|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420180008800** |
| DEMANDANTE | **LIBARDO PEÑALOZA En nombre propio y en representación de MICHAEL ANDRES PEÑALOZA ACOSTA; FLOR ALBA PEÑALOZA FRANCO, DIANA MARISELI NEIRA GALINDO, JOHANA CAROLINA PEÑALOZA FRANCO, MARTHA YASMIN FRANCO PEÑALOZA** |
| DEMANDADO | **NACIÓN - RAMA JUDICICIAL - FISCALIA GENERAL DE LA NACION** |
| MEDIO DE CONTROL | **REPARACIÓN DIRECTA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** iniciado por **LIBARDO PEÑALOZA En nombre propio y en representación de MICHAEL ANDRES PEÑALOZA ACOSTA; FLOR ALBA PEÑALOZA FRANCO, DIANA MARISELI NEIRA GALINDO, JOHANA CAROLINA PEÑALOZA FRANCO, MARTHA YASMIN FRANCO PEÑALOZA** contra la **NACIÓN - FISCALIA GENERAL DE LA NACION.**

* 1. **ANTECEDENTES:**
	2. **LA DEMANDA**
		1. **PRETENSIONES**

*“(…)* ***PRIMERA.-*** *Que se declare Civil, Administrativa y Patrimonialmente responsables a la NACION - (RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO - DEPARTAMENTO EJECUTIVO DE ADMINISTRACION JUDICIAL, y FISCALIA GENERAL DE LA NACION) por la privación injusta de la libertad, de que fue objeto el señor LIBARDO PEÑALOZA, por espacio de 367 (Trescientos Sesenta y Siete) días, equivalentes a Un (01) años, Dos (02) días, periodo comprendido entre el 01 de Septiembre de 2012 fecha en la cual, efectivos de la Policía Nacional lo capturaron y dejaron a disposición de la Fiscalía Cuarta, que había ordenado dicha medida, hasta el 04 de septiembre de 2013, en la cual le fue concedida su libertad de forma provisional.*

*Que en cumplimiento de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Girardot Cundinamarca el 14 de septiembre de 2016 mediante la cual dicho despacho después de un análisis jurídico probatorio considero que el material probatorio recaudado no demostró que el señor LIBARDO PEÑALOZA fuera responsable del delito endilgado por la Fiscalía General de la Nación, por el cual ABSOLVIO a mi poderdante; proceso adelantado bajos los lineamientos de la ley 600 de 2000.*

***SEGUNDA.-*** *Como consecuencia de la anterior declaración condénese a la NACIÓN, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y RAMA JUDICIAL a pagar a cada uno de los actores a título de perjuicios morales y patrimoniales, el equivalente en salarios mínimos mensuales legales vigentes o conforme a lo que resulte probado dentro de la foliatura a la fecha de ejecutoria de la sentencia ejecutoriada.*

***TERCERA.-*** *La NACIÓN, - FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN y RAMA JUDICIAL dará cumplimiento y adoptara las medidas necesarias para su cumplimiento, dentro de los términos establecidos en el Artículo 195° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

***CUARTA.-*** *Se condene en costas y gastos del proceso a las partes demandadas. (…)”*

* + 1. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:
			1. El señor LIBARDO PEÑALOZA nació fruto de la unión entre la señora FLOR ALBA PEÑALOZA y GERARDO ROZO.
			2. El señor LIBARDO PEÑALOZA tiene como hermanas a las señoras JOHANA CAROLINA PEÑALOZA FRANCO y MARTHA YAZMIN FRANCO PEÑALOZA
			3. El señor LIBARDO PEÑALOZA, sostuvo una relación sentimental de la cual nació el menor MICHAEL ANDRES PEÑALOZA ACOSTA
			4. El señor LIBARDO PEÑALOZA, actualmente mantiene una relación, desde hace más de nueve (09) años con la señora DIANA MARISELI NEIRA GALINDO
			5. E 24 de julio de 2012 la FISCALIA CUARTA (04) Especializada de la Unidad Especializada Contra Delitos de Desplazamiento y Desaparición Forzada radicado No. 46611/27 dispuso la apertura de instrucción, en su calidad de miliciano del frente 42 de las FARC; ordenando la vinculación del actor mediante diligencia de indagatoria, en vigencia de la ley 600 de 2000
			6. Para el 31 de agosto de 2012 cuando regresaba de su lugar de trabajo, miembros de la Policía Nacional hicieron efectiva la orden de captura impartida por la Fiscalía Cuarta (04) Especializada UNCDES.
			7. El 01 de septiembre la Doctora Claudia Teresa Cáceres Bohórquez, Fiscal de Apoyo de la Fiscalía Cuarta (04) legalizó la captura y solicitó mantener en custodia transitoria hasta el día lunes 03 de septiembre, con el fin de ser escuchado en diligencia de indagatoria, en vigencia de la ley 600 de 2000
			8. El 03 de septiembre la FISCALIA CUARTA (04) Especializada UNCDES, resolvió situación jurídica, imponiendo medida de aseguramiento detención preventiva en establecimiento carcelario; orden de captura No. 0018568, en vigencia de la ley 600 de 2000 que facultaba a dicha entidad para tomar tales determinaciones y proferir órdenes de captura de forma autónoma
			9. El 03 de septiembre de 2012 fue escuchado en diligencia de indagatoria, se resolvió situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, en la penitenciaria la PICOTA, sin beneficio de libertad
			10. El día 24 de abril de 2013, el señor LIBARDO PEÑALOZA celebró contrato de prestación de servicios defensa judicial por la suma de Once Millones de pesos ($11.000.000)
			11. El 01 de octubre de 2013 se llevó a cabo audiencia preparatoria ante el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE GIRARDOT CUNDINAMARCA
			12. Se efectuó audiencia pública de juzgamiento en sesiones del 28 de noviembre de 2013; 14 de mayo de 2014; 05 de agosto de 2014; 30 de septiembre de 2014 y 04 de febrero de 2016
			13. Mediante providencia de fecha 14 de septiembre de 2016 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Girardot - Cundinamarca resolvió ABSOLVER a LIBARDO PEÑALOZA, de los cargos imputados por la Fiscalía; señalando que:

*"así las cosas, de los medios de convicción aducidas durante el trámite procesal a saber, concretamente las circunscritas a la indagatoria del sindicado y a las exposiciones suministradas por los testigos del hecho, es posible determinar que sus exposiciones son concordantes en afirmar que el procesado no tenía conocimiento del hecho y dada su posición en el grupo subversivo no tenía posibilidad de intervenir en las ejecuciones de las conductas punibles que condujeron a la desaparición y muerte de HERNANDO CASTAÑO CASTAÑO”*

* + - 1. La sentencia quedó ejecutoriada el 12 de octubre de 2016.
	1. **LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

El apoderado de la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** dijo:

*“Señor Juez, me opongo a todas y cada una de las pretensiones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda, en razón a que mi representada actuó en cumplimiento del deber legal que le es propio y conforme a las leyes prexistentes para la época de los hechos*

