra del ciudadano MARULANDA SÁNCHEZ, es evidente que no existe confusión en cuanto al señalamiento que se le realiza por parte de la víctima YURI ANDREY VARGAS HOLGUÍN, entre tanto la valoración y análisis efectuada al material probatorio obrante es completa y en un todo coincide incluso con las apreciaciones del representante del Ministerio Público quienes decantan la participación activa del señor MARULANDA SÁNCHEZ en los hechos que se le conculcan. En el sub examine reposa no solo el señalamiento directo del afectado YURI ANDREY VARGAS HOLGUÍN cuando dice que " Un tipo de las Autodefensas de Martín Llanos el cual era conocido con el alias del CHULO, quien mantenía en el pueblo, me citó en un principio a la vereda GURUVITA de este Municipio, donde acudí con mi mamá, y allí me entrevisté con alias Fredy CARELOCO", lo ratifica en diligencia de reconocimiento fotográfico cuando indica. (...)". (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

112. Teniendo en cuenta que la decisión fue confirmada en su integridad, se envió el proceso al Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Tunja, bajo el radicado número 1500131070012012004, dándose traslado a los sujetos procesales para audiencia preparatoria⁴⁰ y vencido el término del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, se fijó fecha para llevar a cabo audiencia preparatoria, la cual se desarrolló el 13 de abril de 2012, y en la que se resolvió la solicitud de pruebas hechas por el defensor, decretándose las mismas, así como decretando de oficio el despacho una ampliación de la declaración del denunciante Yury Vargas y un

⁴⁰ Ver folio 288 Cdo Pruebas

reconocimiento en fila de personas, fijándose fecha para la realización de audiencia pública respectiva.

113. Por lo anterior, el 12 de junio de 2012⁴¹, se llevó a cabo, en desarrollo de audiencia pública de juzgamiento, el reconocimiento en fila que fuera decretado de oficio por el despacho dentro de la audiencia preparatoria, desplazándose tanto el Juez, el Fiscal, el Procurador, el defensor y el denunciante, a la Cárcel Distrital de Tunja, dejándose en el acta de esa diligencia las siguientes anotaciones:

*"(...) Acto seguido el señor Juez Penal del Circuito toma el juramento a la víctima **Yury Andrey Vargas quien servirá de testigo en el presente reconocimiento quien manifiesta que dirá toda la verdad** (...) Iniciado el reconocimiento y exhibidas las seis personas 1. SORACÁ LARGO JOSÉ, 2. MARCOS BARAJAS, 3. BRAYAN ESTIVEN MUÑOZ, 4. BELTRÁN TIBAMBRE RUBÉN, 5. JHON ALEXANDER MARULANDA, 6. ALBERTO VELOZA ALARCÓN, 7. SEGURA PACHÓN ALEX; quienes se ubican de izquierda a derecha, el acusado se ubicó en el lugar por él escogido y seleccionó a las personas que conformaron la fila, la víctima manifiesta: Que de los que estaban no reconoce a ninguno, que ninguno de ellos es CARELOCO. Nuevamente se organiza otra fila de personas que corresponde a 1. SEGURA PACHÓN ALEX, 2 ALBERTO VELOZA ALARCÓN, 3 JHON ALEXANDER MARULANDA, 4 BRAYAN ESTIVEN MUÑOZ, 5 MARCOS BARAJAS, 6. SORACÁ LARGO JOSÉ, 7 BELTRÁN TIBAMBRE RUBÉN, ubicados así de izquierda a derecha, la víctima manifiesta que es el primero que esta contra la pared, a quien se le ordenó dar un paso al frente quien se llama SEGURA PACHÓN ALEX (...)".(Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

114. Agotado el trámite del reconocimiento en filas, el mismo 12 de junio de 2012, en audiencia pública⁴², se llevó a cabo interrogatorio al acusado Jhon Alexander Marulanda, así mismo, se continuó con la declaración de del denunciante y víctima Yury Vargas y se practicó testimonio del testigo Alexander González Urbina, consignándose los siguientes apartes relevantes:

*"(...)PREGUNTADO: a usted la Fiscalía General de la Nación formula acusación por los delitos de secuestro simple en concurso con concierto para delinquir, hechos de los cuales fue víctima YURI ANDREY VARGAS, el cual fue citado pro los paramilitares al sitio denominado Santa Teresa, él fue a hablar a un sujeto a quien identificó como el loco Fredy o careloco el cual lo estuvo entrevistando y luego lo mandó hablar con el comandante HK donde fue secuestrado junto con otras personas, se dice que este sujeto el loco o Fredy al parecer pertenece a la ACC es usted JHON ALEXANDER MARULANDA, que tiene que decir frente a estos hechos CONTESTÓ: Que en ese tiempo yo me encontraba como soldado profesional en el Batallón Silva Plazas y yo no soy careloco. **Nunca en mi vida había visto a YURI ANDREY VARGAS HOLGUÍN ni lo conozco.** PREGUNTADO: Cuéntenos cuando ingresó a prestar el servicio militar donde lo prestó, desde cuándo. CONTESTO: yo preste servicio militar desde 1998 en Cumaribo Vichada, en el 2001 ingresé al ejército como soldado profesional al Silva Plazas, no recuerdo los comandantes por que pasaron varios por la contraguerrilla patrullé toda la zona del norte de Boyacá, me retiré en agosto a septiembre de 2003, PREGUNTADO, luego de haber ingresado nuevamente al ejército en que sitios estuvo*

