



Bogotá, ocho (8) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

JUEZ	: Álvaro Carreño Velandia
Ref. Expediente	: 110013336715-2014-00176-00
Demandante	: HENRY FERNÁNDEZ CASTELLANOS, ROSMARY VELÁSQUEZ MENDOZA y otros
Demandado	: NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

**SENTENCIA No. 14
REPARACIÓN DIRECTA**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

1.- Antecedentes

1.1.- La demanda

El 16 de septiembre de 2014¹ los señores HENRY FERNÁNDEZ CASTELLANOS, ROSMARY VELÁSQUEZ MENDOZA en nombre propio y en representación de su menor hija LUISA MARÍA FERNÁNDEZ VELÁSQUEZ; LUIS ALBERTO FERNÁNDEZ, JOSEFINA CASTELLANOS, LUZ MARINA FERNÁNDEZ CASTELLANOS, OSCAR FERNÁNDEZ CASTELLANOS, BEATRIZ MENDOZA DE ALVARADO, ADRIANA CONCEPCIÓN ALVARADO MENDOZA, MARÍA CRISTINA ARDILA MENDOZA, por medio de apoderado judicial, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, en donde se solicitó se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a LA NACIÓN FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de la privación injusta de la libertad de HENRY FERNÁNDEZ CASTELLANOS.

-. Condenar a la demandada a pagar a favor de HENRY FERNÁNDEZ CASTELLANOS, por los perjuicios materiales la suma de CUARENTA Y CINCO MILLONES (\$45.000.000), traducida en los honorarios profesionales sufragados para su defensa técnica.

¹ Folio 217 C principal.

- *Pagar a los demandantes por concepto de perjuicio morales lo siguiente:*

Para HENRY FERNÁNDEZ CASTELLANOS el equivalente a cuatrocientos (400) SMLMV.

Para Rosmary Velásquez Mendoza, Luisa María Fernández Velásquez, Luis Alberto Fernández, Josefina Castellanos De Fernández, Luz Marina Fernández Castellanos, Oscar Fernández Castellanos, Beatriz Mendoza de Alvarado, Adriana Concepción Alvarado Mendoza y María Cristina Ardila Mendoza el equivalente a trescientos (300) SMLMV, para cada uno".

1.2.- Hechos de la demanda

- HENRY FERNÁNDEZ CASTELLANOS, era integrante de la Fuerza Pública, miembro activo de la Policía Nacional en el grado de Teniente Coronel y Comandante del Distrito de Policía de Fusagasugá, con un tiempo de servicio para la fecha de su captura de aproximadamente 28 años, estado civil casado con ROSMARY VELÁSQUEZ MENDOZA de cuya unión existe la m Menor LUISA MARÍA FERNÁNDEZ VELÁSQUEZ.

- La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en decisión del 24 de febrero de 2010, al prosperar una acción de revisión, dispuso la remisión de la actuación penal seguida contra el señor JOSÉ VELANDIA NINO (q.e.p.d.) y otros por hechos ocurridos en septiembre de 1985 donde perdieran la vida JOSÉ ALFONSO PORRAS GIL y HERNANDO CRUZ HERRERA, ante la Fiscalía General de la Nación, para la designación en forma inmediata del Fiscal Seccional de Bogotá, que se encargaría del trámite del asunto a partir de la nulidad del cierre de investigación efectuado por la Jurisdicción Castrense, quedando a salvo las pruebas recaudadas y la situación jurídica adoptada por la Justicia Penal Militar, aun respecto de FERNÁNDEZ CASTELLANOS que data del 25 de noviembre de 1985 sin haber sido revocada ante la medida de aseguramiento de la Fiscalía 253 Seccional Unidad de Ley 600.

- Desde septiembre de 2010 la Fiscalía 253 Seccional Unidad Ley 600, asumió la instrucción y dispuso el cierre de investigación el 20 de octubre de 2011, de acuerdo con el artículo 393 del Código de Procedimiento Penal por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO, notificado por estado del 3 de noviembre de 2011 radicado 842318.

- El 25 de enero de 2012, el Fiscal 253 Seccional Unidad de Ley 600, decreta nulidad del cierre de investigación proferida el 20 de octubre de 2011, argumentando en un primer escenario que las citaciones a los sindicatos se remitieron a lugares diferentes a los que aparecen actualizados en la actuación, afectando el derecho de defensa y el debido proceso pues a pesar de contar cada sindicato con defensor.

También se soportó la nulidad, al haberse desconocido las sugerencias de la Comisión interamericana de Derechos Humanos cuando recomendó al Estado Colombiano "permitir la investigación sanción penal de los responsables".

-. El 26 de enero de 2012 se decreta inspección Judicial para acceder a las hojas de vida de los sindicatos y ubicación actual, información existente en el plenario por cuanto las diferentes comunicados en el caso de FERNÁNDEZ CASTELLANOS fueron enviados a su lugar de domicilio, el que además aparece registrado en su Hoja de vida en el recuadro número o uno de la información personal y familiar como se acredita con el aporte de dicho documento, dejándose constancia por la Fiscalía 253 Seccional, que se encuentra laborando como Comandante de Distrito de Fusagasugá adscrita al Departamento de Policía de Cundinamarca.

