



Consejo Superior
de la Judicatura

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 03 AGO 2018

MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTES:	RAFAEL EMILIO MOLINA JAFET WILDCAT MOLINA
DEMANDADO:	NACIÓN – RAMA JUDICIAL FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
EXPEDIENTE:	15001-3331-006-2016-00002-00

Agotados los ritos del medio de control de la referencia, profiere el Despacho sentencia de primera instancia, conforme a los siguientes

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

RAFAEL EMILIO MOLINA y **WILDCAT JAFET MOLINA**, por medio de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 140 del CPACA., demandan a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL** y **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, con el propósito de que se acceda a las siguientes:

1.2. Declaraciones y condenas

"PRIMERA: Se declare patrimonial, administrativa, extracontractual y solidariamente responsable a LA NACIÓN representada legalmente por el Presidente de la República Doctor JUAN MANUEL SANTOS o por quien haga sus veces; MINISTERIO DE JUSTICIA representado legalmente por el Ministro o por quien haga sus veces, RAMA JUDICIAL representada legalmente por el Director Ejecutivo de Administración Judicial o por quien haga sus veces; JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO, representado legalmente por el Juez o por quien haga sus veces, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, representada legalmente por el Fiscal General o por quien haga sus veces, de los perjuicios causados al señor RAFAEL EMILIO MOLINA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 79049072 de Engativá Cundinamarca; con ocasión de las acciones y omisiones realizadas por las acá demandadas, error judicial y privación injusta de la libertad de la que fue víctima, desde el día 14 de agosto del año 2009, hasta el 21 de septiembre del año 2011, fecha en la cual fue absuelto por atipicidad.

SEGUNDA: Condenar a la Nación representada legalmente por el Presidente de la República Doctor JUAN MANUEL SANTOS o por quien haga sus veces; MINISTERIO DE JUSTICIA representado legalmente por el Ministro o por quien haga sus veces, RAMA JUDICIAL representada legalmente por el Director Ejecutivo de Administración Judicial o por quien haga sus veces; JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO, representado legalmente por el Juez o por quien haga sus veces, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, representada legalmente por el Fiscal General o por quien haga sus veces, a pagar como

perjuicios materiales causados al señor RAFAEL EMILIO MOLINA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 79049072 de Engativá Cundinamarca, la suma correspondiente a CINCUENTA Y OCHO MILLONES CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE \$58.466.666 M/CTE, por concepto del valor de los perjuicios materiales que fueron causados a mi poderdante con las acciones y omisiones de las acá convocadas, error judicial y privación injusta de la libertad de la que fue víctima.

TERCERA: *Condenar a la Nación representada legalmente por el Presidente de la República Doctor JUAN MANUEL SANTOS o por quien haga sus veces; MINISTERIO DE JUSTICIA representado legalmente por el Ministro o por quien haga sus veces, RAMA JUDICIAL representada legalmente por el Director Ejecutivo de Administración Judicial o por quien haga sus veces; JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO, representado legalmente por el Juez o por quien haga sus veces, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, representada legalmente por el Fiscal General o por quien haga sus veces; a pagar como perjuicios morales causados al señor RAFAEL EMILIO MOLINA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 79049072 de Engativá Cundinamarca, la suma correspondiente a ciento setenta salarios mínimos legales mensuales vigentes 170 SMLMV, por concepto del valor de los perjuicios morales que fueron causados directamente a mi poderdante con las acciones y omisiones de las acá convocadas, error judicial y privación injusta de la libertad de la que fue víctima de forma directa. Por el desasosiego ante la imputación de un delito que no cometió, por el cual se privó injustamente de la libertad, causándole una gran angustia personal e innumerables complicaciones económicas y familiares, junto con el escarnio público al cual fue sometido tanto él como su familia.*

CUARTA: *Condenar a la Nación representada legalmente por el Presidente de la República Doctor JUAN MANUEL SANTOS o por quien haga sus veces; MINISTERIO DE JUSTICIA representado legalmente por el Ministro o por quien haga sus veces, RAMA JUDICIAL representada legalmente por el Director Ejecutivo de Administración Judicial o por quien haga sus veces; JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO, representado legalmente por el Juez o por quien haga sus veces, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, representada legalmente por el Fiscal General o por quien haga sus veces a pagar como perjuicios morales causados al menor YAFET WILDCAT MOLINA VÉLEZ, de 16 años de edad, representado legalmente por su padre RAFAEL EMILIO MOLINA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 79049072 de Engativá Cundinamarca, la suma correspondiente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes 100 SMLMV, por concepto del valor de los perjuicios morales que fueron causados con las acciones y omisiones de las acá convocadas, error judicial y privación injusta de la libertad de la que fue víctima su padre por el daño moral, psicológico y económico causado por la ausencia de su padre y la privación de su libertad.*

QUINTA: *Condenar a la Nación representada legalmente por el Presidente de la República Doctor JUAN MANUEL SANTOS o por quien haga sus veces; MINISTERIO DE JUSTICIA representado legalmente por el Ministro o por quien haga sus veces, RAMA JUDICIAL representada legalmente por el Director Ejecutivo de Administración Judicial o por quien haga sus veces; JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO, representado legalmente por el Juez o por quien haga sus veces, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, representada legalmente por el Fiscal General o por quien haga sus veces, a pagar como perjuicios morales causados a la señora DIANA LISVEI VÉLEZ GRANADOS (Q.E.P.D.), en su calidad de compañera permanente del señor RAFAEL EMILIO MOLINA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 79049072 de Engativá Cundinamarca, la suma correspondiente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes 100 SMLMV, por concepto del valor de los perjuicios morales que fueron causados con las acciones y omisiones de las acá convocadas, error judicial y privación injusta de la libertad de la que fue víctima su compañero permanente; por el daño moral, psicológico y económico causado por la ausencia de su padre y la privación de su libertad; teniendo en cuenta el fallecimiento de la compañera permanente durante el curso del proceso con ocasión a un cáncer que se agravó por las angustias sufridas y la situación económica precaria como consecuencia de la privación de la libertad de RAFAEL EMILIO MOLINA, dicho dinero debe*

ser entregado al señor RAFAEL EMILIO MOLINA en calidad de compañero permanente y como representante legal del menor JAFET WILDCAT MOLINA VÉLEZ, entregando el 50% de dicha suma a cada uno, es decir, a cada uno la suma de 50 SMLMV.

SEXTA: *La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas liquidadas en moneda de curso legal en Colombia, y se ajustarán dichas condenas tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor, conforme lo dispuesto en el artículo 179 del Código Contencioso Administrativo, actual art 187 Ley 1437 de 2011”.*

1.3. Fundamentos fácticos

Como sustento de las pretensiones, en resumen se narran los siguientes hechos:

Indicó que la señora Ruth Mary Pinzón López, denunció ante la Fiscalía General de la Nación el desaparecimiento de su esposo José Leonardo Castañeda Medina, conocido con el alias de “Zafiro”, el día 23 de abril de 2009, en el municipio de Muzo.

Una vez interpuesta la denuncia penal, la Fiscalía General de la Nación recibió información que señalaba que el señor Rafael Emilio Molina, conocido bajo el alias de “Coscorria”, disparó en tres oportunidades en contra de José Leonardo Castañeda medina, dando la orden al señor Wilmer Agustín Bohórquez, alias “Homero”, de lavar la sangre y desaparecer el cadáver.

Señaló que el Juzgado Segundo Penal Municipal de Chiquinquirá, legalizó la captura del demandante y, la Fiscalía le formuló imputación por el delito de “Desaparición Forzada Agravada”, solicitando además la medida aseguramiento de privación de la libertad, la cual fue impuesta. La decisión del Juez de Garantías fue confirmada en segunda instancia.

Narró que la Unidad Judicial de Quípama y La Victoria, el día 2 de septiembre de 2009, impartió legalidad a la captura de Wilmer Agustín Cuesta, formulándole imputación por el delito de desaparición forzada agravada e imponiéndole medida de aseguramiento.