*Mi representada obra judicialmente, a petición de parte o de oficio o mediante denuncia, querella le corresponde investigar y acusar a los presuntos infractores de la ley ante los funcionarios competentes dentro del ámbito constitucional y legal que le corresponda como lo realizo en el presente, en consecuencia no es posible que por cumplir con las funciones impuestas en la ley y la constitución y que por ese cumplimiento hoy tenga la fiscalía que indemnizar los presuntos perjuicios a título de imputación del daño especial.*

*De otro lado, el demandante No acredita el daño o falla der servicio por parte del estado - la Fiscalía General de la Nación, para que prosperen las condenas y pretensiones de la demanda”*

Propuso como **EXCEPCIONES** las siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| **TITULO** | **CONTENIDO** |
| **INEXISTENCIA DE ERROR JUDICIAL** | Señala el Consejo de Estado que, cuando el juez al ejercer el núcleo central de la actividad jurisdiccional, esto es, al proferir su sentencia, invoca a manera de fundamentación de la decisión una determinada interpretación o argumentación con base en principios y valores consagrados en la Constitución, sin que aquélla aparezca por lo menos como razonable dentro del contexto fáctico del caso concreto sometido a su conocimiento, incurre en error judicial, si la pretendida fundamentación de la decisión no guarda compatibilidad alguna con la hipótesis fáctica que los hechos probados que muestran en la instancia.Indica también que, la labor de interpretación jurisdiccional, si bien por naturaleza supone un grado amplio de autonomía para el juzgador, en la medida en que el operador jurídico puede optar por varias lecturas interpretativas del caso concreto, siempre y cuando, se reitera, guarden armonía y compatibilidad con los hechos y con el derecho aplicable a una determinada situación; esa manifestación de la autonomía jurisdiccional, no puede servir de justificación a una determinada decisión, cuando aparece objetivamente que la invocación de una doctrina constitucional, resulta perfectamente inadecuada o incompatible frente a la realidad de los hechos acreditados.Se precisa señalar que la protección consagrada en el artículo 28 de la Constitución Política no es absoluta o irrestricta, pues constitucional y legalmente es viable la pérdida de la libertad en los casos y con las formalidades previstas en el ordenamiento legal, como es en el caso de la figuras denominadas CAPTURA y MEDIDA DE ASEGURAMIENTO CONSISTENTE EN DETENCIÓN PREVENTIVA, que han sido establecidas como mecanismos apropiados y justificados para asegurar la comparecencia de la persona ante el respectivo investigador y de esta manera evitar que se entorpezca su labor.No podía pedírsele al Ente Instructor, que definiera de una vez por todas, todo el sentido de la investigación, de tal suerte que la medida de aseguramiento como instrumento provisional, previo a una decisión de fondo no sería procedente, aun cuando, así está estatuido, precisamente cuando hay criterios fijados por la ley por la gravedad de la conducta que se le endilgaba.Por lo anterior, la privación de la libertad no se tornó injusta y en consecuencia, no podemos predicar en este caso, que la misma deba entenderse como ERROR JUDICIAL que deba ser reparado por el Estado y de manera particular en este caso, por la Fiscalía General de la Nación.La FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, obró de conformidad con la obligación y funciones establecidas en el Artículo 250 de la Carta Política; las disposiciones legales, del Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación y las disposiciones tanto sustanciales como procedimentales penales vigentes para la época de los .De conformidad con lo anterior, en el presente proceso es evidente que la Fiscalía General de la Nación privó de la libertad al señor ADOLFO GUTIERREZ MALAVER de manera proporcionada y razonada, y la actuación de la Entidad se ajustó a derecho, además tiene la obligación constitucional de asegurar la comparecencia de los presuntos infractores y para el cumplimiento de la misma debe desplegar la actividad conducente, apegándose en todo momento, a lo dispuesto en los códigos en materia de derecho de defensa, debido proceso y demás garantías de los procesados.Esta competencia legal y constitucionalmente atribuida a la Fiscalía General de la Nación, constituye la expresión de la función jurisdiccional del Estado y fue precisamente en ejercicio de esta atribución que la Fiscalía General de la Nación a través de la Fiscalía de conocimiento y con fundamento en pruebas legalmente aportadas, dio inicio a la correspondiente investigación penal, vinculando al demandante.De conformidad con lo expuesto solicito al señor Juez negar la totalidad de las pretensiones de la demanda. |

* 1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**
		1. El apoderado de la parte **DEMANDANTE** manifiesta que “*él se encontraba dentro de un programa de PPR (Programa para Persona en Proceso de Reintegración) perjudicándolo en su camino a la reintegración a la sociedad, en el momento de la detención injusta del señor PEÑALZOA se vio afectado porque se encontraba laborando en el empresa CORPOACERO, del cual derivaba sustento y el de su grupo familiar y no solo, impidiendo su avance en la ruta de la reintegración.*

*De la misma forma quiero traer a colación lo que significa la palabra “miliciano” que son aquellas personas que suelen sumarse de forma voluntaria, en este caso a la guerrilla, y no recibir ningún pago o beneficio y que ingresaban a la guerrilla más por defender una causa.*

*De otro lado el grupo familiar del señor PEÑALOZA que era el motor fundamental en su reintegración se vio afectado de manera directa a la privación injusta a la que se vio sometido mi poderdante con ocasión de la importancia del grupo familiar en los procesos de reintegración.*

*En el presente caso se puede afirmar que el señor LIBARDO PEÑALOZA no debía soportar la acción de injusticia, porque es obvio como quedó señalado anteriormente que contra él no existía una vinculación respaldada por indicios y por testimonios que se desprende del razonamiento jurídico del juez que resolvió su detención, lo cierto es que con la investigación penal se le imputaron unos cargos con fundamento en unas pruebas e indicios que a la poste culminaron con una cesación del procedimiento penal, porque de acuerdo al artículo 338 del C. de P.P para que se dicte medida de aseguramiento se requiere que en contra del sindicado resultara por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas producidas en el proceso y esto es justamente lo que aconteció en el caso de estudio, lo que más tarde fue valorada por el juez y bajo circunstancias que permitieron la cesación del procedimiento. es cierto sin lugar a duda que la detención injusta del señor LIBARDO PEÑALOZA le causaron un daño irreparable a él y a su familia, imputable por demás a la Administración de Justicia, en este caso, a la Fiscalía General de la Nación. agréguese a lo anterior que lo común, lo esperable y comprensible que los seres humanos deben sentir tristeza, depresión, angustia y miedo y otras afecciones cuando se produce la muerte de una persona; así mismo la tasación de este perjuicio de carácter extrapatrimonial dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, para lo cual corresponde al juzgador quien con fundamento en su prudente juicio debe establecer en la situación concreta el valor que corresponda para cuyo propósito debe tener en cuenta la naturaleza y la gravedad de la aflicción, de sus secuelas de conformidad de lo que se encuentra demostrado en el proceso. Es por lo anteriormente manifestado, aportado y que figura en el proceso ruego a usted su señoría acceder a las pretensiones de la demanda y se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación y Fiscalía General de la Nación.”*

* + 1. El apoderado de la demandada **NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION** señaló: *“Estando en esta etapa del proceso me permito solicitar a la señora juez despachar desfavorablemente todas las pretensiones de la demanda amparada en que no se demostró dentro de este caso el daño antijurídico, imputable a mi representada.*