-. Mediante Resolución la Fiscalía 253 Seccional Unidad de Ley 600, el 30 de enero de 2012, fundamenta la privación de libertad de HENRY FERNÁNDEZ CASTELLANOS, en el inciso segundo del artículo 336 de la Ley 600 de 2000, se libra orden de captura 2530057 por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA materializada el treinta (31) de enero de 2012.

-. En Resolución de sustanciación de febrero 3 de 2012., se ordenó la encarcelación de HENRY FERNÁNDEZ CASTELLANOS, en la Estación de Carabineros de la Policía Nacional, hasta tanto se resolviera su situación jurídica, determinación adoptada en Resolución de sustanciación de febrero 3 de 2012.

-. El 10 de febrero de 2012 la Fiscalía 253 Seccional Unidad de Ley 600 resolvió situación jurídica con medida de aseguramiento contra HENRY FERNÁNDEZ CASTELLANOS, como coautor del doble delito de HOMICIDIO de conformidad con las artículos 103 y 104.6.7 del Código Penal, al reunirse los dos indicios que exige el artículo 356, y dispone como lugar de reclusión la Cárcel de Máxima Seguridad Combita.

-. Apelada la medida de aseguramiento, es resuelta en forma favorable por parte de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Bogotá Fiscalía 42 Delegada, con Resolución interlocutoria que data del 11 de mayo de 2012, se ordena su libertad provisional.

-. El 18) de mayo de 2012 se hace efectiva la libertad provisional de HENRY FERNÁNDEZ CASTELLANOS, en virtud de la revocatoria de la medida de aseguramiento por parte de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante

el Tribunal Superior de Bogotá Fiscalía 42 Delegada con proveído de mayo 11 de 2012, con orden de libertad F008648.

-. El 8 de junio de 2012, la Fiscalía 253 Seccional de la Unidad de Ley 600, con Resolución interlocutoria precluyó la investigación a favor de HENRY FERNÁNDEZ CASTELLANFS.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.3.1. Contestación de la Fiscalía General de la Nación²

Indicó, que se opone a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, le corresponde investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes, de acuerdo con lo normado en el artículo 250 de la constitución política, en armonía con el artículo 114 del código de procedimiento penal. Lo anterior basándose en las pruebas que satisfagan los requisitos exigidos por el código de procedimiento penal vigente para la época.

Manifestó que, el artículo 28 de la Constitución Política no es absoluto pues es viable la pérdida de la libertad en los casos con las formalidades previstas en el ordenamiento legal, como es el caso de la figura denominada detención preventiva que ha sido establecida como mecanismo apropiado y justificado para asegurar la comparecencia ante el respectivo investigador y de esta manera evitar que se entorpezca su labor.

De los hechos y el materia probatorio de la demanda, se observa que la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta al demandante, obedeció a razones jurídicamente atendibles en ese momento, correspondió a un decisión ajustada las exigencias sustanciales y formales de la Ley.

Afirmó, que el señor Henry Fernández Castellanos, al ser indagado por los hechos investigados no apoyó ni brindó colaboración para el esclarecimiento de los hechos, tampoco hizo uso de los recursos de ley ante las decisiones adoptadas por la Fiscalía, razón por la que no puede trasladarle responsabilidad al órgano investigador.

1.4. Trámite procesal

-. El 5 de junio de 2015 el extinto Juzgado Catorce Administrativo de Descongestión de Bogotá admitió la demanda de la referencia. (fls. 221 y 222 C.1).

² Ver folio 241 a 246 C No. 1.

- Mediante auto del 11 de octubre de 2016 se fijó hora y fecha para llevar a cabo audiencia inicial (fl. 251 C.1)

- En la fecha y hora programada se celebró la audiencia inicial, fijándose el litigio en los siguientes términos:

"(...) Se centra en determinar si debe declararse la responsabilidad administrativa y extracontractual de la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por los perjuicios ocasionados a los demandantes con motivo de la presunta privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor HENRY FERNÁNDEZ CASTELLANOS, con ocasión de la orden de captura No. 2530057 por el delito de doble Homicidio." (fl. 256 C.1).

- En audiencia de pruebas realizada el día 12 de septiembre de 2017, se dio por precluida la etapa probatoria, disponiendo en aplicación a lo previsto en el artículo 181 del CPACA, que las partes presentaran alegatos de conclusión por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la audiencia (folios 396 a 401 C1).