Indicó que el 4 de diciembre de 2009, la Fiscalía Segunda Delegada para Asuntos Humanitarios, formuló acusación en contra del demandante, como autor del delito de desaparición forzada agravada en concurso con el delito de fabricación, tráfico y porte de arma de fuego. Respecto de Wilmer Cuesta, la Fiscalía formuló acusación por el delito de desaparición forzada, en calidad de cómplice.

Adujo que la Fiscalía imputó cargos por desaparición forzada agravada, luego lo acusó por el mismo delito pero en concurso con el delito de porte ilegal de armas y, cambia la autoría a complicidad en el juicio oral. Resaltó que todos estos hechos configuran el error judicial que conllevó a la privación injusta de la libertad del actor.

Expuso que el 18 de diciembre de 2009 se realizó la Audiencia Preparatoria en el Juzgado Penal Especializado de Tunja y, el 8 de marzo de 2010 se emitió fallo condenatorio en contra del demandante.

Señaló que se llevó a cabo Audiencia de Individualización de la Pena y Sentencia, y se dio inicio al incidente de reparación integral, etapa que culminó el 24 de mayo de 2010. Agregó que, el 9 de noviembre de 2010 se leyó el fallo de primera instancia, en el cual se absolvió a Wilmer Agustín Bohórquez Cuesta y se condenó al actor por el delito de desaparición forzada, del cual fue víctima al señor José Castañeda.

Indicó que el Juzgado Penal Especializado en el fallo de primera instancia, pone en evidencia las irregularidades e incongruencias de la Fiscalía; sin embargo, no se pronuncia sobre dichos aspectos. Pese a que el Despacho judicial hace un recuento de los antecedentes del delito de desaparición, erróneamente determina que sí se configuró, prosiguiendo con la privación de la libertad.

Manifestó que en el curso del proceso penal la Fiscalía le propuso al actor la celebración de un preacuerdo por el delito de homicidio, el cual es aportado al proceso pese a que este tipo de negociaciones no tienen valor probatorio.

Refirió que la sentencia condenatoria fue objeto de impugnación, la cual fue resuelta el 20 de septiembre de 2011, proveído en el cual se evidenciaron todos los errores judiciales, desde el momento de vinculación del señor Rafael Emilio Molina, al igual que las acciones y omisiones de la Fiscalía General de la Nación desde que procedió a imputar cargos por desaparición forzada, cuando los hechos investigados no configuraban ese tipo penal.

Expresó que al actor se le legalizó captura, se profirió medida de aseguramiento y se le imputaron cargos por desaparición forzada; los hechos que sustentaron la actuación judicial fueron enmarcados dentro de este tipo penal. No se tuvo en cuenta que el actor carecía de antecedentes penales y que fue errónea la adecuación típica de los hechos, por ello, esta situación conllevó al pronunciamiento de un fallo inhibitorio por atipicidad.

Agregó que la Fiscalía imputó y acusó por el delito de porte ilegal de armas de fuego, cuando en ningún momento se le encontró o se le determinó si tenía permiso para portarla

Indicó que el Ministerio Público pese a ser garante dentro del proceso, nunca hizo acotación alguna frente a las irregularidades presentadas desde la vinculación del actor, de la Fiscalía y el Juzgado al momento de argumentar el fallo de primera instancia, procediendo por el contrario, a interponer recurso extraordinario de casación.

Señaló que el día 13 de diciembre de 2011, la demanda de casación fue sometida a reparto ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, correspondiendo al Despacho del Magistrado Luis Guillermo Salazar Otero; que El 20 de noviembre de 2013, se inadmitió, por no reunir los presupuestos materiales para ordenar su trámite; que tampoco se asume la intervención oficiosa porque no se observó la afectación de derechos ni de garantías de los intervinientes.

Mencionó que el expediente fue devuelto al Tribunal de origen el día cinco de diciembre de 2013, sin que se procediera a solicitar ni promover el mecanismo de insistencia dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la providencia que inadmitió la demanda de casación, por lo que quedó debidamente ejecutoriado el fallo.

II. TRÁMITE PROCESAL

El medio de control de la referencia fue radicado en el Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados Administrativos de esta ciudad, el día 13 de enero de 2016. Mediante auto del 19 de febrero se inadmitió la demanda, la cual se subsanó el 17 de marzo de 2016. Posteriormente se admitió el 30 de marzo de ese mismo año. El 12 de julio de 2017 se llevó a cabo la audiencia inicial. La audiencia de pruebas se realizó el 7 de septiembre de 2017, diligencia en la cual se logró el acopio de las pruebas decretadas y en tal medida se cerró esta etapa procesal y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión.

2.1. Contestación de la demanda

2.1.1. Fiscalía General de la Nación

Señaló que el delito de desaparición forzada genera incertidumbre acerca del paradero, vida o muerte, lo cual provoca intimidación o supresión de derechos, por lo cual no se está

de acuerdo con la aseveración del demandante en el sentido de que se trata de una mera privación de la libertad.

Adujo que el problema jurídico que importa a este proceso, es determinar si la interpretación del Juez de Control de Garantías, lo llevó a un error judicial al proferir la imputación de desaparición forzada solicitada por la Fiscalía como titular de la acción penal, así como la presentación del escrito de acusación para su incorporación ante el Juez de Conocimiento para llevar a juicio al señor Rafael Emilio Molina.

Resaltó que en el sistema penal acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación, en principio, no cuenta con capacidad de proferir providencias judiciales, ya que no es el órgano competente para determinar la responsabilidad del acusado, función ésta que radica en los jueces de control de garantías y conocimiento.

En cuanto a la configuración del error jurisdiccional, indicó que hubo un avance al considerar que, sobre el mismo punto de hecho, pueden darse varias interpretaciones o soluciones de derecho, todas jurídicamente admisibles en tanto estén justificadas, por lo tanto el error viene a tener lugar cuando la decisión carezca de decisión coherente.

Señaló que para que se pueda alegar el error judicial la providencia de estar en firme y el afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley, excepto en los casos de privación de la libertad cuando esta se produzca en virtud de una orden judicial.

Discurrió que en el proceso judicial se presentaron dos posiciones judiciales en la primera y segunda instancia, por lo que no hay una verdadera claridad de que en efecto se le haya dado muerte a la víctima. Las conclusiones no son claras, durante el juicio de primera instancia se estableció que si bien se disparó contra la víctima, no hay certeza de su muerte o paradero.

Consideró que el caso en estudio es peculiar, dado que la parte demandante alega un error judicial cuando quien debía alegarlo, es la esposa del occiso o desaparecido y no el actor, porque finalmente fue a ella, la cónyuge, a la que no se le administró justicia. Fue gracias a la discrepancia jurídica que el demandante fue absuelto, luego el error lo favoreció para recobrar la libertad sin que moralmente lo mereciera.

Argumentó que el Estado no pudo condenarlo y por tanto, se podría decir que el actor no tenía el deber jurídico de soportar la carga de la privación de la libertad, sea o no que haya lugar al error judicial. No obstante, el demandado si participó en una conducta criminal al haber omitido dar información sobre el paradero del señor José Leonardo Castañeda Medina, cuando se probó que fue la última persona con la que se vio.

Finalmente alegó como causales de exoneración de responsabilidad de la entidad, culpa exclusiva de la víctima.

2.1.2. Rama Judicial

La Nación – Rama Judicial no contestó la demanda.

2.2. Alegatos de conclusión

La parte demandante, inicialmente se refirió a la tacha de testigo que realizó la Representante del Ministerio Público en la Audiencia de Pruebas, respecto del testimonio de la señora María Mery Granados. Sobre este aspecto indicó que en la audiencia referida la parte actora anotó, que no era procedente haber esperado hasta la rendición del testimonio para proceder a presentarla.