*De la génesis de los hechos que dieron origen al proceso penal llevado contra LIBARDO PEÑALOZA por los presuntos delitos de desaparición forzada, homicidio en persona protegida se realizó amparada en un derecho de petición de la UNG y los testimonios de los señores JOSE SANTOS MONTAÑEZ y otro, quien para la época de los hechos que fue el 13 de marzo de 1999 en la Inspección de San Gabriel Municipio de Cundinamarca, comparecen dos personas de nombre ISRAEL IBAÑEZ alias “CHICHARRON” y ADEMAS GARZA alias “GANZO”, que pertenecieran al frente 42 de las Fuerzas Revolucionarias de Colombia FARC, las cuales procedieron a comentar que HERNANDO CASTAÑO CASTAÑO había sido aprehendido y entregado al “NEGRO ANTONIO” alias, comandante del frente revolucionario, quien los mantuvo amarrado por espacio de tres días con el fin de obtener información hasta que fue ejecutado.*

*La Fiscalía Delegada contaba con dos testimonios, el de JOSE SANTOS MONTAÑEZ, persona condenada por estos mismos hechos en otro proceso penal agregó que en el campamento donde se tuvo al señor HERNANDO CASTAÑO CASTAÑO se encontraba el señor LIBARDO PEÑALOZA alias “EL PULPO”, persona que intervino y que acompaño a alias “NEGRO” por espacio de tres días, igualmente rindió testimonio la señora MARIA HILDA GOMEZ, conyugue del señor CASTAÑO CASTAÑO, quien expresó que el día de los hechos su esposo regreso a las 10 de la noche y que lo escuchó hablar en la parte externa de la casa sin que jamás hubiese entrado, días después se encontró con “CHICHARRON” quien al preguntarle por su esposo se quedó callado y luego le dijo que por orden del patrón “EL NEGRO ANTONIO” el señor CASTAÑO CASTAÑO había sido privado de la libertad, rato después fueron encontrado los restos óseos que fueron sometidos al proceso de identidad, es decir que la conducta del homicidio se encontraba perpetuada. Para la FISCALIA GENERAL DE LA NACION poder emitir una medida de aseguramiento debe contar con mínimo dos índicos graves de responsabilidad para decretar una medida de aseguramiento.*

*Conforme a lo anterior y en aplicación del artículo 356 de la ley 600 del 2000, ley aplicable para el caso, mediaban ya entonces los medios de prueba y los indicios graves de responsabilidad para decretar una medida de aseguramiento contra el aquí demandante por los delitos de Desaparición Forzada y Homicidio en Persona. Además señaló que las personas que intervienen en la aprehensión y el traslado de la víctima, entre estos, el demandante, es decir que las conductas de desaparición y homicidio se producían en manos de un grupo revolucionario FARC 42.*

*Igualmente como fue acreditado dentro del proceso penal el demandante no negó en ningún momento que no conociese los hechos, al contrario dijo que él una de las noches estaba de centinela en el campamento en donde lo tenían.*

*El daño alegado entonces en la demanda por la privación que sufrió el demandante no tiene el carácter de antijurídico que corresponda a una carga que él no tuviera el deber de soportar, puesto que en ningún momento el mismo demandante ni el mismo proceso penal demostraron que él no estuviera dentro de una investigación. El proceso penal finalmente precluye en principio del indubio pro reo, es decir porque no se dieron todas las pruebas necesarias que llevaran a la certeza de certificar que efectivamente había sido la persona que había dado muerte a CASTAÑO CASTAÑO pero no porque este no estuviera vinculado dentro de la misma probanza en estos mismo hechos. Es decir, que la narración de los testimonios que señalaron a LIBARDO PEÑALOZA alias “PULPO”… como el coautor de los delitos multicitados de haber estado vinculado al resultado en este hechos y que el mismo autor no negó en diligencia de indagatoria, ratificó haber estado vinculado como un miembro con el frente 42 y no negó ser el escolta del alias “negro”, el cual había sido integrante también del frente 42, circunstancias que dieron lugar a que fueran tomados los serios indicios de responsabilidad y que además le daban a la misma víctima como haber estado produciendo la misma producción del daño; manifestaron las declaraciones de JOSE PIÑEROS y JOSE SANTOS que fueron unísonas y coherentes al afirmar la presencia del demandante en el campamento donde se consumaba el ocultamiento del señor CASTAÑO y que el mismo demandante no negó, es decir el hecho fue cierto, otra cosa sería entonces si él hubiera participado del homicidio del señor CASTAÑO CASTAÑO. También quedo demostrado que “EL NEGRO ANTONIO” era el jefe del frente 42 y que tuvo la participación directa*

*De otro lado estaba el testimonio de JOSE HECTOR PIÑEROS, persona condenada también por estos hechos, que también manifestó que CASTAÑO CASTAÑO había sido entregado a “EL NEGRO ANTONIO” y que ahí estaba su escolta, es decir el demandante. Es decir que para la FISCALIA GENERAL DE LA NACION no hubo dudo de que no hubiera participado o que no hubiera conocido de los hechos que dieron origen al homicidio y al desaparecimiento forzado de CASTAÑO CASTAÑO. Es decir que acá automáticamente generaba una culpa exclusiva de la víctima, que hoy por hoy arroja un eximente de responsabilidad, el artículo 70 de la ley 270 del ’96 ha señalado que se entiende por culpa exclusiva de la víctima cuando este haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley, excepto los casos de privación de la libertad del imputado cuando este produzca en virtud de una providencia , o vislumbre entonces el legislador que este fue determinante en el resultado del daño para que se configure entonces la eximente de responsabilidad. Como se trata de eximir en el tema de responsabilidad en los Estados la norma ha siso exegética cuando se configura una eximente de responsabilidad como claramente se vislumbra aquí en este presente proceso.*

*La actividad del demandante no conlleva hoy por hoy a condenar a la FISCALIA amparada en que fue absuelto en el indubio pro reo dentro del proceso penal a pesar de haber tenido conocimiento de todo el camino iter criminis a tal punto de estructurarse una fuente de responsabilidad en contra de la FUSCALIA, eximente que en el presente caso la privación de la libertad de LIBARDO PEÑALOZA no fue injusta ni rompió con las desproporciones violaciones procedimentales – legales establecidos. Advierte en el presente escrito que no pretende la FISCALIA cuestionar la presunción de inocencia del aquí demandante puesto que este no es el escenario, puesto que en este proceso no estamos develando la justicia penal; en este caso concreto lo que es viable en el proceso administrativo es destacar que el error que expuso la investigación al demandante que desencadeno la hipótesis penal del ente acusador, que para ese momento tenía la faculta razonadamente solicito respetuosamente en virtud de lo anterior negar los perjuicios de la supuesta responsabilidad patrimonial de la FISCLAIA GENERAL DE LA NACION, además también solicita dar aplicación la sentencia de unificación SU- 072 del 25 de julio del 2018 que está unificando porque la fiscalía no debe ser condenada y debe ser exonerada por falta de legitimación en la causa por pasiva.”*

* 1. **CONSIDERACIONES**
	2. **ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES:**

La excepción de **INEXISTENCIA DE ERROR JUDICIAL** propuesta por la demandada, no goza de esta calidad, en atención a que los hechos que se aducen como fundamento de la misma, no la conforman, limitándose simplemente a negar o contradecir los supuestos de hecho en que los demandantes sustentan su acción. En este sentido, el término “excepción”, está reservado para aquéllos únicos casos en que tal instrumento de defensa, se traduce en la acreditación de hechos y razones distintos, encaminados a excluir, enervar o dilatar las pretensiones.