1.5. Alegatos de Conclusión

1.5.1 Alegatos Presentados por el Demandante

Señaló el demandante que se encuentra probado que el fiscal 253 Seccional de la Unidad de la Ley 600, con fecha 30 de enero de 2012, ordenó la captura 2530057 por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA al entonces Teniente Coronel de la Policía HENRY FERNANDEZ CASTELLANOS, con fundamento en el inciso segundo de la artículo 336 de la Ley 600 de 2000, mediante resolución del 10 de febrero de 2012 la Fiscalía 253 impone medida de aseguramiento, siendo esta última revocada por la Fiscalía 42 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, mediante resolución del 11 de mayo de 2012 por no existir prueba directa ni indicios en su contra que comprometan su responsabilidad en la ejecución de los hechos ocurridos en septiembre de 1985, disponiendo su libertad provisional.

Manifiesta también que demostró dentro del proceso que el Fiscal 253 Seccional de la Unidad de la Ley 600, mediante decisión de fecha 08 de junio de 2012, precluyó investigación a favor del Teniente Coronel Henry Fernández Castellanos.

Indicó, que con las pruebas testimoniales quedó demostrada la aflicción, congoja que sufrió el señor Henry Fernández Castellanos y su familia, además del escarnio público y el daño al buen nombre al que fue sometido

el primero de los citados por ser un alto oficial de la policía que para la época de los hechos se desempeñaba como comandante del distrito de Fusagasugá.

Manifestó que la Fiscalía General de la Nación, no debe ser ajena al cumplimiento de los postulados constitucionales y legales, en ejercicio de las funciones y atribuciones detalladas en el artículo 250 de la Constitución Nacional, llamados a garantizar los derechos fundamentales de quienes de una u otra forma deben ser investigados y sometidos al rigor de la justicia, apoyados por el ordenamiento previamente establecido y guiados por la jurisprudencia, en un Estado Social de Derecho.

1.5.2 Alegatos Presentados por la Fiscalía General de la Nación

Alegó la parte pasiva que conforme a los hechos del proceso, las actuaciones penales adelantadas en contra de Henry Fernández Castellanos se ajustaron a las ritualidades del procedimiento penal que regula la Ley 600 de 2000. En razón a que de acuerdo con el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, vigente para la época de los hechos, la medida de aseguramiento era procedente para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprendiera para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción o entorpecer la actividad probatoria y que se imponía cuando apareciera por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con bases en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

En consecuencia, no se demostró que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación fueran contrarias a la constitución y a la ley, arbitrarias o irracionales, por lo tanto no se presentó un rompimiento de las cargas públicas que tuviera que soportar el señor Henry Fernández Castellanos, más allá de los límites constitucionales y legales permitidos.

I. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente acción, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2.- Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto la NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte demandante con ocasión de la presunta privación injusta de la libertad de que fue víctima el señor **HENRY FERNÁNDEZ CASTELLANOS**, entre el 31 de enero de 2012 hasta el 18 de mayo de 2012.

Para resolver el problema jurídico, se partirá de los siguientes:

2.3. Hechos Probados

De conformidad con las circunstancias fácticas y jurídicas del *sub lite* se encuentra probado dentro del plenario lo siguiente:

- El 30 de enero de 2018 se expide por parte del Fiscal 253 Seccional de Bogotá la orden de captura N° 2530057 contra el señor **HENRY FERNÁNDEZ CASTELLANOS** por el delito de Homicidio Agravado, la cual fue efectiva el día 31 de enero de 2018 en las instalaciones del complejo judicial de paloquemao oficina libertad individual C.T.I. (fl. 66-71 C. 1)
- El 11 de mayo de 2012 el fiscal 42 delegada revoca parcialmente la resolución emitida por el fiscal 253 seccional del 10 de febrero de 2012, referente a la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta a HENRY FERNÁNDEZ CASTELLANOS y se les concede libertad provisional previa caución por el monto de cinco salarios mínimos legales mensuales o constitución de una póliza de garantía. (fl. 110-143 C.1)
- El día 18 de mayo de 2012 se entrega libreta de libertad emitida por el Instituto Penitenciario y Carcelario por órdenes de la Unidad 11 local Fiscalía 253 de Bogotá al señor HENRY FERNÁNDEZ CASTELLANOS. (fl. 167 C.1)
- Mediante providencia del 8 de junio de 2012 el fiscal 253 seccional precluyó la investigación a Henry Fernández Castellanos por el concurso de delitos de homicidio agravado. (fl. 110-172 C.1)

2.4.- Marco jurídico y jurisprudencial

Régimen de responsabilidad en privación injusta de la libertad

La responsabilidad del Estado por las actuaciones u omisiones de sus agentes judiciales están consagrada en el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 y es del siguiente tenor literal:

"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.**"*

De forma concreta la norma en comento en su artículo 68 se refirió a la privación injusta de la libertad, así:

"ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado en reparación de perjuicios." (Resalta el Despacho)

En este punto del análisis vale mencionar que la anterior norma fue objeto de estudio por la Corte Constitucional, en sentencia C-037 de 1996 sosteniendo sobre el alcance de la detención injusta de la libertad y el reconocimiento de indemnización por tal concepto, que:

*"Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que **el término "injustamente" se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada, ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria.** Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.*