Indicó que la tacha de sospecha del testigo en el C. de P.C. se debe presentar antes de su práctica; que con el CGP desapareció dicho presupuesto de forma taxativa, sin embargo, actualmente se refiere que dicha figura se presenta para refutar la credibilidad de quien rinde su versión sobre los hechos. Que basados en los principios de oralidad que rigen el proceso contencioso administrativo, se determina que debería realizarse al momento de practicar el contrainterrogatorio, cuando efectivamente la parte que lo solicite esté habilitada para su desarrollo.

Discurrió que el Ministerio público, no podía hablar de contrainterrogatorio debido a que no cuenta con calidad de parte dentro del proceso. Que la delegada realizó la tacha sin proceder a una sustentación clara y precisa, la cual es exigida por el CGP; que por lo además tenía pleno conocimiento del parentesco entre la testigo como se precisó en la demanda.

Con base en los anteriores argumentos solicitó la declaratoria de improcedencia de la tacha del testigo, para que así se proceda a su valoración.

Respecto sobre el fondo del asunto indicó que frente a la Rama Judicial se deben declarar probados los hechos susceptibles de confesión, en razón a que la entidad no contestó la demanda.

Mencionó que la Fiscalía General de la Nación, estableció como ciertos, sin proceder a ninguna argumentación, los hechos expuestos en los puntos 16, 18 y 25, por lo que tales hechos ya no tienen ninguna discusión al ser aceptados. Así las cosas, queda probado que la entidad acepta el error frente a la imputación y acusación por el delito de porte de armas y el error frente al concurso de conductas. De igual manera admitieron el hecho expuesto en el punto 25 referente al error judicial y la privación injusta de la libertad, la cual está probada con la absolución de segunda instancia por atipicidad absoluta de la conducta.

Refirió que la Rama Judicial por intermedio de sus funcionarios, avaló la medida de aseguramiento cuando la conducta no encuadraba en el tipo penal y no se adecuaba a los hechos ni al material probatorio. Subrayó que el Juez de Garantías en su rol constitucional, debió abstenerse de decretar la medida de aseguramiento teniendo en cuenta la carencia de antecedentes penales.

Señaló que en la sentencia de primera instancia el Juez, pese a evidenciar el error de la Fiscalía frente a la conducta, procede a emitir sentencia condenatoria cuando no existió tipicidad frente a los hechos.

Indicó que la Fiscalía General de la Nación, tanto en la contestación como en las excepciones, presentó como argumento de defensa, que la medida de aseguramiento fue culpa exclusiva de la víctima. Esta teoría la sostiene y soporta en el hecho que el actor cometió otro delito y por tecnicismos judiciales salió absuelto. En ese orden menciona que dicho argumento no está llamado a prosperar, toda vez que aparte de las consecuencias jurídicas de la no contestación de la Rama Judicial y de la aceptación de la Fiscalía, está probado en el proceso penal, que el ente investigador y acusador tenía conocimiento de su error, prueba de ello fue el preacuerdo que pretendió realizar. Subrayó que los elementos materiales probatorios y la evidencia física, no encuadraban dentro del delito de desaparición forzada, sin embargo se hizo la imputación por este delito y se acusó por el mismo, sorprendiendo a la defensa con la presentación de otro delito, violando con ello el principio de igualdad de armas.

Concluyó que no es dable establecer que la privación de la libertad se dio por culpa de la víctima, ya que según esta teoría independientemente de los errores de la entidades, el actor si cometió otro delito. Lo anterior es totalmente contrario a derecho, dado que en

primer lugar no existe proceso por homicidio, ni por ningún otro delito en contra de Rafael Emilio Molina; que por lo demás, éste no tiene antecedentes penales. Así las cosas, la Fiscalía no puede suponer la existencia de otro delito cuando como se reitera, no existió proceso penal por este.

Adujo que pese a que el Tribunal Superior determinó que lo que se evidenciaba era otro delito, esto no es un eximente de responsabilidad administrativa para la Fiscalía y la Rama Judicial, ya que no existe proceso por otro delito, no se probó ningún homicidio y no existen las pruebas de la comisión de éste.

Indicó que no se puede afirmar que el actor estaba obligado a soportar la medida de aseguramiento, cuando no existían los elementos para decretarla. Si se observa detenidamente, los requisitos para proferir la medida brillan por su ausencia, ya que su imposición se basó en el hecho de la gravedad del delito que se imputó.

Discurrió que de las pruebas documentales aportadas al proceso, se determina el error en el proceder de los funcionarios de la Fiscalía desde el inicio de la actuación hasta la sentencia de segunda instancia.

Enfatizó en que el error judicial se determina claramente a partir de la prueba documental, ya que los funcionarios, contrario a lo previsto en la legislación penal, inician investigación, formulan imputación y solicitan medida de aseguramiento, sin que los hechos o la conducta se adecúen al tipo penal de desaparición forzada.

Resaltó que las normas de internas e internacionales y los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia establecen que cuando una sentencia condenatoria ha sido revocada procede la indemnización por los perjuicios causados.

Indicó que dentro del proceso se probó el error judicial y la privación ilegal de la libertad, errores imputables a las demandadas y que tuvieron como consecuencia el daño antijurídico, el cual también está debidamente probado. Se demostró que la salud de la compañera permanente del actor comenzó a deteriorarse posteriormente a la privación de la libertad.

Que frente de los perjuicios morales se estableció el sufrimiento y aflicción de sus familiares. Se probó el parentesco con los registros civiles aportados; que respecto del sufrimiento de la compañera permanente se demostró que este se agravó con la privación, de acuerdo a la historia clínica que se aportó.

Señaló que en la declaración de la señora María Mery Granados se determinó claramente las consecuencias de la privación de la libertad; al igual que la labor que desempeñaba el accionante como guaquero y minero. Se estableció que por su trabajo el actor recibía grandes ganancias y que mensualmente, aportaba al hogar más de dos millones de pesos. Además, que el abogado que lo defendió en el proceso penal le pagó más de cinco millones de pesos.

De conformidad con lo expuesto solicitó que se declaren prosperas las pretensiones de la demanda, declarando el error judicial y la privación ilegal de la libertad sufrida por el señor Rafael Emilio Molina.

De otra parte la Fiscalía General de la Nación indicó que la actuación de la entidad se surtió de conformidad con la Constitución Política y la legislación penal vigente para la época de los hechos, por lo que no se puede predicar ningún defectuoso funcionamiento, ninguna clase de error, acción u omisión. La actuación de la Fiscalía se ciñó conforme las obligaciones y funciones establecidas en el artículo 250 de la Constitución.

Argumentó que no se puede exigir que desde el apertura del proceso el ente fiscal pueda definir a ciencia cierta sobre la responsabilidad del investigado. Corresponde al juez decidir con base en el material probatorio y con base en los principios de la hermenéutica jurídica.

Adujo que los roles que se cumplen en un proceso son diferentes tanto para la Policía Judicial, la Fiscalía y el Juez. Ante la noticia criminal a la policía judicial le corresponde realizar los actos de indagación e investigación. El resultado de la anterior tarea se pone en conocimiento del fiscal, quien dirige la investigación, adelanta el plan metodológico, define la hipótesis delictiva y traza los objetivos de la investigación. Realizada la labor del ente fiscal, se debe presentar los resultados ante el juez, mediante la formulación de imputación, audiencia que es el punto de partida para que la defensa y el fiscal recopilen pruebas. Luego, le corresponde a la Fiscalía presentar el escrito de acusación, etapa en la cual las partes descubren sus pruebas. Posteriormente se realiza la audiencia preparatoria y por último, se llega al juicio oral.

Discurrió que el argumento principal de los alegatos, lo constituyen las causales eximentes de responsabilidad del Estado. Mencionó que el Consejo de Estado, en diferentes sentencias, ha contemplado que el régimen jurídico de la privación de la libertad solo se estima completo cuando supera el juicio autónomo sobre la culpa grave o el dolo de la víctima.