⁴¹ Ver folios 34-36 Cdo Pruebas 2 Exp. Penal

⁴² Ver folios 37-41 Cdo Pruebas 2 Exp. Penal

usted CONTESTÓ cuando ingresé estuvimos en Soatá el Cocui el Espino Chiscas, Fátima que es un caserío, Guacamayas la Uvita, Boavita, la Uvita todo el norte de Boyacá controlaron la vías de Belén Soatá, no recuerdo las fechas ni los años ni los meses, **PREGUNTADO Ha estado preso por otros delitos a parte de este CONTESTÓ Estuve retenido en Cómbita por el delito de Concierto para delinquir, no más, el proceso no se ha resuelto salí bajo libertad provisional por vencimiento de términos, por cuenta del Juzgado Especializado de Tunja**, PREGUNTADO. Por cuenta de ese proceso desde cuando estuvo privado de la libertad. CONTESTÓ: Estuve en Cómbita como en el 2004, hasta finales del 2006 salí en libertad provisional trabajé desde la fecha que salí hasta el 16 de noviembre de 2011, fecha en que fui capturado por este proceso, PREGUNTADO Puede precisar que se encontraba haciendo y en donde para los meses de febrero y marzo de 2003, me encontraba en el ejército como soldado profesional en reentrenamiento en Sogamoso, en el Batallón Tarqui. No recuerdo bajo órdenes de quien estaba, PREGUNTADO: Conoce a un sujeto identificado como Careloco CONTESTÓ Si lo distinguí en la cárcel de Cómbita. PREGUNTADO: Antes de encontrarse con él en Cómbita lo había visto antes. CONTESTO: No. PREGUNTADO: a parte del secuestro del cual fue víctima YURI ANDREY VARGAS a usted también se le acuso de Concierto para delinquir es decir que perteneció a una organización criminal conocida como AUTODEFENSAS CAMPESINAS DEL CASANARE, que tiene que decir respecto, de este aspecto. CONTESTÓ: Como **estuve pagando por ese delito de concierto para delinquir no sé qué tenga que ver con este proceso, no pertenezco a esa organización**, En este estado de la diligencia se le concede el uso de la palabra al **señor Fiscal (...)** PREGUNTADO: Diga si para la época en que fue secuestrado según su dicho pertenecía a las fuerzas militares. CONTESTÓ. Si pertenecía a la fuerzas militares y estaba en licencia de quince días por resultados operacionales, fui secuestrado en una taberna de Duitama, yo estaba con un amigo y me disponía a irme para el batallón ya se habían cumplido los quince días, bajé como a las cuatro de la tarde y nos sentamos a tomarnos dos cervezas cuando una camioneta paro al frente y nos hizo subir a la camioneta de ahí nos llevaron a una escuela abandonada no sé dónde queda por que todo el tiempo tenía la cabeza agachada, cuando llegamos a la escuela abandonada nos metieron a un salón al día siguiente no subieron para un campamento de ellos. PREGUNTADO diga si el tiempo del secuestro le pusieron algún apodo. CONTESTÓ Si Freddy, no sé por qué. Se concede el uso de la palabra al señor Procurador Judicial 172 Penal PREGUNTADO Usted había indicado que en la cárcel de Cómbita conoció a un sujeto apodado CARELOCO indíquele al despacho si tuvo la oportunidad de preguntarle por el secuestro de YURI ANDREY VARGAS HOLGUÍN, CONTESTÓ. No, nunca hablé con careloco sobre el tema PREGUNTADO dígame a la audiencia si en alguna ocasión, estando privado de la libertad fue visitado por YURI ANDREY VARGAS HOLGUÍN o tuvo la oportunidad de hablar con esta persona CONTESTÓ No, no lo conozco no en ningún momento fueron a visitarme a la cárcel. PREGUNTADO **Aclárele a la audiencia porque cuando usted fue indagado, cuando se le informó que había sido reconocido fotográficamente indicó en esa oportunidad que a esta persona la había conocida por la cárcel de Cómbita y que lo estaba culpado para redimir pena.** CONTESTO **Lo confundí con un interno que se encontraba en Cómbita por el nombre de YURY VARGAS lo conocí en Cómbita por un inconveniente que tuvimos haya en la cárcel de Cómbita y pensó que era ese YURY del que hablaban.** No más preguntas. (...)”⁴³. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

115. Ahora bien, en la misma audiencia pública cuando el Juez, al tomar la declaración del denunciante, al realizar el interrogante frente al reconocimiento fotográfico, de manera concreta respondió:

“(…) PREGUNTADO sea conciso, esa persona con la que usted habló en la Picota, que participación tuvo en su secuestro **CONTESTÓ Él lo que hizo fue mandar al señor llamado el Chulo de que le informara cuando estaba el comandante 11K, me mandaron citar con el Chulo y allá me retuvieron.** PREGUNTADO En esa primera

⁴³ Ver folios 37-41 Cdo Pruebas 2 Exp. Penal

ocasión cuando hablo con alias CARELOCO. CONTESTÓ: Como media hora en el sitio, o por ahí unos quince minutos. **PREGUNTADO.** De esa primera vez que tuvo contacto con alias CARELOCO y la segunda vez, había muchos cambios físicos o estaba igual. **CONTESTÓ:** Si había cambiado cuando lo vi después estaba sin bigote, el único cambio era el bigote, un poco más blanquito. **PREGUNTADO:** Esta persona que usted tiene a su espalda la ha visto alguna vez. **CONTESTÓ** No la he visto ninguna vez hasta ahora. **PREGUNTADO POR EL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO:** Ha dicho usted que tuvo la oportunidad de entrevistarse con CARELOCO en la Picota en Bogotá dígame a la audiencia que si la persona con quien se entrevistó esta en esta audiencia. **CONTESTO No, en este lugar no.** **PREGUNTADO POR EL DEFENSOR:** Señale para esta audiencia si el señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ persona que está a sus espaldas participó u ordenó el secuestro suyo que fuera objeto de denuncia según hechos para entre el 14 y 17 de marzo del año 2003. **CONTESTÓ:** No esa persona no es (...)." ⁴⁴(Negrilla y subrayado fuera del texto original).

116. Finalmente se destaca del recaudo probatorio de la audiencia pública, el testimonio del señor ALEXANDER GONZÁLEZ URBINA, quien manifestó pertenecer a las Autodefensas Campesinas del Casanare, en calidad de máximo jefe y comandante el comandante militar y regional de este bloque, por lo que al ser cuestionado sobre la identificación del señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, precisó:

"PREGUNTADO POR LA DEFENSA: Manifieste a esta diligencia si tiene conocimiento si el señor JE-ION ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ pertenecía a las AUC, quién se encuentra a espalda suya, en caso afirmativo indique desde qué año que actividad realizaba, y bajo al mando de quién estaba. **CONTESTÓ.** Para el año 2004 desde el 25 de diciembre de 2003 y el transcurso del 2004 yo era el máximo jefe de las Autodefensas Campesinas del Casanare en Boyará, era el comandante militar y regional de este bloque, conozco a miembros que hacían parte del frente que yo estaba manejando que hacía parte orgánica de esa estructura, **y el señor que está a espalda mía no perteneció ni estuvo bajo mi mando ni estuvo en una escuela de formación de autodefensas por lo tanto no sé a qué bloque pertenece.** (...) el señor que me nombran ALEXANDER MARULANDA no perteneció a mi estructura, ni miembro orgánico, ni lo conocí en el área. (...) **PREGUNTADO POR EL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO** Indique si usted tiene conocimiento de quién es un sujeto a quien se conocía con el alias del Chulo, se dice pertenecía a las Autodefensas del Casanare para el año de 2003, **CONTESTÓ** Si **tengo conocimiento, trabajaba conmigo en Chámeza pertenecía a la especial del área estaba bajo al mando de Africano o Palillo el nombre propio no lo conozco ese Chulo entró hace dos años a visitarnos a mí y a Solín porque necesitábamos que fuera al área a ubicar una fosas de personas desaparecidas en Chámeza, entró nos visitó y arrancó para Casanare se quedó en Villanueva y fue sicariado en Villanueva Casanare, el nombre se lo puedo conseguir con SOLÍN** **PREGUNTADO** dígame a la audiencia si en alguna oportunidad YURI ANDREY VARGAS HOLGUÍN fue a visitarlo y dialogó en la PICOTA para obtener información del paradero del GILBERLINO VARGAS. **CONTESTÓ** Si fue, hace unos tres a cuatro años fue en compañía del personero de Recetor y otro muchacho, yo me encontraba en alta de la Picota en el PASA y allí fue que nos reunimos, efectivamente.(...)" ⁴⁵(Negrilla y subrayado fuera del texto original).