Se infiere entonces que la exequibilidad del artículo 68 de la ley 270 de 1996 está condicionada al análisis del elemento "injustificado" de la privación injusta, lo cual acaece cuando la actuación que dio lugar a la privación es desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, permitiendo

inferir que dicha medida no fue razonada por no estar ajustada a derecho. En este contexto el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo señaló³:

*“Como corolario de lo anterior, ha de entenderse que la hipótesis precisada por el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en la cual procede la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado por detención injusta, en los términos en que dicho carácter injusto ha sido también concretado por la Corte Constitucional en el aparte de la sentencia C-03[7] de 1996 en el que se analiza la exequibilidad del proyecto del aludido artículo 68 –y que **se traduce en una de las diversas modalidades o eventualidades que pueden generar responsabilidad del Estado por falla del servicio de Administración de Justicia**–, esa hipótesis así precisada no excluye la posibilidad de que tenga lugar el reconocimiento de otros casos en los que el Estado deba ser declarado responsable por el hecho de haber dispuesto la privación de la libertad de un individuo dentro del curso de una investigación penal, siempre que en ellos se haya producido un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política. (...)”*

Posteriormente el Consejo de Estado en sentencia de unificación⁴ puntualizó:

*“Todos los argumentos hasta aquí expuestos, los cuales apuntan a sustentar que el título jurídico de imputación a aplicar, por regla general, en supuestos como el sub judice en los cuales el sindicado cautelarmente privado de la libertad finalmente resulta exonerado de responsabilidad penal en aplicación del principio in dubio pro reo, es uno objetivo basado en el daño especial —como antes se anotó—, no constituye óbice para que se afirme, que en determinados supuestos concretos, además del aludido título objetivo de imputación (...), **también puedan concurrir los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, por error jurisdiccional o por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia. En tales eventos, como insistentemente lo ha señalado esta Sala cuando el caso puede ser resuelto ora a través de la aplicación de un régimen objetivo, ora al amparo de uno subjetivo de responsabilidad, el contenido admonitorio y de reproche que para la entidad pública reviste la condena con base en este último título de imputación***

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del **dos de mayo de 2007**, expediente: 15.463, actor: Adiela Molina Torres y otros, Bogotá, D.C., consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez

⁴ Consejo de Estado Sección Tercera Consejero ponente Mauricio Fajardo **17 de octubre de 2013, exp. 23354** demandante Luis Carlos Orozco Osorio

—además de la ilicitud del proceder de la misma entidad en el caso concreto— determina y aconseja que el fallo se sustente en la falla en el servicio y no el régimen objetivo que hubiere resultado aplicable.”

Con el anterior marco resulta diáfano asegurar que si bien tradicionalmente el título de imputación para abordar el estudio de la privación injusta de la libertad había sido el daño especial-responsabilidad objetiva, actualmente el análisis del título de imputación se realiza desde una óptica de lo subjetivo, como se desprende de lo sostenido por el Consejo de Estado al indicar que *“En efecto, la privación de la libertad, en estos casos, puede y debe darse con pleno acatamiento de las exigencias legales, pero, a la postre, si se dicta una providencia absolutoria, por cualquiera de los supuestos ya citados o por duda, se trataría de una decisión legal que pone en evidencia que la medida inicial fue equivocada. (...) En otros términos, es posible constatar eventos de privación de la libertad, en las cuales la detención del asociado encuentra fundamento constitucional y legal en un determinado momento, pero este desaparece cuando el ciudadano es dejado en libertad bajo las condiciones precisadas en la ley o, bien, porque se demuestra una clara falla del servicio al momento de librar la medida coercitiva.”*⁵

El Despacho precisa que a partir de la expedición de la Ley 270 de 1.996 el examen de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se circunscribe a la determinación de *“injusticia”* y en consecuencia obliga al operador jurídico a estudiar las actuaciones de las autoridades competentes y del enjuiciado al momento de la privación tal y como se desprende de la reciente posición unificada del Consejo de Estado al respecto:

*“ Así las cosas y como al tenor de los pronunciamientos de esta Sala la privación de la libertad de **una persona puede ser imputada al Estado siempre y cuando ella no haya incurrido, bajo la perspectiva de lo civil, en culpa grave o dolo civil, es menester determinar si, a la luz del artículo 63 del Código Civil, la conducta de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal y si, por consiguiente, fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos.***

⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C, Consejero ponente: Olga Melida Valle de la Hoz (e) Bogotá D.C., **veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015)** radicación número: 05001-23-31-000-1998-02662-01(37123) actor: camilo Arturo Cadavid Ramírez y otros demandado: nación- fiscalía general de la nación y rama judicial.

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

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

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

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio *iura novit curia*, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello⁶.

En consecuencia, estima este despacho que el título de imputación corresponde al subjetivo, en donde será necesario estudiar si la conducta de la víctima influyó en el resultado, y si actuó con algún grado de culpa u dolo, analizado desde la óptica del derecho civil.