Manifestó que en los casos de privación de la libertad, la tesis que venía sosteniendo la Alta Corporación, ha sufrido modificaciones, en el sentido de imponer el análisis del cumplimiento de los requisitos y presupuestos para decretar la medida de aseguramiento, además que no toda absolución genera automáticamente responsabilidad del Estado.

Reiteró el argumento expuesto en la contestación de la demanda respecto a que el actor, no solo estuvo en el lugar de los hechos, sino que además desplegó una conducta criminal que no pudo ser imputada por técnica jurídica.

Indicó que existe falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía, teniendo en cuenta que el ente acusador en el sistema penal acusatorio, no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad, ésta es avalada y controlada por el Juez de Garantías. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Fiscalía no puede resultar responsable de los daños antijurídicos que se imputen por detención injusta, sencillamente porque esta no es la entidad encargada de asegurar la comparecencia de los procesados al proceso. Para sustentar lo anterior, citó las sentencias C-1092 de 2003; C-873 de 2003, C-591 de 2005 y C-730 de 2005, al igual que señaló en extenso, las Sentencias del Consejo de Estado: i) Sección Tercera, del 24 de junio de 2015, expediente 38.524, C.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN, ii) Sección Tercera, del 30 de junio de 2016, expediente 41604, C.P. MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, iii) Sección Tercera, del 14 de julio de 2016, expediente 42555, C.P. MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO y, iv) Sección Tercera, del 21 de julio de 2016, expediente 41608, C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

Finalmente la Rama judicial como el Ministerio Público guardaron silencio.

2.3. Pruebas

2.3.1. Documentales

ANEXO 1.

- Copia de Sentencia Penal Primera Instancia, Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja.
- Copia de Sentencia Penal Segunda Instancia, Tribunal Superior de Tunja, Sala de Decisión Penal.
- Copia de la Providencia mediante la cual se inadmitió el recurso extraordinario de casación, presentado por el Procurador 174 Judicial Penal II de Tunja, en contra de la decisión del Tribunal Superior – Sala Penal.

Anexo 2.

- CD 5 de enero de 2009. Juicio Oral aplazado y anexos.
- CD 18 de diciembre de 2009 Audiencia Preparatoria y anexos.
- CD Formulación De Acusación diciembre de 2009 y anexos.
- CD Audiencia de Formulación de Acusación aplazada 20 noviembre de 2009 y anexos.
- CD Audiencia de Formulación de Acusación aplazada 2 de octubre de 2009 y anexos.
- CD Acta de Audiencia de Argumentación Oral y decisión del recurso Medida de Aseguramiento y anexos.
- CD Legalización de Captura, Medida de Aseguramiento y Formulación de Imputación y anexos.

Anexo 3.

- Copia del recurso extraordinario de casación presentado por el Procurador 174 Judicial Penal II de Tunja.
- Copia del salvamento de voto presentada por la Magistrada CANDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS.
- CD Audio Tribunal Superior de Tunja, Sala de Decisión Penal.
- CD Audio Audiencia de Lectura de Fallo y anexos.
- CD Audio Audiencia de Sustentación de Recurso de Apelación de la Audiencia de Reparación Integral y anexos.
- CD Audiencia de Reparación Integral y anexos.
- CD Audiencia de Incidente de Reparación Integral y anexos.
- CD Audiencia de Continuación de Juicio Oral y anexos
- CD Filmación Lugar de los Hechos y anexos

Anexo 4.

- Registro Civil de Nacimiento del menor WILDACAT JAFET MOLINA VÉLEZ
- Registro Civil de Defunción de DIANA LISVEY VÉLEZ GRANADOS
- Certificado de Defunción de DIANA LISVEY VÉLEZ GRANADOS.
- Registro Civil de Nacimiento de DIANA LISVEY VÉLEZ GRANADOS
- Copia de cédula de ciudadanía de DIANA LISVEY VÉLEZ GRANADOS
- Copia acta de preacuerdo Fiscalía
- Copia de certificado de libertad

- Copia del trámite de conciliación extrajudicial.

Anexo 5

- - Copia de la Historia Clínica de DIANA LISVEY VÉLEZ GRANADOS

Anexo 6

- Copia de las actuaciones surtidas dentro del proceso N° 154806103107220098004300 allegadas por el Juzgado Penal del Circuito de Tunja.

2.3.2. Testimoniales

- Testimonio de la señora MARIA MERY GRANADOS HERRERA, incorporado en la audiencia de pruebas, minuto 01:30 a 17:12 de la grabación.

III. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que en derecho corresponda a la *litis*.

3.1. Problema jurídico

Se centra en establecer si la Nación – Rama Judicial y la Fiscalía General son responsables administrativa y patrimonialmente por error jurisdiccional cometido dentro del proceso investigativo y penal que se adelantó en contra del actor y por la privación injusta de la libertad que este padeció, entre el lapso comprendido entre el 14 de agosto de 2009 al 21 de septiembre de 2011.

3.2. De las excepciones de mérito propuestas

Por parte de la Fiscalía General de la Nación se propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva -material- la cual se decidiría con el fondo del presente asunto, dado que las pretensiones de la demanda se encaminan a que se declare la responsabilidad de las entidades demandadas por error jurisdiccional y privación injusta de la libertad.

En ese orden el Despacho entrará a estudiar: (i) El Régimen jurídico de responsabilidad; (ii) Error jurisdiccional; (iii) La privación Injusta de la Libertad; y (iv) la solución al caso concreto.

3.3. Régimen jurídico de responsabilidad

El fundamento jurídico de la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano, encuentra su génesis en primer término en el artículo 90¹ de nuestra Constitución Política, y en segundo lugar, en el artículo 140 del CPACA, norma que establece el medio de control de reparación directa tiene como finalidad que las personas reclamen la reparación del daño antijurídico que han sufrido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

El principio de responsabilidad del Estado previsto por la Constitución es magistralmente explicado por el Dr. Enrique Gil Botero², en los siguientes términos:

"Es así como el artículo 90 de la Constitución, no es más que la mera consecuencia de la filosofía que traza la Carta Política, circunscrita por principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, como la dignidad, la igualdad, la libertad, la justicia, el pluralismo político, la solidaridad, la equidad, el Estado social de derecho, etc.

Y desde el punto de vista solamente de la dignidad y la igualdad, encontramos que el fundamento de la responsabilidad, en su máximo grado de abstracción, radica en el imperativo kantiano: obra de tal manera que tu deseo sea que tu actuación se convierta en ley universal. Por ello cada uno es responsable de su acción: si yo hice algo debo asumir la responsabilidad. O bien, por la razón práctica de su primigenia manifestación "el bien ha de hacerse y perseguirse y el mal evitarse", a partir del cual se fundan los otros preceptos de la ley natural. Ese es el desiderátum de la responsabilidad en el sentido filosófico que implica interrelacionarlo con el derecho, porque de lo contrario, como lo ha enunciado Kant en términos de la antigua fábula, el no hacerlo "es semejante a una cabeza sin cerebro", o en otros términos: "jurisprudencia y filosofía no pueden marchar separadas".

Sin duda alguna si la responsabilidad es exigible de las personas también lo es del Estado, el cual actúa a través de sus agentes y está sujeto al principio de legalidad; razón por la cual si en la ejecución de sus fines desborda o desconoce el marco legal deberá responder por acción y omisión.

¹ Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.
En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

² Enrique Gil Botero, Responsabilidad Extracontractual del Estado, 7ª ed., Bogotá, Temis, 2017, pág. 20.

Esta norma constitucional encuentra desarrollo en el artículo 140 del CPACA que establece el procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad estatal:

"Art. 140. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño."

La pretensión de reparación del daño atribuible al Estado, es la de Reparación Directa, la cual se constituye en medio de control de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual se solicita al juez competente que se repare un daño antijurídico y que se reconozcan unas indemnizaciones por el mismo.