* 1. **LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:**

Conforme a lo establecido en la FIJACION DEL LITIGIO, se busca establecer si hay lugar o no a declarar la responsabilidad de la demandada FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por la presunta privación injusta de la libertad del señor LIBARDO PEÑALOZA.

Surge entonces el siguiente problema jurídico:

***¿La privación de la libertad de la que fue objeto el señor LIBARDO PEÑALOZA fue injusta o no?*** *y si lo fue* ***¿a quién debe atribuirse la responsabilidad?***

Para dar respuesta a este interrogante deben tenerse en cuenta estos puntos:

El artículo 90 de la Constitución consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado al señalar que el *“Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*.

La ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, reguló ampliamente la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales, a cuyo efecto determinó tres supuestos:

* El error jurisdiccional (art. 66)
* **La privación injusta de la libertad (art. 68).**
* El defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 69)

De conformidad con el artículo 68 de la ley 270 de 1996 “Quien haya sido privado **injustamente** de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.” (Subrayado fuera de texto)

Con respecto a la **privación injusta de la libertad**, la jurisprudencia ha señalado que frente a la materialización de cualquiera de las hipótesis, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o por in dubio pro reo, se habrá de calificar como detención injusta y en consecuencia debe ser tratada como una responsabilidad objetiva; pero, en todo caso, se ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero.

Al respecto también es preciso indicar que la CORTE CONSTITUCIONAL sobre este particular ha precisado: “*(…) que el artículo 90 de la Constitución Política* ***no establece un régimen de imputación estatal específico****, como tampoco lo hacen el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y la Sentencia C-037 de 1996, cuando el hecho que origina el presunto* ***daño antijurídico es la privación de la libertad****. Lo anterior en tanto la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han aceptado que el juez administrativo debe establecer en estos casos el régimen de imputación a partir de las particularidades de cada caso.*

*En otras palabras, definir una fórmula automática, rigurosa e inflexible para el juzgamiento del Estado en hechos de privación injusta de la libertad contraviene el entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 y de paso el régimen general de responsabilidad, previsto en el artículo 90 constitucional.*

 *Y es que la Sala Plena debía establecer, en ejercicio de su competencia para guardar la integridad y supremacía de la Carta Política, si las decisiones judiciales cuestionadas por los accionantes y que invocaban la jurisprudencia de lo contencioso administrativo se ajustaban a la interpretación referida.*

*En efecto, señaló que “determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia, el Estado deba ser condenado de manera automática, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo del juez que determine* ***si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede el precedente constitucional fijado****”.*

*Y concluyó que lo señalado no se opone a que otros supuestos o eventos queden comprendidos por un título de imputación de esa naturaleza, tal y como podría ocurrir, en principio, con aquellos casos en los cuales el comportamiento no existió o la conducta es considerada atípica. (…)”[[1]](#footnote-1)*

* 1. **ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:**

**2.3.1** Conforme al material probatorio aportado, se encuentran **probados los siguientes hechos**:

* LIBARDO PEÑALOZA es **hijo** de FLORALBA PEÑALOZA FRANCO[[2]](#footnote-2), **hermano** de JOHANA CAROLINA PEÑALOZA FRANCO[[3]](#footnote-3) y MARTHA YAZMIN FRANCO PEÑALOZA[[4]](#footnote-4). Además es **compañero permanente** de DIANA MARISELI NEIRA GALINDO[[5]](#footnote-5) y **padre** de MICHAEL ANDRÉS PEÑALOZA ACOSTA[[6]](#footnote-6)
* Con Resolución del **5 de febrero de 2007** la DIRECCION SECCIONAL DE FISCALIAS DE CUNDINAMARCA UNIDAD DE REACCION INMEDIATA U.R.I decretó la apertura de la investigación. [[7]](#footnote-7)
* Mediante Resolución del **17 de febrero de 2012** la FISCALIA CUARTA ESPECIALADA decretó la apertura de instrucción.[[8]](#footnote-8)
* A través de escrito del **5 de junio de 2012**, la FISCALÍA CUARTA ESPECIALIZADA ordenó la identificación e individualización de las personas relacionadas del delito de desaparición forzada del señor HERNANDO CASTAÑO CASTAÑO, dentro de los cuales se encuentra el señor LIBARDO PEÑALOZA[[9]](#footnote-9)
* Mediante Resolución de **24 de julio de 2012** se ordenó la vinculación de LIBARDO PAÑALOZA por los delitos de desaparición forzada y homicidio en persona protegida en contra de la humanidad de Hernando Castaño Castaño, según hechos sucedidos el 13 de marzo de 1999.
* Con oficio No. S-2012-074261/DIJIN-AICTE-GIEST del **31 de agosto de 2012** la Dirección de Investigación Criminal e Interpol de la Policía Nacional dejó a disposición de la Fiscalía General de la Nación – Unidad Nacional Contra la Desaparición y Desplazamiento Forzado – Despacho Cuarto especializado al señor LIBARDO PEÑALOZA y el celular que portaba en el momento de la captura.[[10]](#footnote-10)
* A través de Oficio NO. S-2012-074260 DIJIN - AICTE-GIEST del 3**1 de agosto de 2012** el Subcomisario JOSE ANTONIO LONDOÑO solicitó al Sistema Nacional de Defensoría Publica la asignación de un profesional del derecho, con el fin de asistir a la diligencia de indagatoria del señor LIBARDO PEÑALOZA[[11]](#footnote-11).
* El **1 de septiembre de 2012** el FISCAL DE APOYO DE LA FISCALÍA CUARTA ESPECIALIZADA legalizó la captura del señor LIBARDO PEÑALOZA.[[12]](#footnote-12)
* Mediante Solicitud de Custodia del **1 de septiembre de 2012**, la FISCALÍA CUARTA ESPECIALIZADA solicitó a la Sala de Detenidos de la DIJIN mantener al señor LIBARDO PEÑALOZA en custodia en el centro transitorio hasta el 3 de septiembre de 2012, con el fin de ser escuchado en diligencia de indagatoria.[[13]](#footnote-13)
* Con oficio del **3 de septiembre de 2012**, la FISCALÍA CUARTA ESPECIALIZADA solicitó al Director de la Penitenciaria Nacional la Picota, mantener privado de la libertad a disposición de ese despacho al señor LIBARDO PEÑALOZA.[[14]](#footnote-14)
* Mediante providencia del **3 de septiembre de 2012** el FISCAL 4 ESPECIALIZADO UNCDES resolvió la situación jurídica del señor LIBARDO PEÑALOZA, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva como posible coautor material de los delitos de desaparición forzada agravada y homicidio en persona protegida, en concurso heterogéneo y sucesivo, en la humanidad de Hernando Castaño Castaño. Con fundamento en[[15]](#footnote-15):