117. Reanudada la audiencia pública⁴⁶, se presentaron las alegaciones finales, donde el Fiscal, el Agente del Ministerio Público y el defensor,

⁴⁴ Ver folios 37-41 Cdo Pruebas 2 Exp. Penal

⁴⁵ Ver folios 37-41 Cdo Pruebas 2 Exp. Penal

⁴⁶ Ver folios 42-47 Cdn Pruebas 2 Exp. Penal

solicitaron se dictara sentencia de carácter absolutorio a favor de Jhon Alexander Marulanda Sánchez, en razón de la no participación del mismo en los hechos que se investigaban, conforme a lo demostrado en el proceso, luego de lo cual, se dio la intervención del Juez de la causa, quien previo el análisis probatorio respectivo, resolvió revocar la medida de aseguramiento impuesta al demandante, con el fin de restablecer su derecho a la libertad inmediata, conforme lo siguiente:

(...)El art. 308 contempla los requisitos sustanciales en que se debe edificar la medida de aseguramiento cuyos fines constitucionales tanto en ley 906 como en ley 600 son idénticos, **dentro de ellos se encuentran que las pruebas permitan inferir de manera razonable la autoría o participación del procesado en los hechos que se le atribuyen en el caso encuentran integradas por la diligencia de reconocimiento en fila de personas la declaración de YURI ANDREY VARGAS HOLGUÍN, y la declaración de ALEXANDER GONZÁLEZ URBINA** permiten establecer que JHON ALEXANDER MARULANDA **no es el presunto autor de los hechos atribuidos en la resolución de acusación** Por lo que ante la falta de uno de los requisitos esenciales en los cuales se sustenta y se sustentó la medida de aseguramiento que en el pasado se le impuso al señor MARULANDA resulta procedente revocar la medida de aseguramiento con el fin de reestablecer su derecho a la libertad en aplicación del art. 28 de la constitución nacional y 308 y 318 de la ley 906 de 2004 por lo que para el efecto se comunicará a las autoridades penitenciarias recobrando su libertad inmediata siempre y cuando no sea requerido o solicitado por autoridad judicial diferente para lo cual se tomaran las previsiones legales decisión que se notifica en estrados a los sujetos procesales que se encuentran presentes para lo pertinente, los sujetos procesales no interpone recursos. Acto seguido se dictará la sentencia en fecha posterior. (...)". (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

118. La actuación penal culminó, cuando el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja, mediante decisión de 10 de julio de 2012⁴⁷, profirió sentencia absolutoria a favor de JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, teniendo como fundamento que al establecer la no participación del mismo en los hechos investigados, no estructurarse con suficiencia los elementos de juicio contenidos en el artículo 318 del C.P.P., para condenar y al no concluirse de la prueba arrojada en juicio oral un conocimiento más allá de toda duda acerca de la responsabilidad penal del acusado.

119. Al respecto es preciso anotar, que los hechos que dieron lugar a la demanda se enmarcan dentro de la vigencia de la Ley 600 de 2000, en la cual el proceso estaba constituido por dos etapas, que de acuerdo con lo dispuesto en la referida Ley que tal, como lo sintetizó la demandada, se desarrollaban en la siguiente forma:

"1. Etapa de investigación: La cual es adelantada por la Fiscalía General de la Nación, y comprende la investigación preliminar, la investigación propiamente dicha que iniciaba **con el auto de apertura, proseguía con la vinculación al proceso del sindicado mediante indagatoria, continúa**

⁴⁷ Ver folios 50-59 Cdn Pruebas 2 Exp. Penal

con la definición de la situación jurídica, en la que se definía sobre la imposición o no de la medida de aseguramiento y culminaba con la calificación del sumario. (Arts 330 y s.s. Ley 600 de 2000)

2. Etapa de juzgamiento: Estaba a cargo de los jueces penales, iniciaba con la audiencia preparatoria (art. 400 Ley 600 de 2000), seguía con la audiencia pública de juzgamiento en la que se practicaban las pruebas, se presentaban alegaros de conclusión y finalizaba con la sentencia de instancia, (art. 399 y s.s. Ley 600 de 2000)."⁴⁸

120. Partiendo de lo anterior, se tiene que la Fiscalía General de la Nación como encargada de adelantar la etapa de investigación dentro del proceso penal que se tramitaba conforme a la Ley 600 de 2000, tenía la facultad de expedir medidas de aseguramiento, por lo que en el presente asunto se debe predicar su responsabilidad exclusiva respecto del daño antijurídico padecido por los demandantes, en razón al contenido de la providencia del 10 de julio de 2012, proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja a la que ya se hizo referencia. En consecuencia, era la Fiscalía General de la Nación la encargada y no otra la entidad encargada de decretar la medida de aseguramiento.

121. Es decir, la Fiscalía Primera Especializada de Tunja, era la competente de resolver de manera autónoma y exclusiva, la medida restrictiva de la libertad sin intervención de los jueces de la República. Bajo este entendido, la privación de la libertad de que fue objeto el demandante, desde el momento en el cual se definió su situación jurídica, fue el resultado del ejercicio de dicha facultad exclusiva de la Fiscalía, y para concurrir el levantamiento, se requería que los jueces de la República verificaran y surtieran plenamente la etapa del juicio, para así decidir si el ente investigador desvirtuó la presunción de inocencia del procesado y en consecuencia dictar sentencia absolutoria, tal y como sucedió en el presente caso, derivado de la falta de credibilidad del registro fotográfico, en contraste al reconocimiento físico y las declaraciones recepcionadas en la audiencia pública, que llevó al juez penal a la conclusión que el señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ no participó de los hechos por los cuales se le juzgaba.

122. Es de resaltar que de acuerdo con el artículo 356 de la Ley 600 de 2000 la medida de aseguramiento de detención preventiva "*Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.*"

123. Así de la actuación investigativa, la Sala encuentra un ostensible yerro en los fundamentos jurídicos dados por la Fiscalía General de la

⁴⁸ Folio 156-162 del Cdn del expediente penal

Nación al momento de pretender sustentar la medida de aseguramiento. En efecto, primero al haberse conformado únicamente con el reconocimiento en fotografías que realizara el denunciante, al punto que fue contrario con el reconocimiento físico que él mismo hiciera en la audiencia del 12 de junio de 2012 y; segundo, no existió plena identificación y relación de quién cometió la conducta denunciada, máxime cuando en su denuncia la víctima del ilícito no se refirió a ninguna persona en particular, sino que señaló en primera instancia como responsables de su secuestro a los miembros de las Autodefensas Campesinas del Casanare que operaban en esa región del departamento.