Ahora bien, a partir de la Constitución de 1991 y de la expedición de la Ley Estatutaria de Justicia (Ley 270 de 1996), la responsabilidad del Estado por las acciones u omisiones de sus agentes judiciales, ha venido siendo reconocida, pues antes de estos dos hitos judiciales la jurisprudencia del Consejo de Estado no concebía la responsabilidad patrimonial en el ejercicio de la jurisdicción. A partir del artículo 90 de la Carta Política, se construye la nueva perspectiva jurisprudencial de la responsabilidad del Estado, en la cual no se excluye de ningún modo a los administradores de justicia.

A partir de los artículos 65 a 67 de la Ley 270 de 1996, se plasma en el texto legal la responsabilidad del Estado por el ejercicio de la jurisdicción, bien sea por la acción u omisión de sus agentes. Pero la norma va más allá y establece los eventos en los cuales se deberá responder, estos son, por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

Así las cosas, la responsabilidad del Estado también surge en el ejercicio de la jurisdicción, delimitada a bajo los títulos de imputación descritos en el párrafo segundo del artículo 65 de la LEAJ.

3.4. Error jurisdiccional

El artículo 65 de la Ley Estatutaria de Justicia establece que el Estado responderá patrimonialmente por el error jurisdiccional, supuesto autónomo que es definido en el artículo 66 *ibídem* en los siguientes términos: *"Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley."*

Como se observa, el error jurisdiccional se materializa única y exclusivamente en una providencia judicial contraria a la ley, concepto definido por el Consejo de Estado³ en los siguientes términos:

"Una providencia contraria a la ley es aquella que surge de subsumir los supuestos de hecho del caso en las previsiones de la norma (error de interpretación), de la indebida apreciación de las pruebas en las cuales se fundamenta (error de hecho), de la falta de aplicación de la norma que corresponda o de la indebida aplicación de la misma".

La ley además establece los presupuestos sobre los cuales se puede predicar de la administración judicial el reconocimiento del error jurisdiccional, ellos son: i) *El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial y; ii) La providencia contentiva de error deberá estar en firme.*

Sobre el primer presupuesto se tiene que, cuando el demandante tiene la oportunidad procesal de recurrir dentro del mismo proceso y se abstiene de hacerlo, consolida su culpa y responsabilidad en la decisión errada, exonerando de responsabilidad a la administración de justicia.

En lo que tiene que ver con la firmeza de la decisión contentiva del error, este presupuesto resulta trascendente en la medida en que es a partir de la firmeza que se hace evidente el error pues, no hay manera que pueda lograrse la corrección del mismo dentro del proceso judicial. En otras palabras, si el error es susceptible de ser corregido en sede judicial no puede demandarse su reparación.

Sobre el error jurisdiccional la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴ ha establecido que para efectos de verificar su configuración, se debe acoger la tesis iusracionalista defendida

³ Consejo de Estado,

por RONALD DWORKIN y ROBERT ALEXI, de manera que a partir de la carga argumentativa y de suficiencia se debe estudiar el error invocado⁵.

En suma, el error jurisdiccional como fuente de responsabilidad del Estado y sus funcionarios y empleados judiciales, se define como aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso y materializado en una providencia judicial.

Además de lo anterior, el error jurisdiccional está sujeto a dos presupuestos a saber: i) El afectado deberá haber interpuestos los recursos ordinarios de ley y; ii) la providencia contentiva del error debe estar en firme.

3.5. La privación Injusta de la Libertad

El artículo 68 de la LEAJ dispone que: "*Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.*".

Esta norma tiene fundamento constitucional en el artículo 90 de la Constitución política (cláusula general de la responsabilidad estatal), ya que la actividad punitiva del Estado también es objeto de control no solo por el derecho fundamental que está en juego, la libertad, sino porque todos las autoridades públicas, incluidas los agentes judiciales y los administradores de justicia, debe responder por acción u omisión en el ejercicio de sus funciones.

El Consejo de Estado respecto de la responsabilidad por privación injusta de la libertad, ha pasado por varias etapas, tal y como se señaló en reciente sentencia de la Sección Tercera de esa Corporación⁶.

" En la primera etapa se consideró que debía aplicarse la teoría subjetiva o restrictiva, según la cual, esa responsabilidad estaba condicionada a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir, que debía demostrarse el error judicial.

También se sostuvo que dicho error debía ser producto "de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso".

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012), Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02010-01(22581) "En suma, mejor que otras concepciones del derecho, la iusracionalista permite justificar la existencia y sentido de normas sobre el error judicial y explicar adecuadamente las propiedades mismas de éste fenómeno jurídico en el que eventualmente pueden incurrir las autoridades judiciales, independientemente de su nivel jerárquico".

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, veinticuatro (24) de agosto de dos mil diecisiete (2017)., Radicación: 730012331000201000342 01 (43.818)

Así las cosas, tal declaratoria de responsabilidad procedía porque la privación de la libertad fue ilegal porque la captura se produjo sin que la persona se encontrara en situación de flagrancia o porque se realizó sin orden judicial previa.
(...)

En una segunda etapa, el Consejo de Estado consideró que la privación injusta de la libertad por "error judicial" comprendía casos diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, eventos aquellos en los cuales la víctima debe demostrar lo injusto de su detención toda vez que en los del artículo 414 se presumen.
(...)

En la tercera, que es la que prohija la Sala actualmente, sostiene que se puede derivar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación), incluyendo el evento del in dubio pro reo, aunque para la privación se hayan cumplido todas las exigencias legales ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho vea limitado su derecho a la libertad para luego resultar absuelto del cargo imputado.

El estado de arte en materia de privación injusta nos ubica en la tercera etapa, es decir, que el Estado debe responder cuando el proceso penal concluye con sentencia absolutoria, porque como lo menciona el órgano de cierre de la Jurisdicción en la sentencia en cita, "se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho vea limitado su derecho a la libertad para luego resultar absuelto del cargo imputado".

Ahora bien, ese deber de reparar por la limitación del derecho a la libertad está sujeto a lo previsto en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, que dispone que: "El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.". En otras palabras, pese a que la responsabilidad penal no se haya demostrado, es menester establecer la actuación asumida por el procesado dentro de la causa penal, porque si bien para la justicia penal la actuación no tuvo la magnitud para configurar el delito, en sede de responsabilidad resulta relevante para determinar el deber de reparar.

En conclusión, la actual postura del Consejo de Estado respecto de la privación injusta de la libertad como evento de responsabilidad patrimonial del Estado, ha dejado de lado la tesis objetiva con la que se estudiaba este tipo de daños, para entrar a una que aunque entiende que la privación de la libertad se torna en una carga que el ciudadano no está en la obligación de soportar cuando el proceso culmina con sentencia absolutoria, es deber del juzgador examinar la actuación del procesado para determinar la posible existencia de la causal eximente de responsabilidad denominada, culpa exclusiva de la víctima.