|  |
| --- |
| “(…)3.2 FACTOR DE RESPONSABILIDAD(…)Sobre este tópico, el procesado Libardo Peñaloza, manifestó en su injuriada que no tuvo ninguna participación en la retención ni en el homicidio del señor Hernando Castaño, pues se desempeñaba como escolta de comandante Negro Antonio, y fue este, quien le dio a orden de ir a un campamento que se ubicaba en la verdad Ceilán del municipio de Viotá, una vez allí y estando prestando el turno de guardia se percató de la presencia de una persona retenida, se enteró que se trataba de Hernando Castaño por cuanto, en tiempos anteriores lo había visto que tenía una farmacia en el pueblo de San Gabriel. Agregó el procesado, que era la madrugada cuando el comandante Negro Antonio, le dio la orden de irse a la vereda Alto Ceilán y en ese momento, observó que l señor Hernando Castaño se encontraba con vida, por lo tanto, no sabe quién le pudo haber dado muerte y si la orden la dio el comandante Negro Antonio.No obstante el planteamiento que hace el procesado, en materia de responsabilidad en la comisión de conductas de desaparición forzada y homicidio en persona protegida en la humanidad de Hernando Castaño. Encuentra el despacho la existencia de elementos de juicio que satisfacen las exigencias sustanciales de la medida de aseguramiento. En este sentido, se encuentra demostrado plenamente como hecho indicante, que el 13 de marzo de 1999, a la Inspección de Policía San Gabriel, municipio de Viotá, Cundinamarca, comparecieron Israel Ibáñez, alias “Chicharrón” y Aldemar Daza, alias “GANSO”, pertenecientes al frente 42 de las Fuerzas Revolucionarias de Colombia, FARC y, procedieron a aprehender y privar de la libertad de manera violenta a Hernando Castaño Castaño, de allí lo llevaron a un campamento donde llegaría o se encontraba el comandante conocido con el nombre del “Negro Antonio”, campamento que esa facción rebelde tenía en la vereda Ceilán del municipio de Viotá, como lo expresaron los testigos José Santos Montañez Viracachá y José Héctor Piñeros Vargas. (…)Pero además de la presencia del inculpado en el lugar de los hechos, se encuentra acreditado que tuvo una activa intervención criminal en la comisión de las conductas penales que se le endilgaron en la diligencia de indagatoria. En este sentido, tenemos el testimonio de José Héctor Piñeros Vargas (persona condenada por estos mismo hechos), al exponer que al enfermero, victima en esta investigación, lo entregaron al Negro Antonio, el cual procedió a amarrarlo, torturándolo con el fin de sacarle información. Agregó el testigo que, allí lo mantuvieron por espacio de dos o tres días, mientras dieron la orden de ejecutarlo…”; agregó que en ese campamento se encontraba el procesado Libardo Peñaloza, alias el Pulpo, persona que en efecto intervino en la ejecución.(…) De forma que el dicho del testigo resulta creíble y pertinente, en la medida en que se trata de una persona que estuvo en el lugar de los hechos, intervino en la comisión de las conductas penales, aceptó responsabilidad por los mismos y conocía al procesado Libardo Daza, como compañero de andanzas en la organización, tan es así que era la persona cercana al comandante de la agrupación guerrillera, alias” Negro Antonio”.Medios de prueba de los cuales se infiere la participación del procesado Libardo Peñaloza en al privación de la libertad ilegal de Castaño Castaño y posterior muerte violenta, en la medida en que estuvo con la víctima en el campamento, custodiándolo cuando lo tenían privado de la libertad y posteriormente, intervino en la ejecución de la conducta de homicidio en contra de la misma persona.(…)” |

* El día **6 de septiembre de** **2012** se notificó personalmente al señor LIBARDO PEÑALOZA del contenido de la Resolución de fecha 3 de septiembre de 2012.[[16]](#footnote-16)
* El día **10 de septiembre de 2012** la señora MARTHA LUCIA ARTEAGA en su condición de Líder de la ACR del Centro de Servicios Kennedy de la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas, interpuso derecho de petición dirigido a la Fiscalía Cuarta Especializada con el fin de solicitar información relativa al proceso en contra del señor LIBARDO PEÑALOZA, puesto que, de acuerdo a su calidad de desmovilizado, puede acceder a ciertos beneficios sociales y económicos que el Estado ha previsto para dicha población.[[17]](#footnote-17)
* El día **21 de septiembre de 2012** la FISCALÍA CUARTA ESPECIALIZADA dio respuesta al derecho de petición presentado por la señora MARTHA LUCIA ARTEAGA.[[18]](#footnote-18)
* Con escrito del **24 de septiembre de 2012** la FISCALÍA CUARTA ESPECIALIZADA decretó cerrar parcialmente la investigación contra el señor LIBARDO PEÑALOZA y dar traslado para la presentación de alegatos de conclusión.[[19]](#footnote-19)
* Mediante escrito radicado el **19 de octubre de 2012** el apoderado del señor LIBARDO PEÑALOZA interpuso recurso de reposición respecto del proveído mencionado en el acápite anterior.[[20]](#footnote-20)
* A través de escrito del **26 de octubre de 2012** la FISCALÍA CUARTA ESPECIALIZADA UNCDES calificó el proceso que se adelantó contra el señor LIBARDO PEÑALOZA, en el cual decidió acusarlo como posible coautor material de los delitos de desaparición forzada y homicidio en persona protegida, en concurso heterogéneo y sucesivo, en la humanidad de Hernando Castaño Castaño. Con base en: [[21]](#footnote-21)