124. Bajo este panorama, se aduce la existencia de la falla del servicio atribuible a la Fiscalía General de la Nación, en tanto la medida de aseguramiento no fue proferida en los términos del artículo 356 de la Ley 600 de 2000, comoquiera que no se acreditaron los dos indicios graves en contra de la víctima de la privación pues, en realidad, estos no aparecían probados dentro del proceso penal, máxime si se tiene en cuenta que se derivaron de (i) una indebida valoración probatoria de la identificación del registro fotográfico que tal como fue consignado, el denunciante no tenía muy claro quien había cometido la conducta denunciada y (ii) la inferencia de un indicio a raíz de la misión de campo, contenida en el informe N° 01 GAULA-BOY-UIPJ de 26 de febrero de 2008 donde al interrogar a la víctima del secuestro afirmó que un sujeto perteneciente a las Autodefensas de Martín Llanos conocido con el alias de el CHULO, en un principio lo citó a la vereda GURUVITA, donde se entrevistó con alias FREDY CARE LOCO, quien le preguntó sobre su vida y la de su familia, e indicándole al final que cualquier cosa lo buscada en el pueblo. Esto, entonces, quiere decir que la medida restrictiva de la libertad fue expedida con ausencia de pruebas.

125. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal⁴⁹, ha sostenido que la connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la "discrecionalidad reglada" en la valoración probatoria que realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e informantes de la deducción establece "jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador".

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia mayo 8 de 1997, Magistrado Ponente Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego, expediente número 9858

126. Ahora bien, de manera concreta esta instancia precisa sobre los indicios aludidos en la norma vigente al momento de la detención del señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁵⁰ precisó:

- El indicio es una prueba indirecta, construida con base en un hecho (indicador o indicante) acreditado con otros medios de persuasión autorizados por la ley, del cual razonadamente, según los postulados de la sana crítica, se infiere la existencia de otro hecho (indicado), hasta ahora desconocido.
- La importancia del indicio deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido.

127. Además, en cuanto a su clasificación serán necesarios cuando revelan de forma cierta o inequívoca la existencia de otro hecho; contingentes, según el grado de probabilidad de su causa o efecto y en materia de la gravedad, precisó la Corte Suprema en la sentencia citada, lo siguiente:

*" Estos, los contingentes, a su vez pueden calificarse de: graves cuando entre el hecho indicador y el indicado media **un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad, sino de la común ocurrencia de las cosas** (...)*

*De conformidad con la previsión legal sobre la prueba indiciaria establecida por los artículos 284 y siguientes de la Ley 600 de 2000 (la cual gobernó la presente actuación), el hecho indicador del cual se infiere la existencia de otro acaecimiento fáctico, debe estar **debidamente acreditado** por los medios directos de prueba (testimonio, peritación, inspección, documento, confesión); ha de ser indivisible, pues los elementos que lo integran no pueden a su vez tomarse como hechos indicadores de otros sucesos, e independientes, ya que a partir de un hecho indicador no pueden estructurarse varios hechos indicados (...)"(Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

128. Así para el caso en estudio y de acuerdo a los cargos de apelación, por las contradicciones en la actuación desplegada por el ente investigador, culminó con el hecho indicador de la identificación del registro fotográfico por parte del denunciante, que no contaba con condiciones que permitieran aducir razones serias que determinaran el nexo causal con el hecho indicado y por investigar. En tales condiciones,

⁵⁰ M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, SP3397-2014 Radicación N° 38793, Aprobado según Acta N° 81, sentencia de 19 de marzo de 2014

si bien se presentó una denuncia por el delito de secuestro y las pesquisas del informe de campo, ellas no podían admitirse como acreditadas de forma concordante; se reitera, contenían contradicciones, lo cual impedía entenderlas como parte de un todo que integrara la posible participación de la entonces investigado, como integrante de las AUC de Casanare.

129. Tampoco encuentra la Sala que la medida fuera razonable, pues el ente investigador, a pesar de no verificar y contar con la certeza de la identificación e individualización de quien cometió el delito denunciado, no verificó la autenticidad de lo expuesto ni contempló la posibilidad de adelantar el procedimiento sin privar de la libertad al investigado.

130. En efecto, la jurisprudencia del órgano de cierre⁵¹ preceptuó, en un asunto de similares contornos al objeto de estudio y donde también se había expedido una medida de aseguramiento sin contar con el material probatorio necesario, lo siguiente:

*"Así las cosas, como la absolución del demandante, fue con fundamento en la **ausencia de una prueba sólida, el título de imputación aplicable es el de falla del servicio**, pues la medida de aseguramiento fue dictada con ausencia de pruebas de cargo, lo que torna en injusta la privación de la libertad" (Negrilla fuera de texto)*

131. A una conclusión análoga llegó la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵² en la sentencia de 2 de mayo de 2017, en la cual se accedió a las pretensiones reparatorias de quienes habían sido capturados y sometidos a detención preventiva, como presuntos autores del delito de rebelión, con base en el testimonio de un reinsertado de las FARC e informes de inteligencia militar que relataban su presunta colaboración con el grupo subversivo. Teniendo en cuenta que los informes de inteligencia no son un medio de convicción válido y que, en consecuencia, el material probatorio era insuficiente, la Sala concluyó que la autoridad judicial había inobservado los requisitos establecidos en la normativa procesal, por lo que se acreditaba una falla del servicio.

132. Concordante con lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia C-774 de 2001, respecto al artículo 356 de la Ley 600 de 2000, había señalado:

"No obstante, estima la Corte que, tal como se ha expresado en esta Providencia, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política

⁵¹ Consejo de Estado- Subsección "C" de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia del 14 de marzo de 2016 dentro del proceso radicado con el número interno 39684 y con ponencia del Consejero Guillermo Sánchez Luque

⁵² sentencia de 2 de mayo de 2017, número interno 40772. Así mismo, las sentencias de 16 de mayo de 2019, número interno 45438 y de 14 de julio de 2019, número interno 46800.

(debido proceso y presunción de inocencia), las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de las estrictas exigencias que determinan su legalidad. Estas reglas son de dos clases, a saber: los requisitos formales, es **decir, la obligación de su adopción mediante providencia interlocutoria que deberá contener: los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y los requisitos sustanciales consistentes en los indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.**
(...)