4. Caso concreto

4.1. Hechos probados

De las pruebas aportadas y practicadas en el decurso procesal, podemos establecer como probados los siguientes hechos:

- Que la señora Ruth Mary Pinzón López, denunció ante la Fiscalía General de la Nación el desaparecimiento de su esposo, José Leonardo Castañeda Medina, hecho ocurrido el día 23 de abril de 2009, en jurisdicción del Municipio de Muzo.
- Que el día 14 de agosto de 2009, se realizó audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, en contra del Rafael Emilio Molina por el delito de desaparición forzada y agravada, del cual fue víctima José Leonardo Castañeda Medina. (fls. 340 a 345 anexo 2 del expediente).
- Que el Juez Segundo Penal Municipal de Chiquinquirá con Funciones de Control de Garantía, impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento de reclusión al señor Rafael Emilio Molina (fls 335 a 338 anexo 2).
- Que en contra de la medida de aseguramiento impuesta la defensa interpuso recurso de apelación, el cual le correspondió para su conocimiento al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, despacho judicial que confirmó la medida de aseguramiento (fls 320 y 321)
- Que el día 4 de diciembre de 2009, se celebró audiencia de acusación en la cual la Fiscalía General de la Nación acusó a los señores Rafael Emilio Molina y Wilmer Agustín Bohórquez Cuesta, de los delitos de desaparición forzada y porte ilegal de arma de fuego.
- Que el día 18 de diciembre de 2009, se realizó la audiencia preparatoria dentro del proceso seguido en contra de Rafael Emilio Molina y Wilmer Agustín Bohórquez Cuesta. (Cd folio 145 A anexo 2).
- Que el 8 de marzo de 2010, se celebró audiencia de juicio oral, en la cual se practicaron las pruebas decretadas, se presentaron los alegatos de conclusión y después de un receso, se anunció el sentido del fallo, el cual fue condenatorio para el señor Rafael Emilio Molina y absolutorio para Wilmer Agustín Bohórquez (fls. 293 a 295 anexo 3).

- Que el día 26 de marzo de 2010, se realizó audiencia de reparación integral (fls. 238 y 239 anexo 3). La continuación de esta diligencia se celebró los días 14 de abril (Cd. fl 211 Anexo 3) y 24 de mayo de 2010 (Cd. fl 200 Anexo 3).
- Que el 24 de junio de 2010, se celebró audiencia de sustentación y decisión recurso de apelación en contra de la decisión de reparación integral (Fl. 131 y 132 anexo 3).
- Que el día 9 de noviembre de 2010, se realizó audiencia de lectura de fallo, en la cual se materializó la condena en contra del señor Rafael Emilio Molina, en la pena de 28 años de prisión y multa de 1.400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como autor responsable del delito de desaparición forzada, de que hizo víctima al señor José Leonardo Castañeda Medina (fls 94 a 96 anexo 3).
- Que le día 20 de septiembre de 2011 se celebró audiencia de lectura de fallo de la providencia que desata el recurso apelación interpuesto por las partes. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, decidió absolver al señor Rafael Emilio Molina, y se ordenó su libertad inmediata (fl 97 a 69 Anexo 6).
- Que el Procurador 174 Judicial Penal II de Tunja, presentó el día 10 de noviembre de 2011, demanda de casación en contra de la decisión de segunda instancia (fls 82 a 94 Anexo 6).
- Que el día 20 de noviembre de 2013, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, inadmitió la demanda de casación presentada por el Procurador Judicial que representó al Ministerio Público dentro del proceso (fls. 270 a 284 anexo 6).
- Que la señora Diana Lisvey Vélez Granados, compañera permanente del señor Rafael Emilio Molina, falleció el 4 de febrero de 2012 (fl. 2 anexo N° 4).

4.2. Error jurisdiccional en el presente asunto

La parte demandante adujo la existencia de un error jurisdiccional en la medida en que desde la apertura del proceso penal, se le imputó el delito de desaparición forzada de cadáver, el cual no está tipificado en la legislación penal colombiana. Señaló que independientemente de que hubiese existido otra clase de delito, le correspondía a la Fiscalía, como titular de la acción penal, imputar el delito correspondiente e iniciar la vinculación al proceso. Señaló igualmente que el fallador de primera instancia también incurrió en error judicial el cual conllevó a proseguir con la privación de la libertad.

Respecto del error jurisdiccional, como se dejó establecido en líneas anteriores, para que se produzca se deben presentar unos presupuestos y requisitos. El primer requisito que se debe examinar es que sea atribuible a una autoridad con facultad jurisdiccional. En relación con este punto, basta leer el artículo 116 de la Constitución Política para determinar que los jueces y fiscales administran justicia. No obstante, en vigencia de la Ley 906 de 2004, se le restringieron a la Fiscalía las potestades que tenía para ordenar medidas de aseguramiento en contra de los investigados. Actualmente, la Fiscalía ejerce funciones jurisdiccionales cuando la ley la faculta para restringir derechos, como ocurre en los casos de los allanamientos. Así las cosas, es indudable que tanto la Fiscalía como los jueces tiene facultades jurisdiccionales que pueden generar responsabilidad patrimonial del Estado por los errores en que en ellas se pueda incurrir.

El segundo elemento para que se pueda predicar el error jurisdiccional, es que el error se materialice en una providencia judicial y en el curso de un proceso. Lo anterior implica que las actuaciones por fuera del proceso o que no queden plasmadas en una providencia, no lo generan, independientemente que éstas puedan establecer otro tipo de responsabilidad. En otras palabras, el error jurisdiccional se plasma en una decisión judicial.

Se entiende por providencias, las decisiones que adoptan las autoridades investidas de jurisdicción y con las cuales se da impulso a los procesos y/o se toman decisiones de fondo sobre los mismos. En tono de lo anterior, son providencias tanto los autos como las sentencias. Los primeros son los instrumentos mediante los cuales se adelanta la instrucción y se definen aspectos materiales; encontramos dos clases de autos, los de trámite, los cuales cumplen la finalidad de preparar la controversia para proferir decisión y, los autos interlocutorios, son los que deciden aspectos importantes del proceso, *v. gr.* las medidas cautelares. Las segundas (sentencias), son decisiones en las que el sentenciador asigna un derecho o imponen una sanción dentro del debate jurídico que le corresponde conocer.

Como presupuestos necesarios para que se pueda predicar el error jurisdiccional, la Ley Estatutaria de Justicia establece que es necesario que se hayan agotado los recursos de ley y que la providencia contentiva del error este en firme. En efecto, los recursos surgen como la oportunidad que tiene las partes de expresar sus diferencias con la decisión, en este caso los errores contentivos en ella, para que el juez o su superior puedan corregir el yerro; por lo tanto, si no se hace uso de éstos, se puede estar presentando la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, en la medida en que los recursos están orientados a buscar subsanar los errores que se presenten.

Otro de los presupuestos y que se relaciona estrechamente con el primero, es que la decisión que se acusa de errática, esté en firme. Lo anterior es apenas obvio en la medida en que lo que se busca es reparar las consecuencias de un error y si la providencia no está en firme, sin duda alguna es susceptible de corrección y aún no genera consecuencias jurídicas.

El Despacho analizando los requisitos y presupuestos del error jurisdiccional, encuentra que no se configura el error que la parte demandante anuncia y del cual exige la reparación. Lo anterior tiene fundamento en los siguientes argumentos:

El error que se señala es el de haber imputado un delito que no se tipificó, por lo cual, aduce la parte demandante, que desde el principio del proceso la Fiscalía General de la Nación erró en la calificación jurídica de los hechos y ello derivó en la imposición de la medida privativa de la libertad. A la Fiscalía en el proceso penal acusatorio le corresponde el ejercicio de la acción penal⁷, lo que implica que es su deber investigar los hechos que se pongan en su conocimiento y revistan las características de delitos. En esta función es autónoma, y por ello le corresponde, i) hacer la calificación previa de los hechos para que la determinar si constituyen delito, ii) presentar ante el juez de control de garantías las solicitudes que encuentre pertinentes y, de encontrarlo necesario, dar inicio al proceso penal a través de la formulación de imputación.

Cuando la Fiscalía formula la imputación ante el juez de control de garantías, realiza un acto procesal en el cual no ejerce función jurisdiccional, porque es el juez al que le corresponde tomar las decisiones que considere pertinentes al respecto. Por ello, la función jurisdiccional la tiene el juez y no las partes. Así las cosas, se encuentra probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía respecto del error jurisdiccional.

El rol del juez de control de garantías es el de velar porque se respeten los derechos de las partes, que el procedimiento se oriente bajo la estricta observancia del procedimiento penal y de las garantías fundamentales. Respecto de la imputación, el juez no puede variarla, en esta etapa su papel se circunscribe a lo antes anotado. En el asunto bajo estudio, la imputación se realizó por un delito que la Fiscalía entendió que posiblemente se tipificaba con los hechos, luego el juez no podía variar la calificación penal porque se itera, esta es exclusiva de la Fiscalía General de la Nación.