Lo anterior por cuanto de las pruebas aportadas se encuentra que el encartado en el proceso penal fue objeto de medida de aseguramiento, por cuanto en sentir del ente investigador, el mismo participó en la comisión del delito de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, pero

⁶ Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Expediente: 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947).

posteriormente, fue precluída la investigación al no encontrar una prueba contundente que comprometiera su responsabilidad penal en el punible.

3.2.- Caso concreto

De conformidad con lo desarrollado en precedencia se abordará el estudio de sub lite a la luz del título de imputación de falla en el servicio, conforme con los planteamientos de responsabilidad efectuados por la parte actora a la entidad enjuiciada, y lo indicado en el marco jurídico y jurisprudencial, por tanto para que en esta instancia prosperen las súplicas de la demandante, deberá establecerse los siguientes presupuestos;

- El daño, lesión o perturbación a un bien protegido por el derecho.
- Una falla del servicio, por acción, omisión, retardo o ineficiencia del mismo.
- Un vínculo de causa efecto entre la falla y el daño.

3.2.1. El Daño Antijurídico

Jurisprudencialmente, se ha entendido el daño antijurídico como *"la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho"*; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que *"el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de "causales de justificación"*⁷.

En este orden de ideas, se tiene que el daño como elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, debe *"estar cabalmente estructurado, razón por la cual se torna imprescindible acreditar que satisface los siguientes requisitos: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, ii) debe lesionar un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) debe ser cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura. (...) como quiera que la antijuricidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, una vez verificada su existencia se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada; por tanto, le corresponde al juez constatar el daño como entidad, como violación a un interés legítimo, valorar si es o no antijurídico y, una vez estructurado como tal, analizar la posibilidad de imputación o no a la entidad demandada. **Si el daño no está acreditado, se torna inoficioso el estudio de la responsabilidad, por más que se encuentre acreditada***

⁷ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

alguna falla o falta en la prestación del servicio por parte de la Administración⁸

Ahora bien, examinadas las pretensiones del libelo se advierte que el daño alegado se suscribe a la privación de la libertad del señor Henry Fernández Castellanos, que fue calificado de injusto.

En este contexto, al revisar el material probatorio para establecer el primer elemento de la responsabilidad, esto es, el **daño**, se aportó la orden de captura No. 2530057 (fl. 66 C.1), materializada el día 31 de enero de 2012 (fl. 70 C.1) y orden de libertad con fecha de recibo 18 de mayo de 2012 (fl. 167 C.1).

En este sentido, halla el Juzgado acreditado que quien funge como víctima directa en el medio de control de la referencia, fue privado de su libertad por documentos con los que se encuentra demostrada la detención por un periodo de 3 meses y 16 días.

Lo relacionado en precedencia, permite tener por demostrada la existencia del daño, razón por la que procederá el despacho a establecer si el mismo es atribuible a la entidad demandada.

3.2.2.- De la falla en el servicio – nexó causal con el daño

En el caso de autos se encuentra probado que mediante providencia del 10 de febrero de 2012 proferida por la fiscalía 253, definió situación jurídica ordenando la detención preventiva sin derecho de libertad provisional ni a la sustitución de la misma por detención domiciliaria de Henry Fernández Castellanos "(...) por el doble delito de homicidio en calidad de coautores" (fls. 81 a 100 C.1) soportado en que "(...) los dos indicios de responsabilidad que exige el artículo 356 procesal se cumplen con holgura ya que no contamos con dos sino con muchos elementos mas probatorios para atizar que debe ordenarse la detención preventiva de HENRY FERNÁNDEZ CASTELLANOS (...), por el concurso de delitos de homicidio siendo víctimas JOSÉ ALFONSO PORRAS GIL y HERNANDO CRUZ HERRERA. Homicidios que solo pueden calificarse de agravados ya que acogemos el criterio de la Corte Suprema de Justicia, de la Procuraduría General de la Nación y de la Comisión Interamericana de Derechos humanos, que resaltan que dichas víctimas estaban en total actitud de indefensión que podían ser capturadas

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015) Radicación número: 76001-23-31-000-2008-00974-01(38522) Actor: OMAR DE JESÚS CORTÉS SUÁREZ Y OTRA Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

y llevadas a la justicia pero esa justicia no le intereso a los sindicatos ejecutando a plena luz del día a los jóvenes ya mencionados".

Posteriormente mediante providencia del 11 de mayo de 2012, proferida por la Fiscalía 42 delegada, se revocó parcialmente la resolución emitida por el fiscal 253 referente a la medida de aseguramiento proferida contra Henry Fernández Castellanos y le concedió libertad provisional, por no encontrar material probatorio suficiente que comprometiera su responsabilidad en el homicidio de José Alfonso Porras Gil y Hernando Cruz Herrera, en hechos sucedidos el día 30 de septiembre de 1985; entre los argumentos esbozados en la decisión se menciona lo siguiente:

"(...)