|  |
| --- |
| “(…)Entorno al grado de responsabilidad, el procesado Libardo Peñaloza, manifestó en su injuriada que no tuvo ninguna participación en la retención ni en el homicidio del señor Hernando Castaño, pues se desempeñaba como escolta de comandante Negro Antonio, y fue este, quien le dio a orden de ir a un campamento que se ubicaba en la verdad Ceilán del municipio de Viotá, una vez allí y estando prestando el turno de guardia se percató de la presencia de una persona retenida, se enteró que se trataba de Hernando Castaño por cuanto, en tiempos anteriores lo había visto que tenía una farmacia en el pueblo de San Gabriel. Agregó, que era la madrugada cuando el comandante Negro Antonio, le dio la orden de irse a la vereda Alto Ceilán y en ese momento, observó que el señor Hernando Castaño se encontraba con vida, por lo tanto, no sabe quién le pudo haber dado muerte y si la orden la dio el comandante Negro Antonio o quien la dio, tampoco vio quien le ocasionó la muerte.(…)Hechas las anteriores precisiones y no obstante el planteamiento que hace el procesado, en materia de responsabilidad en la comisión de conductas de desaparición forzada y homicidio en persona protegida en la humanidad de Hernando Castaño, encuentra el despacho la existencia de elementos de juicio que satisfacen el proferimiento de acusación. En este sentido, como lo expresó la Agencia del Ministerio Publico, se encuentra demostrado plenamente como hecho indicante, que el 13 de marzo de 1999, a la Inspección de Policía San Gabriel, municipio de Viotá, Cundinamarca, comparecieron Israel Ibáñez, alias “Chicharrón” y Aldemar Daza, alias “ganso”, pertenecientes al frente 42 de las Fuerzas Revolucionarias de Colombia, FARC y, procedieron a aprehender y privar de la libertad de manera violenta a Hernando Castaño Castaño, de allí lo llevaron a un campamento donde llegaría o se encontraba el comandante conocido con el nombre del “Negro Antonio”, campamento que esa facción rebelde tenía en la vereda Ceilán del municipio de Viotá, como lo expresaron los testigos José Santos Montañez Viracachá y José Héctor Piñeros Vargas. (…)Entonces como lo manifestó la defensa, el procesado para la época de los hechos pertenecía al frente 42 de las Fuerzas Revolucionarias de Colombia FARC, que su rol era la de escolta del comandante de esa facción rebelde, “Negro Antonio” y, conocía a la víctima, pues en tiempos pretéritos había fungido como enfermero o prestaba colaboración en salud a la cedula guerrillera (…) Pero contrario a lo expuesto por la defensa, el conocimiento e intervención del procesado, no se quedó en las circunstancias anotadas, sino que tuvo conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal, quiso su realización y además, conoció su ilicitud, dada su capacidad o imputabilidad que presentaba.Pues, mírese como dada su condición d escolta del comandante (persona que dio la orden de la comisión de los delitos), le permitieron al inculpado hacer presencia en el lugar de los hechos, es decir, en el campamento donde tenían retenida a la víctima, pues hasta allí fue escoltando a su comandante y se percató de la presencia de Hernando castaño Castaño, a quien habían restringido su libertad de manera ilegal. Pero, el conocimiento e intervención criminal del sindicado, fue más allá en la comisión de las conductas penales que se le endilgaron en la diligencia de indagatoria, desaparición forzada y homicidio en persona protegida. En este sentido, tenemos el testimonio de José Héctor Piñeros Vargas (persona condenada por estos mismo hechos), al exponer que al enfermero, victima en esta investigación, lo entregaron al Negro Antonio, el cual procedió a amarrarlo, torturándolo con el fin de sacarle información. Agregó el testigo que, allí lo mantuvieron por espacio de dos o tres días, mientras dieron la orden de ejecutarlo…”; agregó que en ese campamento se encontraba el procesado **Libardo Peñaloza**, **alias el Pulpo**, persona que en efecto intervino en la ejecución de la víctima. (…) De forma que el dicho del testigo resulta creíble y pertinente, en la medida en que se trata de una persona que estuvo en el lugar de los hechos, intervino en la comisión de las conductas penales, aceptó responsabilidad por los mismos y conocía al procesado Libardo Daza, como compañero de andanzas en la organización, tan es así que era la persona cercana al comandante de la agrupación guerrillera, alias” Negro Antonio”.Medios de prueba de los cuales se infiere la participación del procesado Libardo Peñaloza en la privación de la libertad ilegal de Castaño Castaño y posterior muerte violenta, en la medida en que estuvo con la víctima en el campamento, custodiándolo cuando lo tenían privado de la libertad y posteriormente, intervino en la ejecución de la conducta de homicidio en contra de la misma persona.(…)” |

* El día **17 de diciembre de 2012** la FISCALIA CUARTA ESPECIALIZADA ordenó remitir la presente actuación adelantada en contra de LIBARDO PEÑALOZA al JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE GIRARDOT CUNDINAMARCA con fin de iniciar la etapa del juicio.[[22]](#footnote-22)
* El **17 de mayo de 2013** el JUZGADO SEGUNO PENAL DEL CIRCUITO DE GIRARDOT CUNDINAMARCA avoca conocimiento de la presente diligencia. [[23]](#footnote-23)
* Mediante memorial del **4 de junio de 2013** el apoderado del señor LIBARDO PEÑALOZA solicitó la libertad provisional de su poderdante.[[24]](#footnote-24) Siendo concedida por el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO mediante auto de **7 de junio de 2013**.[[25]](#footnote-25)
* El **27 de junio de 2013** el apoderado del señor LIBARDO PEÑALOZA interpuso recurso de reposición contra proveído anterior mediante la que se concede la libertad provisional con una caución prendaria de 20 SMLMV en el sentido de fijar una caución mínima o juratoria.[[26]](#footnote-26)
* En providencia del **23 de agosto de 2013** el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO resolvió recurso de reposición y resuelve reponer parcialmente la decisión del 7 de junio de 2013 y fijar en 5 SMLMV el valor de la caución prendaria que debe prestar el condenado LIBARDO PEÑALOZA para disfrutar de la concesión de la libertad provisional[[27]](#footnote-27)
* El día **4 de septiembre de 2013** el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC- expidió Orden de Libertad contra el señor LIBARDO PEÑALOZA.[[28]](#footnote-28)
* Mediante fallo de primera instancia del **14 de septiembre de 2016**, el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO GIRARDOT CUNDINAMARCA absolvió a LIBARDO PEÑALOZA de los cargos de desaparición forzada agravada y homicidio en persona protegida, en consideración a: [[29]](#footnote-29)