Aunado a lo anterior, considera el Despacho que además de los requisitos y presupuestos ya mencionados, la parte que alega la ocurrencia del error necesariamente debe haber sufrido las consecuencias negativas del mismo. El solo hecho de ser parte en el proceso en donde se

⁷ Artículo 250 C.P.

produjo el error, no basta para alegar su reparación, pues como ocurre en este caso el yerro judicial, conllevó a que no se encontraran los responsables del homicidio que se estaba juzgando.

En la audiencia de imputación se expusieron unos hechos y se les calificó como de desaparición forzada, lo cual, de acuerdo a la decisión del Tribunal Superior no era correcto. No obstante, este hecho no fue el que condujo a que se privara de la libertad al actor, pues así se hubiera imputado el delito de homicidio agravado, las exigencias para decretar medida de aseguramiento estaban satisfechas, no solo por la gravedad del delito sino por la contundencia de los señalamientos de los testigos. Por ello, el error que se cometió en la imputación, en nada afectó al actor.

Ya en sede de conocimiento, el proceso siguió su curso y se profirió sentencia condenatoria por el delito de desaparición forzada, situación que se argumentó con suficiencia por el fallador, quien consideró que los hechos sí se encuadraban en ese tipo penal. Recuérdese que para que se configure el error jurisdiccional no basta solo con demostrar que la decisión fue revocada, sino que además que estaba profundamente alejada de la ley. La decisión del juez de primera instancia no solo está bien fundamentada sino que además, fue acogida por la Magistrada que le correspondió presentar la ponencia, la cual al no ser aceptada su tesis por la Sala presentó salvamento de voto⁸.

En palabras del Dr. Enrique Gil Botero⁹, *a partir de la carga argumentativa y de suficiencia se debe estudiar el error invocado*, por lo que en este caso, si bien la adecuación típica no fue la adecuada, la sustentación no fue absurda ni caprichosa, fue producto de un análisis serio del juez de primera instancia, que si bien no fue acogida por la Sala mayoritaria, no por ello se constituye en un error jurisdiccional que deba resarcirse.

Respecto de lo anterior el Consejo de Estado¹⁰ ha establecido que:

"Se tiene entonces, que si el juez escoge la ley pertinente, pero la interpreta de manera diferente a como lo hace el superior, no cabe inferir, por esta sola circunstancia, la existencia de un error por las diferencias en la interpretación, menos aún frente a situaciones no reguladas claramente por el derecho positivo (...).

"El error del juez no es entonces el que se traduce en una diferente interpretación de la ley a menos que sea irrazonable; es aquel que comporta el incumplimiento de sus obligaciones y deberes, sea porque no aplica la ley vigente, porque desatiende injustificadamente los precedentes jurisprudenciales o los principios que integran la materia, porque se niega injustificadamente a decir el derecho o porque no atiende los imperativos que rigen el debido proceso, entre otros".

⁸ Folios 151 a 169 del anexo N° 6

⁹ Enrique Gil Botero, Responsabilidad Extracontractual del Estado, 7ª ed., Bogotá, Temis, 2017, pág. 482

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2007, exp. 15128. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Aunado a lo anterior, se considera que el error jurisdiccional no se consumó en la medida en que la decisión de segunda instancia lo corrigió, luego no se puede hablar de su existencia porque uno de los requisitos para que se presente es que la decisión esté en firme, y el fallo de primera instancia no quedó en firme porque fue revocado.

En conclusión, el presunto error de la calificación jurídica de los hechos no comportó ninguna carga al demandante, porque de haberse imputado el delito que correspondía, de igual forma se hubiese decretado la medida de aseguramiento. De otro lado, se reitera que la decisión no quedó en firme y no causó ningún daño al demandante, por el contrario, como lo menciona la apoderada de la Fiscalía General de la Nación, el error en la imputación solo afectó a los familiares de la víctima que no lograron encontrar justicia.

4.3. De la privación injusta de la libertad

Sobre la responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, se ha establecido que las bases normativas se encuentran en el artículo 90 de la Constitución Política, el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y de la Ley 270 de 1996.

Respecto del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, se ha dicho que aunque se encuentre derogado, los supuestos establecidos en la norma son aplicables para establecer en que eventos el Estado debe indemnizar por la privación injusta de la libertad.

"En este mismo sentido, en la jurisprudencia de esta Corporación no ha habido resistencia para decretar la responsabilidad estatal en los casos antes referidos, inclusive, en vigencia de la Ley 270 de 1996, pero no como aplicación ultractiva del referido Decreto 2700 de 1991, sino de los supuestos previstos en él."¹¹

A partir de esta norma, se ha construido la teoría de la responsabilidad objetiva en materia de privación injusta de la libertad, cuando se presentan algunos de los eventos expuestos en ellas como son: i) que el hecho no existió; ii) que el sindicado no lo cometió; iii) o que la conducta no constituía hecho punible. Cuando se presenten algunos de estos eventos surge la obligación resarcitoria

Actualmente la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que así se mantenga incólume la presunción de inocencia del procesado, no en todos los casos procede la

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Consejera ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo, treinta y uno (31) de agosto de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 20001-23-31-000-2008-00222-01(40219)

indemnización, pues la cláusula general de responsabilidad del Estado (Art. 90 Superior) exige que la víctima no abogue por su propia culpa, es decir, que su conducta no haya contribuido con eficiencia a la privación de la libertad.

Así entonces, en todos los casos el juez de la reparación ha de establecer sin en el daño irrogado al demandante, su conducta fue o no determinante en la imposición de la medida restrictiva de la libertad, porque si bien para el juez penal la responsabilidad no se demostró, el juez administrativo debe examinar si la decisión fue producto o no del proceder del actor, así esta no haya tendido trascendencia en el proceso penal.

Así las cosas, "la regla general de los eximentes de responsabilidad de la administración, cuenta con una subregla de carácter especial, cuando la responsabilidad deviene de la privación de la libertad. En efecto, el artículo 414 del C.P.P. estipula, en su parte final, que los supuestos en él señalados y que dan lugar a la indemnización por la privación injusta de la libertad, proceden a favor del actor "siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave"¹²

De acuerdo a lo anterior, corresponde al juez no solo verificar la privación de la libertad y la ulterior sentencia absolutoria para establecer la responsabilidad del Estado, debe además, realizar la valoración de la conducta del procesado con el fin de determinar la responsabilidad de la administración en la privación injusta de la libertad.

Ha dicho el Consejo de Estado¹³ que el estudio de la conducta del procesado en estos casos, no contraviene la Constitución ni los instrumentos internacionales de DDHH, porque estos cuerpos normativos prevén esta posibilidad:

"El examen de la conducta del procesado en sede contenciosa, resulta acorde a la Constitución y los instrumentos internacionales sobre DDHH, así se establece en lo consagrado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual dispone en el numeral 6º de su artículo 14:

Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido – se destaca–."

Bajo el anterior entendimiento, el Despacho encuentra en el asunto *sub judice* que la conducta del señor Rafael Emilio Molina fue determinante para que se profiriera la

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Consejera ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo, treinta y uno (31) de agosto de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 20001-23-31-000-2008-00222-01(40219)

¹³ *Ibidem*

privación de la libertad, y en esa medida, surge la causal eximente de responsabilidad de la culpa exclusiva de la víctima, razón por la cual se negarán las pretensiones resarcitorias por la privación de la libertad de la que fue objeto dentro del proceso penal.