En tanto que, otro grupo de policiales, pertenecientes a la Sexta Estación, llamados "pick up" ocupada por el Teniente Luis Joaquín Camacho Sarmiento con 8 o 10 policiales y un camión que llamaban "tanqueta" o "coraza" ocupado por el Capitán Josué Velandia Niño, HENRY FERNÁNDEZ CASTELLANOS y DENIS ALIRIO CUADRADO SUAREZ con 30 o 40 uniformados más, quienes portaban diverso armamento. Los ocupantes de estos dos últimos rodantes que han sido escuchados, bien en testimonio o injuradas, son contestes en señalar que al momento en que observan en sentido contrario que se les aproxima raudo el "Toyota rojo" se detienen y proceden los ocupantes de "coraza" a descender y el comandante del grupo le ordena al Teniente Luis Joaquín Camacho Sarmiento en la "pick up" seguir el campero, escuchándose múltiples detonaciones de arma de fuego.

Tenemos igualmente acreditado, por lo que deriva de la diligencia de reconstrucción de los hechos- hoy día inspección judicial, junto a los planos y fotografías que no fue próximo o cercano el lugar donde se estaciono la "coraza" con relación al lugar donde fueron hallados los cuerpos, que dicho sea de paso, no resulta visible desde el punto en que hallaban ubicados inicialmente los componentes del grupo de fuerza Disponible.

A diferencia de como lo trato la instancia, no existen elementos probatorios para considerar de manera similar a quienes ocupaban la patrulla 0316 con los que estaban en la "coraza" por las razones que se señalan.

Lo que no es posible pregonar en contra de CUADROS SUAREZ y FERNANDEZ CASTELLANOS, toda vez que, si bien ellos pudieron o no haber efectuado disparos hacia el lugar en donde presuntamente se estaba llevando el ataque de la fuerza pública, ante las múltiples descargas que escucharon, no estaban en posición de haber podido infringir un daño porque no era visible desde el lugar que se hallaban una vez descendieron de la "coraza" y sumando a ello, las heridas que presentan los cuerpos

no corresponden a las armas que ellos afirman que portaban en esa operación.

Contrario a lo antes señalado, contra DENIS ALIRIO CUADROS SUAREZ y HENRY FERNANDEZ CASTELLANOS, no emergen pruebas directa ni indicios en su contra de connotación que comprometan su responsabilidad en la ejecución de estos hechos...(subrayado y negrilla de este despacho)

Ahora bien, posteriormente el fiscal 253 seccional, mediante providencia de fecha 08 de junio de 2012, decidió precluir la investigación, por no encontrar material probatorio que señale a Henry Fernández Castellanos como autor o participe del delito de homicidio, dentro de los argumentos del fiscal de conocimiento, para la preclusión de la investigación se tiene:

(...) y si seguimos – de hecho lo hacemos- con la línea argumentativa de Nuestro Superior Jerárquico, podemos concretar que a lo largo de la exposición de la providencia del 11 de mayo de 2012, de la totalidad de los 34 folios que la conforman, en ninguno de ellos se hizo imputación alguna o señalamiento a FERNÁNDEZ ni a CUADROS como autores o partícipes de los dos homicidios, ubicando en todo momento a MARINO y a JAIMES como coautores impropios, estamos entonces facultados procesalmente para concluir que el esbozo axiológico nuestro, al ser revocado, lleva implícita la conclusión de haber sido elaborado a partir de argumentaciones erradas.

De tal suerte que si la decisión del 11 de mayo de 2012, quedó sin valor nuestro criterio en aquello que incumbe exclusivamente a FERNÁNDEZ y a CUADROS y en la actualidad no vemos absolutamente ningún elemento de prueba que pudiera desvirtuar la postura intelectual Superior, es nuestro deber tomar la decisión anticipada del artículo 39 procesal, máxime las pruebas que se han incorporado al expediente después de la decisión del 11 de mayo de 2012, confirma el criterio de al Fiscalía 42.Delegada, es decir, que ninguna de esas pruebas involucra en lo más mínimo a FERNÁNDEZ y a CUADROS en los dos homicidios que les fueron imputados.

(...)"

Visto lo anterior, es claro que al señor Henry Fernández Castellanos se le precluyó investigación en consecuencia al no superarse los presupuestos establecido en inciso 2º del artículo 356 de C.P.P.

Lo anterior, a juicio del Despacho, compromete la responsabilidad extracontractual del Estado, en razón a que el señor Henry Fernández Castellanos, fue sometido por la autoridad judicial a una carga que no estaba obligado a soportar, ya que fue privado de la libertad por un lapso de tres (03) meses y 16 días, sin que se haya demostrado responsabilidad como autor del delito de homicidio agravado, más allá de toda duda razonable, es decir, no logró desvirtuar la presunción de inocencia, lo que configura lo injusto de la privación de la libertad.

Con relación a la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación frente al caso sub examine, resulta claro que la misma no realizó una adecuada actuación para la individualización de responsabilidades, constituyendo un actuar negligente y en contra de las garantías legales y constitucionales propias de un Estado Social de Derecho. En este orden de ideas, ante las exigencias normativas impuestas a la Fiscalía resultaba de vital importancia propender por salvaguardar los derechos constitucionales a la libertad - artículo 28 de la C.N.- y el debido proceso - artículo 29 de la C.N.

En consecuencia conforme a las pruebas allegadas al expediente, se concluye que a la Fiscalía General de la Nación es imputable el daño antijurídico padecido por los demandantes, toda vez que dicha entidad concurrió de manera directa en la privación de la libertad del señor Henry Fernández Castellanos, la que se tornó injusta.

Con lo anterior de marco, vislumbra el despacho que la privación de la libertad del señor Henry Fernández Castellanos, no estuvo idóneamente sustentada en el recaudo probatorio, dado que la medida de aseguramiento estuvo fundada en indicios sin que se realizará una individualización de responsabilidades, lo cual era tarea del ente investigador.

Aunado a lo anterior, se precisa que no se estableció un solo elemento de juicio que permitiera determinar que la limitación al derecho de la libertad fuera sucedida por una actuación culposa del señor Henry Fernández Castellanos.

En ese sentido, evidencia el Despacho que la privación de la libertad del señor Henry Fernández Castellanos, en el lapso comprendido entre el 31 de enero de 2012 al 18 de mayo de 2012, impuesta por la Fiscalía General de la Nación, se tornó injusta al no existir ningún elemento probatorio que sustentara su participación en el delito que se le endilgó.

Así las cosas, de acuerdo con lo analizado y comoquiera que el proceso penal siguió las reglas de la Ley 599 de 2000, marco legal que permitía a la Fiscalía General de la Nación expedir medidas de aseguramiento, sin la

revisión de esta por el juez, el Despacho encuentra que en el caso de marras la Fiscalía General de la Nación es la entidad responsable por la privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor Henry Fernández Castellanos.

Dirimida la responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación, continúa el Juzgado con el estudio de los perjuicios ocasionados según lo acreditado en el expediente.

3.3. Liquidación de los perjuicios

3.3.1 Daño Moral

Estando demostrada la ocurrencia de los hechos y las circunstancias en que se produjeron, encuentra el Despacho como probado el daño moral sufrido por el demandante, por tanto el Juzgado acudirá a los referentes para la reparación de perjuicios inmateriales, según la línea jurisprudencial unificada del Consejo de Estado, quien enseña que *"debe verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que estas se hallen respecto del lesionado..."*. Lo anterior según el siguiente cuadro:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Victima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

De este modo, teniendo en cuenta que la privación de la libertad del señor Henry Fernández Castellanos fue de tres (3) meses dieciséis (16) días, se reconocerá en favor de este, en calidad de víctima directa la suma equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales.

Para Rosmary Velásquez Mendoza (esposa), quien se encuentra en el nivel No. 1 de relación afectiva, de acuerdo al registro de matrimonio (fl 207 C.1) motivo por el cual se reconocerá por el perjuicio causado, el equivalente a 50 SMLMV.

Para Luisa María Fernández Velásquez (hija), quien se encuentra en el nivel No.1 de relación afectiva, de conformidad con el registro civil de nacimiento (FL 200) motivo por el cual se reconocerá por el perjuicio causado, el equivalente a 50 SMLMV.

Para Luis Alberto Fernández y Josefina Castellanos de Fernández (padres), quienes se encuentran en el nivel No.1 de relación afectiva, conforme al registro civil de nacimiento de Henry Fernandez Castellanos (FL 199) motivo por el cual se reconocerá por el perjuicio causado, el equivalente a 50 SMLMV.

Para Luz Marina Fernández Castellanos y Oscar Fernández Castellanos (hermanos) se encuentran en el nivel No. 2 de relación afectiva, según registro civil de nacimiento (fl 203 y 204), motivo por el cual se reconocerá por el perjuicio causado, el equivalente a 25 SMLMV.

Con relación a la señora Beatriz Mendoza de Alvarado (suegra) se observa que de conformidad con los testimonios recepcionados en audiencia de pruebas del día 12 de septiembre de 2017, una vez indagados los testigos por el padecimiento de que la señora Beatriz Mendoza se manifestó lo siguiente:

DECLARACIÓN DE ANDERSON DE JESÚS GARCÍA VARGAS, (...) **la suegra es una señora muy adolorida, en el sentido de que ella siempre manifestaba que ahora que iba a pasar con el que ahora Fernández detenido que su hija,** (...) se sentía como muy triste, como cualquier familiar que a veces de pronto pueden estar sufriendo hasta más que los familiares de Fernández por esa comunidad esa solidaridad en que vivían (...)" (Minuto 36:04 a Minuto 36:40 de la videograbación obrante a folio 395 del C.1)

DECLARACIÓN DE REYES MIGUEL ALVARADO SOLANO "(...) especialmente mi comadre ha sido afectada bastante, porque ella fue funcionaria pública a nivel país todo el mundo la conoce, situación que uno no quiere vivir eso y **preocupada también por su mamá que ha estado siempre con ella, ella ha sido como una segunda madre para mi compadre porque siempre ha convivido con ellos** (...)" (Minuto 53:26 a Minuto 53:44 de la videograbación obrante a folio 395 del C.1).