|  |
| --- |
| (…)Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad del sindicado en ella, resulta necesario confrontar los testimonios del procesado y los testigos del hecho, huelga decir, JOSÉ HÉCTOR PINEROS VARGAS, BERNARDO MOSQUERA MACHADO, JOSÉ ORLANDO RODRIGUEZ PEÑALOZA, GENER SÁNCHEZ DÍAZ, JOSÉ SANTOS MONTAÑEZ VIRACACHÁ y LUIS CARLOS URIBE a efectos de establecer con acierto de verdad lo que ocurrió el día en marras debiendo en tal sentido acudir a los métodos de apreciación de cada prueba en particular y con plena aplicación a lo normado en el artículo 238 de la Ley 600 de 2000, que determina Iq valoración probatoria, conforme a los postulados de la sana crítica, comprendida como un principio lógico, una ley científica o una regla de la experiencia[[30]](#footnote-30).(…)Al acompasar la última declaración que vertió LIBARDO PEÑALOZA respecto de su primera intervención, este despacho, considera que el mismo no resulta contradictorio, sino que por el contrario el mismo contiene mayor detalle sobre las circunstancias que rodearon los hecho^ desde su óptica, la distancia a la que se encontraba de la víctima, y" hace una relación de las labores que desempeñaba para ei Frente 42 de las FARC, y en ese sentido se vislumbra que conforme a la labor que desempeñaba no tuvo injerencia o participación alguna en la desaparición y homicidio de HERNANDO CASTAÑO.De otro lado José Héctor Pineros Vargas alias "20/20" en versión libre rendida el 9 de agosto de 2011, refirió que Bernardo Mosquera Machado alias el "negro Antonio" fue quien dio la orden de aprehender a Hernando Castaño, la cual fue ejecutada por Israel Ibáñez alias "Chicharrón" y Aldemar Daza alias "Ganso", HERNANDO CASTAÑO es llevado a la vereda el Roblal y allí permanece por espacio de dos a tres días, y ulterior a ello alias "el Negro Antonio" dio la orden a Orlando Rodríguez alias "Bombón" y a alias "Robinson" que lo saquen del campamento y lo maten[[31]](#footnote-31).Del mismo modo en diligencia de declaración, llevada a cabo el día 21 de marzo de 2012, José Héctor Pineros Vargas señaló: "(...) en el campamento se encontraban José Santos Montañez, alias Barbado, José Ricardo Ramírez, alias Ei Runcho, desmovilizado de la frente 42, Javier Emilio Monroy, alias Robinson(SIC), Libardo Peñaloza, alias pulpo, y el señor Orlando Rodríguez Peñaloza, alias Bombón, guien fue encargado de matarlo y desaparecerlo...)"(…)iConforme a lo precedente, la información suministrada por JOSÉ HÉCTOR PINEROS VARGAS en sus diferentes intervenciones coincidió respecto de las personas que realizaron la retención, puesto que siempre indicó que esta se llevó a cabo por Aldemar Daza y José Israel Ibáñez Galio, no obstante frente a las personas que asesinaron a Hernando Castaño Castaño, sus declaraciones se tornan poco claras toda vez que aludió siempre a que el homicidio lo perpetraron Jorge Orlando Rodríguez Peñaloza alias "Bombón" y alias "Robinson", empero sobre la identidad de alias Robinson no ofrece mayor objetividad, puesto que en una ocasión indica que alias "Robinson" se identifica como Jesús Emilio Monroy, en otra señala que ese alias es de Hener Sánchez Díaz. En ese sentido refulge que aun cuando el testigo conserva varios elementos en sus intervenciones, su apreciación sobre las personas que cometieron el homicidio del sub-judice carece de veracidad. Frente a la participación del procesado en el Frente 42 de las FARC coindice en afirmar la distancia en la que LIBARDO PEÑALOZA prestaba guardia y menciona ¡as mismas funciones que cumplía este último para el frente.Por su parte Bernardo Mosquera Machado8 en audiencia de juzgamiento llevada a cabo el día 14 de mayo de 2014, al cuestionársele acerca de las personas en quien había recaído la orden de privación de la libertad de Hernando Castaño Castaño, indicó que la orden la había recibido alias "Chicharrón", "20/20" y "Santos Montañez", acto seguido informó que la ejecución estuvo en cabeza de alias "Chicharrón" y "20/20". Posteriormente al preguntársele si tenía conocimiento de la intervención de Libardo Peñaloza en los hechos manifestó: "Ninguna porque el que di la orden fui yo y se la di a Chicharrón y a 20/20."(…)A su vez José Santos Montañez Viracocha[[32]](#footnote-32), es escuchado en declaración el 28 de marzo de 2007 y a su turno señalo que HERNANDO CASTAÑO CASTAÑO, era el enfermero del frente 42 de las FARC, y que un sábado a eso de las diez de la noche cuando se encontraba tomando en una tienda de la Vereda le Roblal del Municipio de Viotá, llegó el "Negro Antonio" y otro comandante alias "Campesino" y se llevaron al señor CASTAÑO. Señala igualmente que quien lo entrego al comandante fue ISRAEL IBÁÑEZ.(…)En Audiencia de juzgamiento del día 4 de febrero de 201 ó (fls 284 a 293 C.O. 5), este testigo expone los mismos hechos, y al cuestionársele por la participación de Libardo Peñaloza indica que no lo vio el día de marras.(…)En lo que concierne al testimonio reluce que José Santos Montaña Viracocha manifiesta no haberlo visto el día de los hechos, y Luis Carlos Chaparro Uribe por su parte indica que no tiene conocimiento y no le consta la participación de Libardo Peñaloza en la desaparición y homicidio de HERNANDO CASTAÑO CASTAÑO.Conforme a las precitadas intervenciones, es evidente para este despacho que LIBARDO PEÑALOZA para el momento de los hechos pertenecía al Frente 42 de las FARC, no obstante sus labores se limitaban a prestar labores de guardia y escolta de Bernardo Mosquera Machado alias "Negro Antonio" y a hacer mandados para este frente, sin llegar a incurrir en otras actividades delictivas, puesto que si se estudia con detalle la situación de orden táctico no es posible extraer que de las actividades que desempeñó el procesado, este pudiera tener dominio del hecho y de su resultado nocivo, ya que de acuerdo a las intervenciones de los testigos se colige que el acusado era un miliciano, y no portaba armamento, uniformes o distintivos del grupo subversivo. Aunado a lo anterior, los declarantes reiteran que LIBARDO PEÑALOZA, no tuvo incidencia en los hechos que dieron corno resultado la desaparición y muerte de HERNANDO CASTAÑO CASTAÑO.(…)Concatenado a lo anterior, no obra en el plenario prueba alguna de la cual se pueda inferir la participación de LIBARDO PEÑALOZA, en la retención del ciudadano HERNANDO CASTAÑO, puesto que los testigos concuerdan en indicar que la retención estuvo en cabeza de Aldemar Daza y José Israel Ibáñez Gallo, y en señalar que el procesado no participo en la comisión de estos delitos.Es decir, no hay ninguna evidencia de que el enjuiciado tuvo conocimiento de la privación ilegal de la libertad de HERNANDO CASTAÑO CASTAÑO y de su posterior asesinato. Tanto así que el procesado al ser oído indica que vio a la víctima en el campamento, no obstante afirma que no lo vio amarrado o en condición de vulnerabilidad.Refulge entonces que ante tales falencias, así como la indeterminación y las múltiples posibilidades sobre cómo ocurrieron los hechos, esté: Estrado Judicial concluye que no hay prueba que demuestre, con certeza, que el procesado infringió el ordenamiento jurídico punitivo, de tal forma que no se desvirtúa la presunción de inocencia de LIBARDO PEÑALOZA respecto de la desaparición y muerte de HERNANDO CASTAÑO CASTAÑO que acaeció el 13 de marzo de 1999 en la vereda el Roblal del municipio de Viotá (Cundinamarca), por lo cual la duda debe serle resuelta de manera favorable, en aplicación del principio in dubio pro reo, toda vez que el juez sólo está habilitado para dictar sentencia condenatoria legítimamente cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza sobre la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado (art. 232 inc. 2o Ley 6OO de 2000), razón por la cual se emitirá sentencia absolutoria.(…)” |

* Mediante escrito del **15 de febrero de 2017** el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC- dio respuesta al derecho de petición interpuesto por el señor LIBARDO PEÑALOZA, en el cual informó:
	1. Ingreso al Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá el 5 de septiembre de 2012.
	2. Se concedió libertad el día 4 de septiembre de 2013 en el mismo establecimiento, mediante documento numerado con el consecutivo 737, de la Unidad Nacional Contra los Delitos de Desplazamiento y Desaparición Forzada, Fiscalía Seccional 45 de Medellín.[[33]](#footnote-33)
* Con oficio No. No 113-COMEB-GC-FIN-315 del **28 de junio de 2017** el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO -INPEC- dio respuesta al derecho de petición interpuesto por el señor LIBARDO PEÑALOZA, en el cual certificó y anexó 3 folios detallando los movimientos de consignaciones y ventas a través del aplicativo activa desde 05/09/2012 al 04/09/2013.[[34]](#footnote-34)
* El día **31 de octubre de 2017** mediante Oficio No OF117-031246 /JMSC 5202023 proferido por la Agencia para la Reincorporación y la Normalización, se indicaron los beneficios que tenía el señor LIBARGO PEÑALOZA y su familia para el día 3 de septiembre de 2012[[35]](#footnote-35)
* El señor LIBARDO PEÑALOZA contrató la prestación de servicios de abogado del señor HENRRY TORRES LEON para su defensa dentro del proceso penal.[[36]](#footnote-36)
* El señor LIBARDO PEÑALOZA realizó el pago correspondiente al señor HENRY TORRES LEON, en desarrollo del contrato de prestación de abogado.[[37]](#footnote-37)
* El señor LIBARDO PEÑALOZA trabajó en la empresa CORPACERO desempeñando el cargo de ayudante desde el 6 de noviembre de 2006 hasta el 1 de septiembre de 2012, devengando por el mismo un salario de $612.042[[38]](#footnote-38)

**2.3.2.** Entremos ahora a resolver el interrogante planteado:

***¿La privación de la libertad de la que fue objeto el señor LIBARDO PEÑALOZA fue injusta o no?*** *y si lo fue* ***¿a quién debe atribuirse la responsabilidad?***

Del material probatorio aportado observa el despacho que se encuentra demostrada la privación de la libertad de la que fue objeto el señor ***LIBARDO PEÑALOZA***,pues permaneció en establecimiento carcelario del 5 de septiembre de 2012 hasta el día 4 de septiembre de 2013, siendo absuelto por el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO GIRARDOT CUNDINAMARCA.

No obstante, observa el despacho que para el momento en que se produjo la privación de la libertad se tenía suficiente soporte probatorio para decretar la medida; lo que ocurrió fue que aquel no alcanzó para sustentar un fallo condenatorio siendo absuelto por duda.

En efecto, el señor LIBARDO PEÑALOZA había reconocido en su testimonio que se desempeñaba como escolta del Comandante Negro Antonio y que estando en el campamento que se ubicaba en la vereda Ceilán del municipio de Viotá se percató de la persona retenida y se enteró que se trataba de Hernando Castaño por cuanto en tiempos anteriores había visto que tenía una farmacia en el pueblo de San Gabriel.

Uno de los testigos, JOSE SANTOS MONTAÑEZ VARACACHA, indicó que el 13 de marzo de 1999, como a las diez de la noche, se encontraba en un establecimiento de comercio, cerca de la escuela el Roblal, consumiendo una cerveza, cuando arribó Israel Ibáñez, el "Negro Antonio" y "Antonio Campesino" y echaron a un carro a Hernando Castaño Castaño, que era el enfermero del frente 42 de las Farc, se lo llevaron hacia los lados de Ceilan.

Por su parte, otro testigo, JOSE HECTOR PIÑEROS VARGAS, quien también fue condenado por estos mismos hechos, señaló que, al enfermero, víctima en esta investigación, lo entregaron al Negro Antonio, el cual procedió a amarrarlo, torturándolo con el fin de sacarle información. Agregó el testigo que, *“allí lo mantuvieron por espacio de dos o tres días, mientras dieron la orden de ejecutarlo..."*; agregó que en ese campamento se encontraba el procesado Libardo Peñaloza, alias el pulpo, persona que en efecto intervino en la ejecución de la víctima, testimonio que resultaba creíble y pertinente pues se trataba de una persona que había estado en el lugar de los hechos, había intervenido en la comisión de las conductas penales, había aceptado responsabilidad por los mismos y conocía al procesado LIBARDO DAZA como compañero de la organización.

No obstante, en el fallo de primera instancia el juez de primera instancia concluyó que de las ampliaciones de estos testimonios y de otros testimonios recaudados, para el momento de los hechos el señor LIBARDO PEÑALOZA pertenecía al Frente 42 de las FARC; no obstante, sus labores se limitaban a prestar labores de guardia y escolta de Bernardo Mosquera Machado alias “Negro Antonio” y a hacer mandados para este frente, sin llegar a incurrir en otras actividades delictivas, puesto que no es posible extraer que de las actividades que desempeñó el procesado, éste pudiera tener dominio del hecho y de su resultado nocivo, ya que de acuerdo a las intervenciones de los testigos se colige que el acusado era un miliciano, y no portaba armamento, uniformes o distintivos del grupo subversivo.

En consecuencia, comoquiera que no se logró demostrar el carácter injusto de la privación de la libertad de la que fue objeto el señor ***LIBARDO PEÑALOZA***, las pretensiones serán adversas a la demanda.

* 1. **CONDENA EN COSTAS**

El artículo 188 del Código de Procedimientos Administrativo y de lo Contencioso Administrativo remite al Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso[[39]](#footnote-39)

El artículo 188 del CPACA no obliga al juzgador a condenar en costas indefectiblemente sin que medie una valoración de la conducta de la parte vencida en el proceso; dicha norma señala que se debe disponer sobre dicha condena solo en la sentencia que decida el mérito del asunto sometido a debate en el proceso.

Analizado dicho aspecto, este despacho estima que en esta oportunidad no hay lugar a imponer condena en costas, debido a que no se aprecia temeridad o abuso de las atribuciones o derechos procesales por las partes Además, las costas deben aparecer comprobadas, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P, según el cual *"Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*, situación que no se ha presentado en el caso estudiado.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUÍTO DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,**

**FALLA:**

**PRIMERO: Declárense** no probadas las excepciones propuesta por las demandadas

**SEGUNDO:** **Niéguense** las pretensiones de la demanda

**TERCERO:** **Sin condena** en costas.

**CUARTO:** Notifíquese a las partes del contenido de esta decisión en los términos del artículo 203 del CPACA.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA CECILIA HENAO MARIN**

Juez

MSGB

1. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/administracion-publica/unifican-jurisprudencia-sobre-responsabilidad-del-estado>. Corte Constitucional, Sentencia SU-072, Jul. 5/18 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 29 C2. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 36 C2. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 38 C2. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 40 C2. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 33 C2. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 5 C4 [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 212-216 C4 [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 133-134 C2 [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 44 -51 C2 [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 54 C2 [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 42-43 C2 [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 52 C2 [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 53 C2 [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 55- 86 C2 y Folios 4-37 C3 [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 9 C7 [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 86 C2 [↑](#footnote-ref-17)
18. Folio 87 C2 [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 88-89 C2 [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 151-153 C7 [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 90-130 C2 [↑](#footnote-ref-21)
22. Folio 272 C7 [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 11 C8 [↑](#footnote-ref-23)
24. Folio 30-32 C8 [↑](#footnote-ref-24)
25. Folio 35-42 C8 [↑](#footnote-ref-25)
26. Folio 54-57 C8 [↑](#footnote-ref-26)
27. Folio 92- 100 C8 [↑](#footnote-ref-27)
28. Folio 132 C2 [↑](#footnote-ref-28)
29. Folio 7-22 C2 [↑](#footnote-ref-29)
30. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. JOSÉ LEÓNIDAS BUSTOS MARTINEZ Proceso No. 29083. Junio 9 de 2008. [↑](#footnote-ref-30)
31. Registro de audio 9 de agosto de 2011 (Record 14:31:20 a 15:13:09) Folio 263 C.O. 1 [↑](#footnote-ref-31)
32. Ver Folio 13 Del C.O. 1 [↑](#footnote-ref-32)
33. Folio 131 C2 [↑](#footnote-ref-33)
34. Folios 136-139 C2 [↑](#footnote-ref-34)
35. Folio 140-141 C2 [↑](#footnote-ref-35)
36. Folio 3 C2 [↑](#footnote-ref-36)
37. Folio 4-6 C2 [↑](#footnote-ref-37)
38. Folio 135 C2 [↑](#footnote-ref-38)
39. *“(…). Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”* [↑](#footnote-ref-39)