En efecto de las pruebas recaudadas por la Fiscalía General de la Nación e incorporadas legalmente en el juicio oral, señalan que el día 23 de abril de 2009 Rafael Emilio Molina disparó en contra del señor José Leonardo Castañeda, lo anterior fue corroborado por César Olmedo Lopera Jiménez en el testimonio rendido en el Juicio Oral, en el que manifestó que al salir del túnel donde se encontraba, escuchó un tiro, dio dos pasos y observó en la parte baja a dos tipos, iba "Zafiro" (José Leonardo Castañeda) corriendo con la mano derecha sangrando, y detrás "Coscorria" que le hizo otro tiro sin impactarlo. En el mismo sentido, el testigo Rodrigo Balaguera Correa, señaló que el día 23 de abril de 2009 se encontraba en el sitio "Las Pavas", junto con el señor José Leonardo Castañeda, cuando llegó Rafael Emilio Molina, discutió con aquel y le disparó sin saber el motivo.

Es indudable la fuerza suasoria de estos testimonios, los cuales valga decir, no fueron desacreditados en el proceso. Por ello, es innegable que el procesado disparó en contra del señor José Leonardo Castañeda, luego el proceso penal que se abrió en su contra y la medida de aseguramiento que se impuso, están debidamente justificadas, porque, independientemente de la falla en la calificación jurídica y por ende en la imputación, su actuación era merecedora de reproche penal.

Lo anterior se corrobora en la sentencia absolutoria de segunda instancia, en la que se señaló:

*"En el sub iudice de la conducta que desplegara en su momento el inculpatado Rafael Emilio Molina sólo se puede extraer con total seguridad que efectuó disparos, que lesionó mortalmente a José Leonardo y que al culminar su labor delictual ordenó a cualquiera de los trabajadores de la mina lavar la sangre y levantar el cuerpo sin vida de la víctima."*¹⁴

De acuerdo a lo anterior, es evidente que para la segunda instancia, Sala Penal del Tribunal Superior, si bien no existió el delito de desaparición forzada por el cual se le acusó al procesado, todas las pruebas apuntaban sin duda alguna a que Rafael Molina cometió el delito de Homicidio del que fue víctima José Leonardo Castañeda. En este sentido, la segunda instancia adujo:

¹⁴ Folio 137 del anexo 6, Minuto 01:06:25 audiencia de Lectura de Fallo de Segunda Instancia

*"Por lo tanto para que en primer lugar se establezca la privación de la libertad se requiere la existencia probada de una persona, valga decir, con vida. En el sub examine se probó que Rafael Emilio Molina Disparó a José Leonardo hasta caer al suelo el cuerpo de la víctima y acto seguido dispuso la desaparición del cuerpo, por lo que la desaparición de la persona no se edifica por ningún resquicio probatorio, lo que de entrada supone la atipicidad de la conducta".*¹⁵ (Subrayado del Despacho).

En este orden, queda ratificado que el señor Rafael Emilio Molina cometió el delito de Homicidio y no el de Desaparición Forzada, adujo la segunda instancia:

*"Conforme se demostró en el acápite de pruebas, las versiones sólo apuntan a esclarecer el Homicidio ejecutado por Rafael Emilio Molina y la Colaboración de Wilmer Agustín Bohórquez Cuesta en la desaparición del cuerpo y la limpieza de evidencias producto del Homicidio"*¹⁶.

Es incuestionable que no existió duda alguna de comisión del delito de homicidio pues en los apartes señalados y en otros tantos, se mencionó con contundencia este hecho. No obstante, la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, advierte que pese a que se encontraba probado, no puede variar la calificación de la conducta punible ni adecuarla a la que se considere conveniente, pues esto implicaría una extralimitación, pues no puede desbordar su competencia para condenarlo por otro delito diferente al imputado y por el cual se acusó. Sobre este aspecto refirió:

*"En el trascurso del proveído se logró demostrar que los elementos fácticos no suscitan la estructuración del punible de desaparición forzada; y siendo así, los jueces no pueden atribuirse la calificación de la conducta punible ni adecuarla al que considere conveniente, pues ello implicaría extralimitación en el ejercicio, que circunscribe al juzgamiento. De ahí que la Fiscalía sea la titular de la acción penal. Además guardando coherencia con lo advertido en la precisión inicial del cuerpo de esta sentencia, el principio de congruencia también blinda los alcances de la actividad judicial en la decisión que tome, **por lo tanto, la Sala Mayoritaria, entendiéndolo que al absolver al procesado Rafael Emilio Molina su conducta quedaría impune**, (comportamiento que en todo caso no deja de ser delictual pero adecuado a otra disposición) no lo es dable exacerbar su competencia para condenarlo por otro delito diferente al imputado y por el cual se acusó".*¹⁷ (Subrayas y negrillas del Despacho).

La anterior cita textual evidencia, que para la segunda instancia si se presentó la comisión de un delito por parte del procesado, no obstante, en razón a las garantías y derechos procesales, debió absolver por el delito que se le imputó, desaparición forzada, pese a que

¹⁵ Folio 140 del anexo 6, Minuto 01:10:16 audiencia de Lectura de Fallo de Segunda Instancia

¹⁶ Folio 144 del anexo 6, Minuto 01:16:50 audiencia de Lectura de Fallo de Segunda Instancia

¹⁷ Folio 145 del anexo 6, Minuto 01:18:55 audiencia de Lectura de Fallo de Segunda Instancia

estableció que el procesado cometió el delito de homicidio. Muy a pesar del juez colegiado, no pudo evitar que la conducta quedara impune.

Por lo anterior, este Despacho concluye que la privación de la libertad del señor Rafael Emilio Molina, se debió única y exclusivamente a su actuar el cual aunque trasgredió la ley, no fue objeto de sanción por un error en la adecuación típica de la conducta. En otras palabras, se presenta la causal eximente de responsabilidad del Estado denominada culpa exclusiva de la víctima, porque fue por su actuar en contra de la ley que se le impuso la medida restrictiva de su libertad, independientemente que por error de la Fiscalía General de la Nación su conducta hubiera quedado impune.

Respecto de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Fiscalía, en relación con la privación injusta de la libertad, se encuentra llamada a prosperar porque como se explicó en precedencia, la medida de aseguramiento en vigencia de la Ley 906 de 2004 es una potestad exclusiva de los Jueces de la República.

5. Costas

En consideración a las reglas establecidas por el Consejo de Estado¹⁸ y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del CGP, el Despacho se abstendrá en condenar en costas a la parte vencida, en la medida en que en el expediente no se demostró su causación por parte de las entidades accionadas.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

F A L L A:

Primero. Declarar probada la excepción de falta de legitimación material en la causa por pasiva propuesta por la apoderada de la Fiscalía General de la Nación.

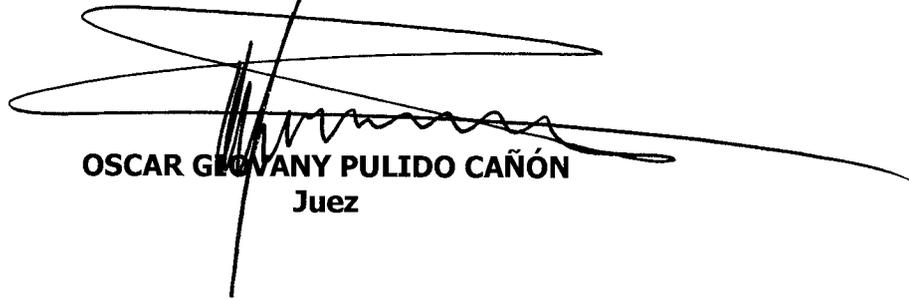
Segundo. Negar las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en este proveído.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, – Subsección “A” C.P: William Hernández Gómez. Fecha siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01 No. Interno 1291-2014.

Tercero. Sin condena en costas en esta instancia.

Cuarto. En firme esta providencia, archívese el expediente y déjense las constancias pertinentes. Si existen excedentes de gastos procesales devuélvase al interesado, sin necesidad de auto que así lo ordene.

Notifíquese y cúmplase



OSCAR GIOVANY PULIDO CAÑÓN
Juez