Con las anteriores declaraciones se pudo establecer que la privación de la libertad del señor Henry Fernández Castellanos causó dolor, afección y

congoja a la señora BEATRIZ MENDOZA DE ALVARADO, pues mantenían una buena relación y convivía para la época de los hechos con él, razón por la cual en este proceso se acreditó el sufrimiento padecido, motivo por el que se reconocerá por el perjuicio causado, el equivalente a 12.5 SMLMV.

Con relación a los perjuicios solicitados para las señoras Adriana Concepción Alvarado Mendoza y María Cristina Ardila Mendoza en calidad de cuñadas del señor Henry Fernández Castellanos, se observa que en los testimonios recepcionados en audiencia de pruebas, no se demostró la cercanía, el grado de aflicción y congoja que padecieron las citadas, por lo que no se reconocerán perjuicio moral alguno a su favor.

3.3.3 Perjuicios Materiales

3.3.3.1. Daño emergente

Funda su petición en la presunta suma de dinero que tuvo que sufragar para los gastos del proceso penal, esto fue, CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS \$45.000.000; para acreditarlo aportó copia del contrato de prestación de servicios suscrito con la apoderada Julia Amparo Peña Buitrago (fl. 190 C.1) quien es la misma apoderada que funge dentro del presente medio de control, y copia de tres recibos de pago (fl. 191-193), uno por valor de \$7.000.000 y dos por \$8.000.000 cada uno, para un total acreditado de \$23.000.000 millones de pesos, por lo que este Juzgado no accederá a la totalidad de lo solicitado como daño emergente, se accederá al valor de \$23.000.000, cuyo pago se encuentra acreditado.

Por consiguiente habrá lugar a reconocer perjuicios materiales a favor del demandante, por el valor que logró acreditar del pago por los servicios profesionales prestados, premisa estructural para el reconocimiento de esta clase de perjuicio, precisando que la actualización se debe cuantificar desde la fecha del último pago, esto es el 10 de diciembre de 2013⁹, hasta la fecha de la sentencia.

Pago por prestación de servicios para la defensa técnica (2013): \$23.000.000

Índice final: enero de 2019: 100.59

Índice inicial: diciembre 2013: 79.55

Actualización de la base:

$$RA = VH \frac{\text{ind final (100.59)}}{\text{ind inicial (79.55)}}$$

⁹ Folio 193

RA = \$ 23.000.000 x 1.26 = \$ **28.980.000**

Total perjuicios materiales por daño emergente: VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA MIL PESOS. \$28.980.000

3.5. Costas y agencias en derecho

Según lo consagrado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 366 de C.G.P en su numeral segundo y las directrices del Consejo Superior de la Judicatura, se condenará a la NACIÓN FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar a la parte demandante las costas que se fijan en el uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones de la demanda reconocidas en el fallo.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Sesenta y Cuatro Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad del señor Henry Fernández Castellanos, por las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A título de reparación del **daño moral**, condenar a la Fiscalía General de la Nación a pagar a los demandantes, las siguientes sumas de dinero:

HENRY FERNÁNDEZ CASTELLANOS (victima)	50 S.M.L.M.V
ROSMARY VELÁSQUEZ MENDOZA (esposa)	50 S.M.L.M.V
LUISA MARÍA FERNÁNDEZ VELÁSQUEZ (hija) representada por Rosmary Velásquez Mendoza	50 S.M.L.M.V
LUIS ALBERTO FERNÁNDEZ (padre)	50 S.M.L.M.V
JOSEFINA CASTELLANOS DE FERNÁNDEZ (madre)	50 S.M.L.M.V
LUZ MARINA FERNÁNDEZ CASTELLANOS (hermana)	25 S.M.L.M.V
OSCAR FERNANDEZ CASTELLANOS (hermano)	25 S.M.L.M.V
BEATRIZ MENDOZA DE ALVARADO (suegra)	12.5 S.M.L.M.V

TERCERO: A título de reparación del **daño material**, condenar a la Fiscalía General de la Nación a pagar al señor Henry Fernández Castellanos la suma de **VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA MIL PESOS. \$28.980.000**, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: NEGAR las pretensiones de la demanda, frente a las señoras Adriana Concepción Alvarado Mendoza y María Cristina Ardila Mendoza, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Fiscalía General de la Nación, y fijar como **agencias en derecho** a favor de la parte actora, el **uno por ciento (1%)** de las pretensiones de la demanda reconocidas en la sentencia.

SEXTO: La sentencia deberá cumplirse dentro de los términos previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y subsiguientes.

SEPTIMO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo previsto en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

OCTAVO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a la parte actora, si los hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÁLVARO CARREÑO VELANDÍA

Juez