Por lo tanto, se condicionará la constitucionalidad del inciso 2º del artículo 356 del nuevo Código de Procedimiento Penal, bajo el entendido que, para la práctica de la detención preventiva, es necesario, el cabal cumplimiento de los requisitos formales señalados (los hechos que se investigan, su calificación jurídica y los elementos probatorios que sirvieron de fundamento para adoptar la medida), en armonía, con el requisito sustancial consiste en los indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso." (Negrilla fuera de texto).

133. Así las cosas, la medida de aseguramiento de la que fue víctima el señor ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, debía cumplir con el requisito plasmado en la norma, este es, que existieran por lo menos dos indicios graves que permitieran establecer la responsabilidad con fundamento en las pruebas debidamente recaudadas en el proceso. Por tanto, no puede esta Sala acoger el argumento esgrimido en la apelación por la Fiscalía General de la Nación, en razón a que, se profirió la medida de aseguramiento en contra del señalado demandante, sin las exigencias legales, es decir, sin la prueba idónea que soportara la necesidad de la decisión por la concurrencia de mínimo dos indicios graves para que fuera procedente.

134. En síntesis, el ente investigador no contaba con los dos indicios graves para imponer la medida de aseguramiento ya que, como se dejó enunciado, con las pruebas recaudadas en el proceso penal no era posible llegar, en ese momento procesal, a la conclusión de la comisión del delito por parte del señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, por cuanto el reconocimiento fotográfico y las declaraciones realizadas en la misión de trabajo, estuvieron acompañadas, ni siquiera, del cotejo entre la descripción dada por el denunciante y lo visto en la primera indagatoria.

135. Colorario de lo anterior, la Sala destaca que la libertad de una persona sólo puede restringirse por orden de autoridad competente, con el cumplimiento de las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley. De modo que, al presentarse una detención con fundamento en hechos vagos sobre la comisión de un delito o en la

valoración errónea de determinadas circunstancias, resulta forzosa la declaratoria de responsabilidad del Estado por la falla en el servicio presentada y la consecuente reparación de los perjuicios causados.

136. En definitiva, el ente acusador infringió sus deberes funcionales en el ejercicio de la acción penal, porque, se insiste, no examinó con el debido rigor las piezas procesales obrantes en el expediente, y en especial, no ordenó pruebas adicionales para establecer la supuesta relación del aquí demandante con grupos al margen de la ley, pues como como lo ha sostenido la jurisprudencia los informes de inteligencia no son prueba. En esa medida el Informe N° FGN-CTI-SAC-018 de 29 de enero de 2009 (Fls. 53-54), rendido por parte del Cuerpo Técnico de Investigaciones Seccional Boyacá – Casanare que catalogaba al señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ como integrante de las AUTODEFENSAS CAMPESINAS DE CASANARE BLOQUE ORIENTAL, CONTRAGUERRILLA "FRANCO 6 - CAZADOR -S" no podía tenerse como prueba contundente que demostrara su pertenencia a este grupo al margen de la ley y, en consecuencia, su posible participación en el ilícito que el denunciante Yury Andrey Vargas Holguín le atribuyó a los miembros de dicho grupo. Como si lo anterior no fuera suficiente, fue el mismo ALEXANDER GONZÁLEZ URBINA, en su declaración rendida en audiencia pública en el proceso quien dijo pertenecer a las Autodefensas Campesinas del Casanare en calidad de máximo jefe y negó contundentemente que JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ hiciera parte del grupo a su mando.

137. En ese estado las cosas, es posible afirmar que JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, no tenía la carga de soportar la privación de su derecho fundamental a la libertad, por cuanto en el trascurso del proceso penal, se logró desvirtuar que él no cometió el hecho denunciado, pues las razones que llevaron a iniciar el proceso penal por el presunto delito de secuestro simple, se derrumbaron cuando del reconocimiento físico, no fotográfico, el denunciante de manera contundente manifestó que no era la persona que lo retuvo y con el testimonio del comandante de las autodefensas, quien de manera determinante no lo reconoció como integrante de dicho grupo, hallando entonces el juzgador, que el valor de su inocencia se encontraba incólume, razón por la cual falló absolviéndolo.

138. Para la Sala, no cabe duda acerca de la posibilidad de imputar el daño padecido por el señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, a la Fiscalía General de la Nación, toda vez que dicho ente estatal, en ejercicio de sus funciones le impuso la medida de aseguramiento a través de providencia del 21 de noviembre de 2011. De conformidad con lo anterior, resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia hubiere sido

ajustado o contrario a derecho, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, será intrascendente –en todo sentido– que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse⁵³.

139. Además, encuentra la Sala pertinente precisar que las medidas preventivas correspondientes a la restricción de la libertad, gozan de un carácter excepcional, razón por la cual no es posible asegurar que sean una carga pública que todos los asociados estén en la obligación de soportar, más aún cuando, el Estado no logra desvirtuar la presunción de inocencia y se ve en la obligación de proferir un fallo absolutorio. En ese sentido el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, dentro del proceso con Rad. No. 52001-23-31-000-1996-07459-01 (23354), ha precisado:

*"El carácter eminentemente excepcional que tanto los compromisos internacionales asumidos por Colombia y las propias leyes de la República, como la Jurisprudencia nacional en diversos órdenes, que aquí se han relacionado y que de manera uniforme atribuyen e identifican como nota que debe acompañar necesariamente al instituto de **la detención preventiva** que respecto de un determinado individuo pueden decretar, en específicos supuestos, las autoridades judiciales competentes durante el curso de la investigación y/o del juicio penal, esa excepcionalidad –se itera– pone de relieve, por sí misma, que dicho instituto –en tanto excepcional– **de ninguna manera podría considerarse entonces y menos podría llegar a convertirse en una carga generalizada que todo individuo tuviere que soportar por el solo hecho de vivir en sociedad, cuestión que evidencia, de manera palmaria, la antijuridicidad del daño que se irroga a quien se le impone dicha carga a pesar de que posteriormente se le releva de responsabilidad penal.(...)"***
(Negrilla de la Sala)

140. En conclusión, el daño antijurídico se encuentra demostrado, puesto que el señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, fue privado de su libertad desde el 16 de noviembre de 2011 hasta el 12 de junio de 2012, fecha esta última en la que se le concedió la libertad. Además, quedó demostrada la imputación del daño antijurídico en cabeza de la Fiscalía General de la Nación por su actuación irregular en la primera etapa del proceso penal que llevó a proferir en contra del mencionado ciudadano esa medida de aseguramiento, sin el lleno de los requisitos legales. En ese orden de ideas, los demandantes padecieron una lesión o afectación a diversos bienes, derechos e intereses legítimos que no estaban en la obligación de soportar porque el ordenamiento jurídico no se los imponía.

⁵³ Los anteriores planteamientos han sido expuestos por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado frente a casos similares al presente, tal como quedó consignado en las sentencias proferidas el 12 y 26 de mayo de 2011, expedientes 20.665 y 18.895, respectivamente, reiteradas, en forma reciente, en proveído de 21 de marzo de 2012, exp. 40.455.

141. Además de reunirse todos los elementos configurantes de responsabilidad, la Sala precisa que dentro del proceso no se encuentra demostrado el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, contemplado en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, toda vez que no se evidencia ninguna conducta por su parte que haya contribuido a la producción del daño. Por el contrario, debido a la declaración del jefe de las Autodefensas Unidas de Casanare se corroboró que el señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, no hacía parte de ese grupo. Adicionalmente no existe ninguna prueba que demuestre su participación en los hechos narrados en la denuncia realizada por el señor YURY ANDREY VARGAS HOLGUÍN, en cuanto al secuestro de que fue objeto, manteniéndose incólume su presunción de inocencia frente a los mismos. En consecuencia, el daño que él padeció al igual que sus familiares consanguíneos, como consecuencia del actuar irregular de la Fiscalía General de la Nación, fue antijurídico y con esa connotación debe ser reparado. En virtud de todo lo hasta aquí enunciado se impone la confirmación de la sentencia apelada respecto de la declaratoria de responsabilidad.

142. No obstante lo anterior, la Sala advierte que si bien la parte recurrente, Fiscalía General de la Nación, en su escrito de apelación dirigió la formulación de los cargos respecto al juicio de responsabilidad, sin puntualizar sobre la tasación de perjuicios, esta instancia precisa que en los términos de la jurisprudencia del 9 de febrero de 2012 la Sección Tercera del Consejo de Estado- ponencia de la Consejera RUTH STELLA CORREA PALACIO- radicado 0500123266000199402321-01 (20.104), en Sala Plena⁵⁴, señaló que el juez de segunda instancia está facultado para modificar o corregir lo relativo a las condenas por perjuicios morales, materiales o cualquiera otro, aunque el objeto del recurso de apelación interpuesto por quien apela sea que se revoque integralmente la sentencia de primera instancia, destacando para el efecto el siguiente aparte:

*“(…) 3.2.2.3.6. En la lógica más elemental, **“el que puede lo más puede lo menos”, lo que en términos jurídicos y en relación con el asunto que aquí se trata** significa que, si el juez adquiere competencia para resolver un aspecto global de la controversia, por haber sido objeto del recurso, tiene igualmente la atribución para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único.*

Lo dicho constituye una reafirmación de la regla general deducida por la Sala, conforme a la cual la competencia del juez de segunda instancia está limitada a los aspectos que señale el recurrente, pero es además,

⁵⁴ Posición retomada en la Sentencia – sección tercera- del 18 de febrero de 2016- radicado 25000-23-26-000-2002-02367-01(33553)- Ponencia DANILO ROJAS BETANCOURTH

*una precisión sobre los límites de esa competencia, **que no pueden quedar reducidos únicamente a la revisión de las razones señaladas por el recurrente, con omisión del deber constitucional del juez de aplicar la ley y, en todo caso, de atender el propio interés del apelante, que si bien en principio está dirigido a obtener la satisfacción plena de su pretensión, abarca en todo caso cualquier reforma que le resulte favorable a sus intereses.***(...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

143. En atención al criterio indicado en precedencia que permite al Ad-quem, modificar lo relativo a las condenas por perjuicios morales, materiales o cualquiera otro, aunque el objeto del recurso de apelación interpuesto por quien apela sea revocar integralmente la sentencia de primera instancia, como acontece en el caso objeto de estudio, esta instancia con mayor razón, no puede pasar por alto que la Sala Plena de la Sección Tercera del órgano de cierre, con el fin de unificar la jurisprudencia en materia de reconocimiento y liquidación de perjuicios materiales por daño emergente y lucro cesante en los casos de privación injusta de la libertad, profirió la sentencia del 18 de julio de 2019⁵⁵, a través de la cual se indicaron los criterios que serán aplicables a los eventos en los cuales le corresponda al juzgador determinar la existencia y el monto de perjuicios materiales de la misma clase.

144. En efecto, los cambios jurisprudenciales contenidos en decisiones de unificación, son de aplicación preferente judicial y su fuerza vinculante son entendidos, como el producto de la funcionalidad del cargo del juez, puesto que son los operadores judiciales quienes de primera mano se ven abocados a la interpretación del texto jurídico unificado, aplicable al momento de proferir la decisión.

145. En desarrollo del artículo 103 de la Constitución Política, se consolidó la función de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado a fin de garantizar la seguridad jurídica, la coherencia e igualdad en los asuntos administrativos. El artículo 270 del CPACA preceptúa:

*"Para los efectos de este Código **se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencia/ las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia;** las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009."* (Resaltado fuera de texto)

146. A su vez, el artículo 10 de esta misma codificación estableció:

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA- Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA - dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019)- Radicación: **73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572)**- Actores: **Orlando Correa Salazar y otros** - Demandado: **Nación –Rama Judicial y otros** -Referencia: Acción de reparación directa

"Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de **manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos**. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas" (Resaltado fuera de texto)

147. La Corte Constitucional en sentencia C-634 de 24 de agosto de 2011, al examinar la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, dijo sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia:

"El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, **bien sea** constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, **sino** que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante."

148. Postura sostenida de tiempo atrás cuando la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 15 de julio de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, dijo sobre la función de unificación del Consejo de Estado:

"A juicio de la Corte, la facultad de revisión eventual por parte del Consejo de Estado es compatible con la condición de ese órgano como Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso administrativa, reconocida en el artículo 237-1 de la Carta Política. **En efecto, su condición de Tribunal Supremo se proyecta, en esencia, desde una perspectiva de orden sistémico para integrar y unificar la jurisprudencia en lo que concierne a dicha jurisdicción, en el marco de la Constitución** y la ley y con la precisión que más adelante se hace en cuanto a la procedencia de la tutela contra sus decisiones." (Negrilla fuera de texto).

149. A su turno, el Consejo de Estado, ha señalado que los cambios jurisprudenciales que posteriormente se consolidan en las sentencias de unificación, tienen aplicación preferente, por ser providencias que fijan reglas de interpretación sobre puntos de discusión del Derecho que las hacen de obligatoria observancia, tanto para las autoridades de carácter administrativo como para los operadores judiciales, por lo que la finalidad de este recurso es "asegurar la unidad de la interpretación del Derecho, su aplicación uniforme y

garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida"⁵⁶.

150. En ese sentido, la función unificadora del Consejo de Estado otorga efectos relevantes y reconoce el carácter vinculante a la jurisprudencia de unificación dentro de la estructura normativa⁵⁷. Estas decisiones se constituyen en norma nueva que pasa a integrar el ordenamiento jurídico, ya que se ocupa de la interpretación de la ley formalmente considerada con miras a su aplicación obligatoria o vinculante; así las cosas, la función de expedirlas y sus efectos ⁵⁸ se convierten en una regla de reconocimiento.

151. En consecuencia, esta instancia atendiendo los parámetros de la jurisprudencia del órgano de cierre y especialmente de las reglas fijadas con la SU 18 de julio de 2019, considera que, aunque la decisión de primera instancia se ajustó con el criterio jurisprudencial vigente al momento de proferir el fallo de primera instancia, (01 de abril de 2019), esta Sala no puede pasar por alto la obligatoriedad en el cumplimiento de las decisiones de unificación como fue expuesto en precedencia, por lo que en aplicación a las modificaciones del reconocimiento en materia de perjuicio material en la modalidad de lucro cesante, es procedente atender los lineamientos allí consignados y que modifican la decisión de primera instancia.

152. En la parte resolutive de la providencia del 18 de julio de 2019 que unificó la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en materia de indemnización del perjuicio material tanto en la modalidad de lucro cesante, como daño emergente, solicitados por quien fue privado injustamente de la libertad y su familia, se establecieron las siguientes reglas:

"Respecto del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales"

- i) Se reconoce el daño emergente por pago de honorarios profesionales únicamente en favor del demandante que lo haya solicitado como pretensión indemnizatoria de la demanda y pruebe que fue quien efectuó ese pago.
- ii) Se reconoce si se prueba que el abogado que recibió el pago por concepto de honorarios profesionales fungió en el asunto penal como apoderado del afectado directo con la medida de aseguramiento.

⁵⁶ CE - Sentencia, 1001032800020160006000, Jul. 27/17

⁵⁷ Sentencia citada del 27-07-2017, Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00060-00.

⁵⁸ Artículos 10, 102, 258, 269 y 273 del CPACA.

- iii) **La factura –o documento equivalente (artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario)- acompañada de la prueba de su pago,** expedidos ambos por el abogado que asumió la defensa penal del afectado directo con la medida de aseguramiento, **será la prueba idónea del pago** por concepto de honorarios profesionales.
- iv) La indemnización del daño emergente correspondiente al pago de honorarios profesionales se hará por el valor registrado en la factura o documento equivalente (artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario) y en la prueba del pago. De no coincidir los valores consignados en la factura o documento equivalente y en la prueba del pago, se reconocerá por este concepto el menor de tales valores.

Respecto del lucro cesante

- i) Se reconoce el lucro cesante en favor de la persona privada injustamente de la libertad, siempre que se solicite de manera expresa por la parte demandante, de modo que no procederá ningún reconocimiento oficioso al respecto.

Para hacer tal reconocimiento debe haber **prueba suficiente que acredite que, con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos.** Cuando quien se haya visto privado injustamente de su libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, tendrá derecho a que se le indemnice el lucro cesante, conforme a los términos y condiciones consignados en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017, proferida dentro del proceso con radicación 50001-23-31-000-2000-372-01 (33.945).

- ii) **La liquidación del lucro cesante, que –se insiste- deberá solicitarse en la demanda-, comprenderá el valor de los ingresos ciertos que, de no haberse producido la privación de la libertad, hubiera percibido la víctima durante el tiempo que duró la detención y, además, podrá comprender, si –se insiste también- se solicita en la demanda, el valor de los ingresos que se acredite suficientemente que hubiera percibido la víctima después de recuperar su libertad y que se frustraron con ocasión de la pérdida de ésta.**
- iii) **El ingreso base para la liquidación será el que se pruebe de manera fehaciente** que percibía el afectado directo con la medida de aseguramiento.
- iv) **De no probarse el ingreso, pero sí el desempeño de una actividad productiva lícita, la liquidación se hará con sustento en el salario mínimo legal vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa.** Igual se hará en el caso del ama de casa o de la persona encargada del cuidado del hogar, conforme a los términos y condiciones consignados en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017, proferida dentro del proceso con radicación 50001-23-31-000-2000-372-01 (33.945).

- v) **El ingreso base para la liquidación del lucro cesante se incrementará en un 25% por concepto de prestaciones sociales, sólo si: a) se pide como pretensión de la demanda y b) se acredita suficientemente la existencia de una relación laboral subordinada al tiempo de la detención”** (Negrilla y subrayado del texto original)

153. Ahora bien, en la parte motiva de la providencia del 18 de julio de 2019 y respecto del reconocimiento y tasación del lucro cesante, las reglas fijadas fueron las siguientes:

- ✓ Por concepto de lucro cesante sólo se puede conceder lo que se pida en la demanda, de forma tal que no puede hacerse ningún reconocimiento oficioso por parte del juez de la reparación directa; así, lo que no se pida en la demanda no puede ser objeto de reconocimiento alguno y deber ser lo que se pruebe fehacientemente que devengaba la víctima al tiempo de su detención, proveniente del ejercicio de la actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos.
- ✓ El período indemnizable, para la liquidación del lucro cesante, en los eventos de privación injusta de la libertad, será el tiempo que duró la detención, es decir, el período que transcurrió desde cuando se materializó la orden de detención con la captura o la aprehensión física del afectado con la medida de aseguramiento y hasta cuando éste recobró materialmente la libertad o quedó ejecutoriada la providencia que puso fin a la actuación penal contra el investigado o sindicado, lo último que ocurra, desapareciendo el lapso de 8.75 meses como tiempo para conseguir nuevamente un trabajo.
- ✓ Se puede reconocer un incremento del 25% al ingreso base de liquidación, por concepto de prestaciones sociales⁵⁹, siempre que: i) así se pida en la demanda y ii) se pruebe suficientemente que el afectado con la medida trabajaba como empleado al tiempo de la detención, pues las pretensiones sociales son beneficios que operaran con ocasión de una relación laboral subordinada⁶⁰.
- ✓ No se reconoce el incremento en mención cuando el afectado directo con la medida de aseguramiento sea un trabajador independiente, por cuanto, se insiste, las prestaciones sociales constituyen una prerrogativa en favor de quienes tienen una relación laboral subordinada, al paso que los no asalariados carecen por completo de ellas.

⁵⁹ De las prestaciones trata el Código Sustantivo del Trabajo (capítulos VIII y IX) y están concebidas como beneficios legales que el empleador debe pagar a sus trabajadores, adicionalmente al salario ordinario, para atender necesidades o cubrir riesgos originados durante el desarrollo de la actividad laboral.

⁶⁰ La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, precisó que las prestaciones sociales solo se causan en virtud de la existencia de un contrato de trabajo subordinado y que a ellas no tienen derecho quienes desarrollan una actividad como independientes; al respecto, dijo:

“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente”.

154. Por lo anterior, se procede a revisar la liquidación de los perjuicios reconocidos en la sentencia objeto de apelación, encontrando que la tasación de perjuicios morales adoptados en la decisión de primera instancia se ajustó a las pruebas allegadas especialmente la pericial para validar tales conceptos, concordantes con la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, recogiendo los pronunciamientos sobre los distintos escenarios en que deben reconocerse perjuicios inmateriales, en casos de privación injusta de la libertad, reiteró los argumentos de la sentencia de unificación de la Sala Plena de la misma sección de 28 de agosto de 2013⁶¹.

155. Ahora bien, respecto del reconocimiento de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, se reitera la decisión de primera instancia se ajusto con el criterio jurisprudencial vigente, respecto a reconocer 8.75 meses adicionales a los 6 meses y 26 días; sin embargo como fue ampliamente argumentado, la Sala realizará la modificación de dicho valor en atención a la jurisprudencia de unificación de aplicación preferente y teniendo en cuenta que en el proceso está plenamente demostrado señor JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, estuvo privado de la libertad efectivamente seis (6) meses y veintiséis (26) días, por lo que no es procedente reconocer los 8.75 meses indicados en la sentencia de primera instancia como lapso en el que volvería a conseguir trabajo, en atención a las reglas de la SU del 18 de julio de 2019.

156. De igual manera se encuentra acreditado que JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ, se desempeñaba una actividad productiva al momento de su detención, como trabajador dependiente de la empresa Human Staff (ff. 67 a 71), en la cual devengaba para el 2011 un sueldo de \$ 548.000, valor acreditado no solo con la certificación laboral, sino con los comprobantes de pago de nómina y el certificado de ingresos y retenciones.

157. En consecuencia el pago de la cantidad líquida de dinero, se actualizará, aplicando la fórmula matemática empleada para ello por el Consejo de Estado en la SU del 18 de julio de 2019, esto es $R_a = R_h \text{ índice final} / \text{Índice inicial}$.

158. Donde (Rh) es igual a la renta histórica, esto es, el salario devengado por JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ para el 2011, esto es \$ 548.000.000, multiplicada por la cifra que resulte de dividir el índice de precios al consumidor del mes anterior al de esta sentencia por el índice de precios al consumidor vigente al momento de la detención, así:

⁶¹ Sentencia 1996-00659 de agosto 28 de 2013- Radicación: 05001233100019960065901- Demandante: R.D.S.A. y otros- Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otros

Índice final – agosto/2020 (104.96)⁶²
Ra = \$ 548.000 -----
Índice inicial – noviembre/2011 (75.87)⁶³

Ra: \$ 758.113,62

159. Como puede apreciarse, el valor devengado para la fecha de la captura, debidamente actualizado, resulta inferior al salario mínimo mensual vigente en la actualidad, que se encuentra establecido en **\$ 980.657**⁶⁴, razón por la cual será este último monto el que tenga en cuenta como ingreso base de liquidación, para efectos del reconocimiento de lucro cesante a favor del señor **JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ**, suma a la cual se le **debe agregar el 25% por concepto de prestaciones sociales** al encontrarse probada la relación laboral subordinada, que arroja un valor de **\$ 1.225.821**.

160. Al anterior valor, no se le descontará un 25% por concepto de gastos de subsistencia debido a que dicha sustracción solo procedente, únicamente en los casos donde la víctima fallece⁶⁵.

161. De conformidad con lo anterior, se tomará la suma de **\$ 1.225.821**, como ingreso base de liquidación del lucro cesante a reconocerse a favor del señor **JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ** y se multiplicará por el laso privado de la libertad esto es **seis (6) meses y veintiséis (26) días** (equivalente a 6.86 meses), aplicando la siguiente formula:

$$S = \frac{Ra (1 + i)^n - 1}{i}$$

S	Es la indemnización a obtener
Ra	Es la renta actualizada, que equivale a \$ 1.225.821
i	Interés puro o técnico: 0,004867
n	Número de meses que comprende el periodo indemnizable: desde la fecha de ocurrencia del hecho (16/11/2011) hasta la fecha de la libertad (12/06/2012). Estos es 6.86 meses - 1

S: \$ 1.225.821 x 6.96

S: \$ 8.529.998.

⁶² <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/indice-precios-consumidor-ipc>
⁶³ <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/indice-precios-consumidor-ipc>
⁶⁴ <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/salarios>
⁶⁵ Henao, Juan Carlos. El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés. Universidad Externado, 2007, p. 311: "(...) En estos eventos [lesiones corporales] el hecho dañino, a diferencia de la hipótesis anterior, no genera la muerte de la persona. La víctima sobrevive al hecho dañino. Su daño consistirá en los gastos que se tuvieron que realizar a raíz del hecho dañino, en la medida de la capacidad laboral producida y, naturalmente, en los daños inmateriales que se hayan generado. Es entonces apenas natural que no se deban deducir los gastos de propia subsistencia que lógicamente se descuentan en caso de muerte de personas⁶⁵. (...) "(Subraya fuera del texto original)

Total de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante:
Ocho millones quinientos veintinueve mil novecientos noventa y ocho pesos.

CONDENA EN COSTAS

162. En virtud de lo preceptuado en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, así como el criterio adoptado por el Consejo de Estado frente a la imposición de la condena en costas, que a pesar de ser objetivo se le califica de “valorativo”⁶⁶, la Sala condenará en costas a la parte demandada, por confirmarse la providencia apelada, sin perjuicio o desconocimiento que la decisión acá adoptada únicamente modificó el numeral cuarto que no fue objeto del recurso y cuya finalidad es dar precisión y aplicación a la sentencia de unificación SU – del 18 de julio de 2019, y por cuanto en el expediente aparece que se causaron, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P. Su liquidación, incluyendo las agencias en derecho, deberá ser llevada a cabo por la primera instancia una vez quede en firme esta providencia, siguiendo lo dispuesto en el artículo 366 del CGP⁶⁷.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 4° de la sentencia proferida el 01 de abril de 2019 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Tunja, el cual quedará así:

“CUARTO.- CONDENAR a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar al señor **JHON ALEXANDER MARULANDA SÁNCHEZ**, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de LUCRO CESANTE, la suma de Ocho millones quinientos veintinueve mil novecientos noventa y ocho pesos (\$8.529.998, conforme a la SU del 18 de julio de 2019).

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la Fiscalía General de la Nación y a favor de la parte demandante, conforme a lo expuesto en precedencia.

⁶⁶ CE 2A, 7 Abr. 2016, e13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-2014), W. Hernández.

⁶⁷ Sobre la etapa procesal y la forma de liquidar las costas, incluyendo las agencias en derecho, ver: TAB, 22 May. 2018, e150013333013201300095-01, F. Afanador

Por Secretaría del despacho de primera instancia, procédase a la liquidación correspondiente e inclúyanse las agencias en derecho, siguiendo lo establecido en el artículo 366 *ídem*.

CUARTO: Notifica da la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el sistema de información de la Rama Judicial.

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado



ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado