



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN TERCERA**

Juez: *ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE*

Bogotá D.C., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control:	Reparación Directa
Radicación:	110013336038201900244-00
Demandantes:	Diego Alejandro Guerrero y otros
Demandadas:	Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional y otro
Asunto:	Fallo primera instancia

El Despacho pronuncia sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, dado que el trámite se agotó en su integridad y no se aprecia ningún vicio que invalide lo actuado.

I.- FIJACIÓN DEL LITIGIO

En la audiencia inicial el litigio se fijó de la siguiente forma:

“(…) El litigio se circunscribe a determinar si la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y el **MINISTERIO DE DEFENSA - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR**, son administrativa y extracontractualmente responsables de los perjuicios reclamados por los demandantes, con ocasión a la presunta privación injusta de la libertad que padeció el señor Diego Alejandro Guerrero bajo el proceso penal adelantado ante la Fiscalía Veintidós (22) Penal Militar de la Justicia Penal Militar. (...)”¹

II.- DEMANDA

1.- Pretensiones

Con la demanda se piden las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- DECLARAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, administrativa y extracontractualmente responsables por los perjuicios sufridos por DIEGO ALEJANDRO GUERRERO, ÉRIKA YULITZA MOLINA PLAZAS, ENILSA GUERRERO RODRÍGUEZ, JAIRO HERNANDO SOTO GUERRERO, HÉCTOR ANDRÉS SOTO GUERRERO, MARÍA ELVIRA TOVAR RODRÍGUEZ, SOLANY GUERRERO RODRÍGUEZ y FERNEY GUERRERO RODRÍGUEZ, a raíz de la privación de la libertad que experimentó Diego Alejandro Guerrero entre el 6 de agosto de 2015 y el 22 de octubre del mismo año, por el presunto delito de desobediencia en desarrollo de la operación militar ARCA 4.

1.2.- CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar a los demandantes las siguientes cantidades de dinero:

¹ Audiencia inicial del 14 de septiembre de 2021.

A favor de DIEGO ALEJANDRO GUERRERO, víctima directa: i) La cantidad de \$96.299.988.00 por concepto de ingresos dejados de percibir durante el tiempo de reclusión; ii) la cantidad de 35 SMLMV² por perjuicios morales; iii) la cantidad de 35 SMLMV por perjuicios causados a la vida en relación y/o alteración de las condiciones de existencia; y iv) la suma de 200 SMLMV por concepto de perjuicios a los derechos fundamentales al buen nombre y su honra militar.

A favor de ÉRIKA YULITZA MOLINA PLAZAS, compañera permanente de la víctima directa: i) La cantidad de 35 SMLMV por concepto de perjuicios morales; y ii) la cantidad de 35 SMLMV por perjuicios causados a la vida en relación y/o alteración de las condiciones de existencia.

A favor de ENILSA GUERRERO RODRÍGUEZ, madre de la víctima directa: i) La cantidad de 35 SMLMV por concepto de perjuicios morales; y ii) la cantidad de 35 SMLMV por perjuicios causados a la vida en relación y/o alteración de las condiciones de existencia.

A favor de JAIRO HERNANDO SOTO GUERRERO y HÉCTOR ANDRÉS SOTO GUERRERO, hermanos de la víctima directa: i) La cantidad de 17.5 SMLMV, para cada uno de ellos, por concepto de perjuicios morales; y ii) La cantidad de 17.5 SMLMV, para cada uno de ellos, por perjuicios causados a la vida en relación y/o alteración de las condiciones de existencia.

A favor de MARÍA ELVIRA TOVAR RODRÍGUEZ, FERNEY GUERRERO RODRÍGUEZ y SOLANY GUERRERO RODRÍGUEZ, tíos de la víctima directa: i) i) La cantidad de 12.5 SMLMV, para cada uno de ellos, por concepto de perjuicios morales; y ii) La cantidad de 12.5 SMLMV, para cada uno de ellos, por perjuicios causados a la vida en relación y/o alteración de las condiciones de existencia.

2.- Fundamentos de hecho

Los demandantes relatan que la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, para el día 6 de agosto de 2015 hicieron efectiva la orden de captura del señor DIEGO ALEJANDRO GUERRERO por haber incurrido en el presunto delito de Desobediencia el día 3 de agosto del mismo año al tomar una ruta diferente a la señalada por sus superiores dentro de la operación militar ARCA 4, desarrollada en el corregimiento de Rincón Hondo situado en la jurisdicción de Tame, Arauca, y que posteriormente mediante sentencia del 6 de junio de 2017 proferida por la Fiscalía 22 Penal Militar delegada ante el Juzgado 4° de la Brigada de la Brigada de la Cuarta División, resolvió decretar la cesación del procedimiento con fundamento en la atipicidad de la conducta.

III.- CONTESTACIÓN

2.1.- Fiscalía General de la Nación

El apoderado designado por la entidad contestó la demanda con escrito radicado el 14 de julio de 2021³. Algunos hechos fueron admitidos como ciertos mientras que frente a otros dijo que requerían prueba. La defensa se estructuró bajo los siguientes acápites:

i). – Ruptura del nexo causal por falta de legitimación en la causa por pasiva: Expuso que la Fiscalía General de la Nación no es la causante del daño

² Salarios mínimos legales mensuales vigentes.

³ Folios 127 a 130 cuaderno 1.

antijurídico, puesto que los hechos son ajenos a la entidad y sólo son imputables a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional. En este sentido, precisó que las actuaciones objeto de controversia fueron proferidas por los fiscales y jueces adscritos a la Justicia Penal Militar, cuya jurisdicción es diferente a la asignada a la Fiscalía y por ende no estaría llamada a responder por una eventual sentencia condenatoria.

ii). – Inexistencia de nexo causal: Alegó que tanto la investigación, como la imposición de la medida de aseguramiento al aquí demandante fue tramitada por la Justicia Penal Militar, razón por la cual el daño no es imputable a la Fiscalía General de la Nación al no encontrarse probada la causalidad material frente a la entidad.

2.2.- Ministerio de Defensa Nacional – Dirección Ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar

La abogada designada por la entidad dio respuesta a la demanda con documento radicado el 29 de julio de 2019⁴, aceptó como ciertos la gran mayoría de los hechos con excepción del 4°, por tratarse de una apreciación subjetiva; se opuso a la prosperidad de las pretensiones porque no se estructuran los elementos de responsabilidad del Estado.

En la misma oportunidad procesal propuso como excepciones de mérito las siguientes:

i). – Inexistencia de pruebas en relación con los presupuestos de declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado: Indicó que no existe certeza del daño, porque no fue probada ninguna irregularidad frente a la privación de la libertad del ex soldado profesional. Hizo énfasis en que la entidad demandada actuó en cumplimiento del deber legal de analizar si la conducta de Diego Alejandro Guerrero se adecuaba a la prescrita en el artículo 53 de la Ley 836 de 2003, que trata de las faltas gravísimas, y puntualmente la del numeral 23, que dispone imponer correctivos o sanciones que atenten contra la vida o integridad o dignidad de la persona, cuya norma le permitía adelantar las actuaciones pertinentes del caso para así establecer la verdad de los hechos.

ii). – Inexistencia de la antijuricidad del daño imputado a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección Ejecutiva Penal de la Justicia Penal Militar: Sostuvo que no se encuentran configurados los elementos de la responsabilidad del Estado, principalmente porque la conducta de la entidad no resultó antijurídica y la investigación por la comisión del punible militar de desobediencia tuvo su origen en el informe del Sargento Segundo David Wilson Rodríguez, en su calidad de Comandante de la Unidad Amperio 3, razón por la cual al momento de los hechos el Juzgado 48 de Instrucción Penal Militar tenía la obligación constitucional y legal de adelantar las respectivas actuaciones, como la de adoptar las medidas necesarias para suspender en sus funciones y atribuciones al ex soldado profesional Diego Alejandro Guerrero.

Enfatizó que independientemente de la decisión del 6 de junio de 2017 proferida por la Fiscalía 22 Penal Militar ante el Juzgado 4° de la Brigada de la Cuarta División, a la entidad no le que quedaba otra alternativa diferente a la de determinar si estaba probada la desobediencia cometida por el ex soldado profesional Diego Alejandro Guerrero, por cuanto las circunstancias de indisciplina y de desconocimiento de la normativa disciplinaria militar se

⁴ Folios 137 a 147 del Cuaderno 1

encontraban enmarcadas en el tipo penal consagrado en el artículo 96 de la Ley 1407 de 2010.

Por consiguiente, alegó que la entidad demandada al tener conocimiento de unos hechos y conductas insubordinadas desplegadas por unos soldados profesionales, le correspondía actuar para mantener el orden y la disciplina para no permitir el caos, ni la anarquía al interior de la Institución Castrense.

iii). – Causal de exoneración de la responsabilidad patrimonial del Estado de culpa exclusiva de la víctima: Alegó que el señor Diego Alejandro Guerrero no puede alegar a su favor su propia culpa, porque fue su actuar irresponsable de tomar una ruta diferente a la ordenada, lo que llevó a su captura por el delito de desobediencia, dada la gravedad del mismo, porque puso en riesgo su propia vida y la de los demás miembros de la tropa. Además, señaló que la imposición de la medida de aseguramiento era también para evitar la fuga y el riesgo de evasión del procesado.

IV.- TRÁMITE DE INSTANCIA

El 13 de agosto de 2019⁵ a través de correo postal 472 la Oficina de Apoyo Judicial de los Juzgado Administrativos de Bogotá D.C., recibió la demanda junto con sus anexos, la cual fue sometida a reparto correspondiéndole el conocimiento a este Juzgado.

Luego, por auto del 23 de septiembre de 2019⁶ se dispuso la inadmisión de la demanda con el objeto de que la parte demandante allegara la constancia integral de trámite conciliatorio de que trata el artículo 20 de la Ley 640 de 2001 frente a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional. En atención a ello, la apoderada judicial de la parte actora subsanó la causal aludida en el sentido de no tener en cuenta al Institución Castrense como integrante del contradictorio.

Por auto del 20 de enero de 2018⁷ se admitió la demanda. El 28 de enero del mismo año⁸ se practicaron las notificaciones vía correo electrónico a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría 80 Judicial Administrativa de Bogotá D.C., y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

El 2 de marzo de 2020⁹ se hizo entrega del traslado de la demanda, así como del auto admisorio por medio de la empresa de correo postal, a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y a la Fiscalía General de la Nación. Igualmente, se corrieron los traslados previstos en los artículos 199 y 172 del CPACA desde el 28 de enero hasta el 31 de julio de 2020, en este lapso fueron suspendidos los términos entre el 16 de marzo hasta el 30 de junio del mismo año por el Consejo Superior de la Judicatura a raíz de la pandemia del COVID-19.

⁵ Ver sello de recibido de la Oficina de Apoyo Judicial de los Juzgados Administrativos de Bogotá D.C. obrante a folio 1

⁶ Folio 90 del Cuaderno 1

⁷ Folio 114 del Cuaderno 1

⁸ Folio 123 del Cuaderno 1

⁹ Folios 125 a 126 del Cuaderno 1

Los días 14¹⁰ y 29¹¹ de julio de 2020, la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Defensa – Justicia Penal Militar, dieron contestación a la demanda en tiempo.

En audiencia inicial del 14 de septiembre de 2021 se dijo que las excepciones denominadas “*ruptura del nexo causal por falta de legitimación en la causa por pasiva*”, “*inexistencia de nexo causal*”, “*inexistencia de pruebas en relación con los presupuestos de declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado*” y “*falta de imputación del daño a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección Ejecutiva Penal de la Justicia Penal Militar*”, por ser de mérito serían evaluadas en la sentencia de primera instancia; asimismo, se surtió la fijación del litigio, se exhortó a las partes para que conciliaran sus diferencias sin existir ánimo conciliatorio y se decretaron las pruebas documentales solicitadas por las partes.

En la misma audiencia, el Despacho tras observar que no había pruebas por practicar, dio aplicación al inciso final del artículo 179 del CPACA, por lo que prescindió de la segunda etapa y allí mismo dio traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.

En consecuencia, las apoderadas judiciales de la parte demandante y de la Fiscalía General de la Nación, así como el representante judicial de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección Ejecutiva Especial de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar, sustentaron los alegatos de conclusión con similares planteamientos a los expuestos en la demanda, como en sus contestaciones, razón por la cual el Despacho no encuentra necesario hacer resumen de los mismos. Además, la delegada del Ministerio Público igualmente expuso su concepto en este caso, quien pidió que fueran acogidas las pretensiones de la demanda.

El Despacho, por último, declaró finalizada la fase de alegatos de conclusión e informó que no se anunciaba el sentido del fallo, puesto que era necesario realizar un examen a profundidad de cada una de las pruebas documentales allegadas al expediente.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Este Juzgado es competente para conocer el presente asunto, conforme lo señalado en los artículos 140, 155 numeral 6 y 156 numeral 6 del CPACA.

3.- Problema Jurídico

En la audiencia inicial celebrada el 31 de octubre de 2019 el litigio se fijó así:

“El litigio se circunscribe a determinar si la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y el **MINISTERIO DE DEFENSA - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR**, son administrativa y extracontractualmente responsables de los perjuicios reclamados por los demandantes, con ocasión a la presunta privación injusta de la libertad que padeció el señor Diego Alejandro Guerrero bajo el proceso penal adelantado ante la Fiscalía Veintidós (22) Penal Militar de la Justicia Penal Militar.”

¹⁰ Folios 127 a 137 del Cuaderno 1

¹¹ Folios 138 a 155 del Cuaderno 1

4.- Responsabilidad Administrativa del Estado – Privación Injusta de la Libertad.

La Constitución Política en el artículo 90 consagra la Cláusula General de responsabilidad del Estado, en los siguientes términos: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”*. La referida norma constitucional, tiene su desarrollo en el artículo 140 del CPACA, pero en lo atinente a la responsabilidad derivada del servicio que presta la administración de justicia el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 *“Estatutaria de la Administración de Justicia”*, ha definido tres títulos jurídicos de imputación, a saber: i) El error judicial, ii) La privación injusta de la libertad y iii) El defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Ahora, el artículo 68 de la mencionada ley señala, en cuanto al título de imputación de privación injusta de la libertad, que *“quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”*.

Según el precepto anterior, aunque toda persona que haya pasado por la experiencia de estar privada de la libertad puede activar su derecho de acción para acceder a la administración de justicia en demanda de reparación directa con la finalidad de obtener una indemnización por ello, la posibilidad de que el asunto sea resuelto a su favor depende de que la confinación haya sido injusta.

Así, lo que resulta problemático para la jurisdicción de lo contencioso administrativo es determinar cuándo se puede calificar de injusta la detención ordenada por una autoridad judicial, por lo que la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha venido fijando su posición al respecto.

Por ejemplo, en sentencia de 26 de abril de 2017 esa Alta Corte indicó *“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.”*¹².

Esta jurisprudencia era clara en establecer una especie de responsabilidad objetiva, pues sin importar si la captura se había ordenado con plena observancia de las normas previstas para ello, lo que se destacaba era la injusticia de la confinación cuando la persona, a la larga, era absuelta por la justicia penal, ya que desde esa perspectiva no resultaba razonable que un inocente tuviera que soportar la carga de verse detenido.

Sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia SU-072 de 5 de julio de 2018 recordó el precedente jurisprudencial sentado por dicho Corte en la sentencia C-037 de 1996, para indicar que en materia de privación injusta de la libertad no se puede acudir a la imputación objetiva como único título de atribución. Veamos:

“108. Lo anterior permite afirmar que establecer el régimen de imputación, sin ambages y como regla definitiva de un proceso de reparación directa por

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección “C”. Sentencia de 26 de abril de 2017. Reparación Directa No. 250002326000200601109-01(41879). Actor: Myriam Velásquez Castañeda y otros. Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – DAS – Consejo Superior de la Judicatura y otros. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

privación injusta de la libertad, contraviene la interpretación contenida en la sentencia C-037 de 1996 que revisó el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el cual debe entenderse como una extensión del artículo 90 superior, dado que así fue declarado en la correspondiente sentencia de constitucionalidad.

Así las cosas, el Consejo de Estado al aplicar la regla creada a partir de la sentencia de unificación mencionada consistente en definir una fórmula estricta de responsabilidad para decidir ciertos casos de privación de la libertad e interpretar las normas en las cuales sustenta tal determinación, **desconoció un precedente constitucional con efecto erga omnes** y, en ese orden, **incurrió en un defecto sustantivo** con la consecuente vulneración de los derechos al debido proceso y a la igualdad, los cuales están necesariamente vinculados al respeto de los precedentes constitucionales sobre una ley estatutaria a los cuales, como se expuso en los primeros acápites de este fallo, se les ha reconocido prevalencia y carácter obligatorio.

109. Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial– del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo **no establece un único título de atribución** y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*¹³, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante.

En este punto se resalta que en la sentencia **SU-353 de 2013**, la Corte, al analizar un caso de responsabilidad del Estado con origen en otro tipo de fuente de daño concluyó que el uso de fórmulas estrictas de responsabilidad no se aviene a una correcta interpretación de los presupuestos que definen la responsabilidad del Estado.”

Con todo, la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁴ a partir de lo considerado por la Corte Constitucional en la SU 353 de 2013, precisó que los artículos 90 de la Constitución Política de Colombia y 68 de la Ley 270 de 1996 no establecen un título específico de imputación, sino que, por el contrario, prevén la posibilidad de que el juez adecúe la situación específica al título pertinente. De manera que, en aquella sentencia también señaló dos eventos donde resulta factible aplicar un régimen objetivo de responsabilidad: i). inexistencia del hecho, y ii). atipicidad de la conducta, porque a juicio del Tribunal Constitucional en ambas situaciones la privación de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada, además se sostuvo que se debía analizar la culpa exclusiva de la víctima.

A su vez, la precitada Corporación recordó que la falla en el servicio es el título de imputación preferente y que los títulos de responsabilidad objetiva son residuales, reservados para aquellos casos en que el régimen subjetivo es insuficiente para resolver la situación determinada.

En la sentencia de 9 de julio de 2021, con ponencia del Consejero Martín Bermúdez Muñoz, integrante de la Subsección “B” de la Sección Tercera del

¹³ El juez conoce el derecho. En la sentencia T-577 de 2017 se entendió que: “corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes (...) la determinación correcta del derecho”.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata, Sentencia 11 de junio de 2021. Expediente N° 05001-23-31-000-2002-02043-01 (44996) Actor: Carlos Andrés Calle Salazar

Consejo de Estado, se dijo frente a la forma como debe operar la eximente de responsabilidad de Culpa exclusiva de la víctima cuando se aplica el régimen objetivo, lo siguiente:

“(…) ii) La culpa de la víctima que exonera al Estado no debe deducirse de una conducta que genera la *apariencia* de un delito y que se desarrolla antes de que se inicie la investigación.

35.- La realización de una conducta que genera la apariencia de un delito y que se desarrolla antes de que se inicie la investigación no permite concluir que la detención se produjo por la culpa de la *víctima* y menos que fue la detención determinada por su *culpa grave o dolo* como lo exige la ley. Lo que aquí debe considerarse es que el juez, teniendo en cuenta este comportamiento, adoptó la decisión de detenerlo porque consideró que la situación se adecuaba a los parámetros legales que le correspondía aplicar: pero no es razonable concluir que fue la conducta la que lo generó. Después que se desarrolla esa conducta (antecedente 1) hay una decisión razonada que la analiza, que tiene en cuenta las normas aplicables y en un acto jurídico se ordena la detención (antecedente 2). Lo que genera el daño es el segundo antecedente: la decisión se toma por el juez; el imputado incurre en una *conducta* que es apreciada y contrastado con las normas aplicables por el juez para tomar la determinación que corresponde.

36.- Cuando el juez se pronuncia opera el <<traslado del riesgo a un ámbito de responsabilidad ajeno>> que no permite atribuirle al imputado la decisión de detenerlo. << (.9 [C]uando el riesgo se realiza, el deber de seguridad que tenía la persona que ha originado el peligro se ha trasladado a un ámbito de responsabilidad ajeno (...) En el momento en que el riesgo se realiza, éste era administrado por otro, había entrado en su ámbito de responsabilidad (...)>>¹⁵ (...)”¹⁶

5.- Caso en concreto

El señor DIEGO ALEJANDRO GUERRERO, junto con algunos de sus familiares más cercanos, presentó demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, para que se les declare administrativa y extracontractualmente responsables por los perjuicios sufridos por ellos, a raíz de la privación de la libertad que experimentó Diego Alejandro Guerrero entre el 6 de agosto de 2015 y el 22 de octubre del mismo año, sindicado del delito de Desobediencia, conducta frente a la cual la Fiscalía 22 Penal Militar, profirió auto del 6 de junio de 2017, que ordenó la cesación de procedimiento penal contra el aquí demandante.

El abogado de la parte demandante considera que las pretensiones de la demanda deben despacharse favorablemente porque el señor DIEGO ALEJANDRO GUERRERO duró privado de la libertad durante setenta y ocho (78) días, entre el 6 de agosto y el 22 de octubre de 2015, y comoquiera que la exoneración de responsabilidad del procesado se dio por atipicidad de la conducta, el Estado está llamado a indemnizar por los perjuicios causados por razón de la imposición de la medida de detención preventiva, porque se trata de una carga que al ciudadano no está obligado a soportar.

¹⁵ Claudia López Díaz, Introducción a la responsabilidad objetiva, Universidad Externado de Colombia, página 84.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, Sentencia 9 de julio de 2021. Expediente N° 05001-23-31-000-2007-02594-01 (47222) Actor: Ronald Álvarez Ocampo y otros

En su defensa, la Fiscalía General de la Nación alegó la Falta de legitimación en la causa por pasiva, porque no fue la entidad causante del daño, lo que sólo puede atribuirse a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, ya que fue la entidad que a través de la Justicia Penal Militar dispuso sobre la privación de la libertad del ex soldado profesional DIEGO ALEJANDRO GUERRERO.

La NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR, por su parte, se defiende de la pretensión resarcitoria formulada por los demandantes con base en planteamientos relativos a la inexistencia de la antijuricidad del daño y culpa exclusiva de la víctima.

Ahora, para dilucidar el reclamo que hacen los demandantes, en el expediente se encuentra probado que mediante decisión de la Fiscalía 22 Penal Militar del 6 de junio de 2017, se ordenó la cesación del procedimiento penal seguido en contra del ex soldado profesional DIEGO ALEJANDRO GUERRERO sindicado por la presunta comisión del punible de desobediencia.

Igualmente, obra certificación del 13 de junio de 2018 procedente del Fiscal 22 Penal Militar¹⁷ que da cuenta del tiempo de detención del ex soldado profesional de DIEGO ALEJANDRO GUERRERO entre los días 6 de agosto de 2015 hasta el 22 de octubre de 2015 a causa del sumario de radicado N° 2132-F22PM, a su vez mencionó que la investigación se encuentra en archivo definitivo.

Además, de lo narrado en aquella decisión judicial se pueden extraer las circunstancias fácticas que dieron origen a la investigación, en razón a que la Fiscalía 22 Penal Militar al calificar el mérito del sumario en virtud a las facultades consagradas en la Ley 1058 del 26 de julio de 2006, determinó que efectivamente para el día 2 de agosto de 2015 el comandante del pelotón “Amperio 3” Sargento Segundo Rodríguez David Wilson, en desarrollo de la operación militar “Arca 4” en la jurisdicción de Rincón Hondo del municipio de Tame Arauca, a las 16:00 horas llamó a los comandantes de escuadra con el fin de darles una orden de movimiento conforme a las coordenadas indicadas por el Oficial de Operaciones del Batallón de Ingenieros N° 18, pero que los integrantes de las escuadras segunda y tercera tomaron una ruta que no fue ordenada, y que de nuevo les dieron la instrucción del nuevo rumbo, pero que a los soldados no les fue comunicada la orden de desplazamiento¹⁸.

Entonces, frente a este aspecto sobresale el análisis efectuado por la Fiscalía 22 Penal Militar en la decisión adoptada el día 6 de junio de 2017, quien al revisar si se estructuraba el tipo penal de desobediencia consagrado en el artículo 96 de la Ley 1407 de 2007, arribó a conclusiones que a continuación se enuncian:

-. El Fiscal 22 Penal Militar estableció que realmente no se comunicó la orden de desplazamiento para el día 3 de agosto de 2015 a los integrantes del pelotón “Amperio 3”, porque si bien estaba probado que fue transmitida al Cabo Primero Edwin Alfredo Monsalve Gualteros y al Cabo Tercero Julián Andrés Pallares Sánchez, ellos no la comunicaron de manera directa y oportuna a sus subalternos, y que lo mismo acontece con el comandante del pelotón “Amperio 3” Sargento Segundo Rodríguez David Wilson Antonio, que demostró su rechazo a tener contacto con sus subalternos y que solamente se limitó de transmitir las órdenes a los mencionados cabos¹⁹.

¹⁷ Folio 85 del Cuaderno 1

¹⁸ Folio 62 correspondiente a la página 27 de la decisión proferida el 6 de junio de 2017 por la Fiscalía Veintidós Penal Militar dentro del sumario adelantado en contra de Diego Fernando Guerrero

¹⁹ Folio 67 correspondiente a la página 27 de la decisión proferida el 6 de junio de 2017 por la Fiscalía Veintidós Penal Militar dentro del sumario adelantado en contra de Diego Fernando Guerrero

-. El precitado Fiscal dio por probado que los soldados no sabían a qué punto se debían desplazar, porque unos simplemente le habían indicado “*que ese día había desplazamiento*” pero no a dónde. A su vez, observó otras circunstancias que eran indicativos de tal omisión por cuanto los soldados para ese día no formaron, ni constataron el armamento, como tampoco el personal²⁰.

-. Fundó además la decisión en el alto grado de riesgo que generó el fraccionamiento desprovisto de mando y control del pelotón “*Amperio 3*”, por razón de la pérdida de los lineamientos de subordinación e irrespeto al mando directo y a nivel táctico, que conllevó a la extracción del personal del área de operaciones para restablecer la disciplina, debido a que la orden de desplazamiento del 3 de agosto de 2015 dada por el Mayor Diego Andrés Jiménez Esguerra al Sargento Segundo Wilson Antonio Rodríguez David, debió ser transmitida de manera directa a todo el pelotón y no a los dos Cabos Primero Edwin Alfredo Monsalve Gualteros y Tercero Julián Andrés Pallares Sánchez²¹ con la “*disculpa elitista*”²² de que no se la impartía a los soldados profesionales y en su lugar fue delegada a los precitados cabos.

-. El análisis se encaminó principalmente a demostrar si se estructuraba el delito de Desobediencia, ya que la orden debía ser legal, clara, expresa, concreta, concisa y comunicada personalmente al destinatario, asimismo debía ser emitida por la autoridad competente y por hechos relacionados con el servicio, puesto que la orden de desplazamiento dada para el día 3 de agosto 2015 aun cuando fue impartida por el Mayor Diego Andrés Jiménez Esguerra al Sargento Segundo Wilson Antonio Rodríguez David, esta no fue transmitida a sus subalternos

-. Luego de haber considerado las circunstancias demostradas con los testimonios recibidos en el sumario, así como de las documentales incorporadas al proceso, concluyó que los sindicados no incurrieron en delito alguno, ya que el hecho de tomar voluntariamente otra ruta para llegar al punto indicado no era constitutivo de una acción y efecto de desobediencia.

-. Por consiguiente, el Fiscal 22 Penal Militar concluyó la atipicidad de la conducta que se le endilgaba a los soldados profesionales, entre ellos a Diego Alejandro Guerrero.

Ahora, en cuanto a la responsabilidad que le pueda caber a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR, debido a la privación de la libertad que soportó el señor DIEGO ALEJANDRO GUERRERO durante setenta y ocho (78) días, entre el 6 de agosto y el 22 de octubre de 2015, es necesario determinar la antijuricidad del daño a partir de la declaratoria de la atipicidad de la conducta dentro del sumario de radicado N° 2132-F22PM.

En ese orden, el daño al que se vio sometido el señor DIEGO ALEJANDRO GUERRERO resulta antijurídico, porque la privación de su libertad surgió por unas circunstancias fácticas a las que la Justicia Penal Militar inicialmente les dio el alcance del tipo penal de Desobediencia, contemplado en el artículo 96 del

²⁰ Folio 67 correspondiente a la página 27 de la decisión proferida el 6 de junio de 2017 por la Fiscalía Veintidós Penal Militar dentro del sumario adelantado en contra de Diego Fernando Guerrero

²¹ Folio 80 correspondiente a la página 45 de la decisión proferida el 6 de junio de 2017 por la Fiscalía Veintidós Penal Militar dentro del sumario adelantado en contra de Diego Fernando Guerrero

²² Folio 81 correspondiente a la página 46 de la decisión proferida el 6 de junio de 2017 por la Fiscalía Veintidós Penal Militar dentro del sumario adelantado en contra de Diego Fernando Guerrero

Código Penal Militar, las cuales y, luego del recaudo probatorio, concluyó que se trató de una conducta atípica.

Concordante con lo anterior, es necesario precisar que dentro de la estructura normativa de la Ley 1407 de 2010, en su artículo 465 se consagran las medidas de aseguramiento de dos tipos, privativas o no de la libertad, que para el caso *sub examine*, serán las primeras, las de detención preventiva en establecimiento de reclusión militar o policía. Igualmente, en el momento del análisis de los requisitos para la imposición de la misma el artículo 466, contemplaba su procedencia para que el juez penal militar de control de garantías, a petición del Fiscal Penal Militar, la decreta siempre y cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el indiciado o acusado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, y a su vez se cumpla alguno de los requisitos establecidos en el artículo 467 *ibidem*. Veamos:

1. Cuando se trate de delitos que atenten contra la disciplina, el servicio, cualquiera sea la sanción privativa de la libertad.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de dos (2) años.
3. Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.

Ahora bien, de la certificación expedida por el Fiscal 22 Penal Militar se obtiene que la detención preventiva tuvo lugar por el sumario de radicado N° 2132-F22PM, por la presunta conducta de Desobediencia del señor DIEGO ALEJANDRO GUERRERO, cuya investigación fue archivada por atipicidad de la conducta.

Así, se puede advertir que el tipo penal de Desobediencia se produce por la desatención de una orden legítima en servicio, y en relación con la problemática expuesta, debía estar soportada en un acervo probatorio que permitiera fundar el indicio grave de responsabilidad del procesado, puesto que, en el desarrollo del mismo, y dada la relevancia del bien jurídico de la disciplina tutelado en la Institución Castrense, la medida a imponer sería la privación de la libertad.

Por consiguiente, al revisar el orden cronológico del material reseñado en la providencia del 6 de junio de 2017, al parecer el Juzgado Penal Militar de Control de Garantías respectivo, para la fecha de la detención del señor DIEGO ALEJANDRO GUERRERO, esto es el 6 de agosto de 2015, solamente contaba con el oficio N° 3575 del 5 de agosto de 2010 del Comandante del Batallón de Ingenieros N° 18, por medio del cual se allegaba informe de denuncia procedente del Sargento Segundo Wilson Antonio Rodríguez David, en su condición de comandante de pelotón “Amperio 3”, que señalaba que los integrantes de la segunda y tercera escuadra tomaron una ruta que no debían seguir. Igualmente está probado que para el día 22 de octubre del mismo 2015 el Juzgado Penal Militar de Control de Garantías le restableció la libertad al actor.

Pues bien, más allá de la legalidad de la orden de captura, así como de la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, es claro que en su momento no se cumplían los requisitos legales para ello, ya que al parecer solamente se contaba con el informe de denuncia, lo que de alguna manera se corrobora porque el Juzgado 48 de Instrucción Penal Militar al poco tiempo revocó la medida de aseguramiento. La prueba recabada hasta ese momento era

claramente precaria y no daba para fundar razonadamente que a los implicados se les debía privar de la libertad mientras transcurría el juicio en su contra.

Además de lo anterior, es claro para el juzgado que el daño antijurídico también se origina porque la cesación del procedimiento penal adelantado contra el demandante DIEGO ALEJANDRO GUERRERO, se fundó en la atipicidad de la conducta en que esta persona incurrió en el contexto de los hechos aquí narrado.

La atipicidad de la conducta significa, en pocas palabras, que el comportamiento asumido por la persona frente a unos determinados hechos no se puede adecuar a la descripción típica que el legislador ha hecho en la respectiva norma penal. Bajo el principio de legalidad y como reflejo del principio de representación popular, las conductas criminales, tanto las que se pueden atribuir a particulares, como las que se pueden endilgar a los integrantes de la Fuerza Pública, sólo son aquellas que el legislador ha dictado en una norma jurídica previa a la realización de la conducta.

Esa adecuación típica es necesaria para afirmar que la conducta desplegada por la persona sí se encuadra en un tipo penal. Si el proceso de adecuación no resulta positivo, lo único que procede es cesar el procedimiento o absolver al sindicado por atipicidad de la conducta, lo que bien se puede traducir en que el sujeto concernido no incurrió en la conducta criminal que se le endilgó, o si se quiere que no cometió el delito.

Bajo este supuesto, al haberse cesado el procedimiento penal seguido contra el señor DIEGO ALEJANDRO GUERRERO, con proveído de 6 de junio de 2017 expedido por la Fiscalía 22 Penal Militar de Villavicencio, por atipicidad de la conducta, es dable afirmar que el accionante no cometió el delito de Desobediencia que le fue inicialmente imputado, lo que en criterio del Despacho es suficiente para sostener que la detención que se decretó en su contra sí fue injusta.

La atipicidad de la conducta que fue concluida por la Fiscalía 22 Penal Militar de Villavicencio, no se revela caprichosa o infundada. El análisis probatorio efectuado por dicho funcionario develó que la tropa no se negó a dirigirse al punto dispuesto por los mandos militares, evidencia sí que faltó comunicación y coordinación entre los comandantes de las escuadras y los soldados profesionales que las integraban, lo que exacerbó los ánimos de estos y los hizo lanzar algunos improperios contra los cabos que transmitían la información proveniente de los superiores.

Estas desavenencias son inconvenientes para mantener la jerarquía y la unidad de mando en la Fuerza Pública, sobre todo en el contexto de violencia que sufren determinados sectores de la geografía nacional. Empero, no pueden utilizarse como excusa para privar de la libertad a los soldados quienes, según el análisis realizado en la providencia de cesación de procedimiento en su contra, no tuvieron claro lo que debían hacer, en gran medida porque el sargento al mando no se tomó el tiempo necesario para transmitirles directamente y de viva voz la ruta que debían tomar para llegar al destino trazado, al parecer por un motivo deleznable como es que no le gustaba tratar directamente con los soldados.

Por lo mismo, no resulta plausible postular en este caso como eximente de responsabilidad estatal la Culpa exclusiva de la víctima, ya que si bien el señor DIEGO ALEJANDRO GUERRERO incurrió en una conducta en el marco de la operación militar arriba mencionada, su detención en manera alguna se le puede endilgar a él, puesto que la atipicidad de la conducta que fue decretada a su favor deja ver que la valoración jurídica y probatoria que se hizo a la hora de

ordenar su captura no fue la correcta, gracias a que el juicio de ponderación efectuado dejó de tomar en consideración que lo sucedido no pasó de una discusión suscitada entre los soldados y sus mandos inmediatos, producto de la falta de coordinación que tuvo como fuente la omisión del sargento a cargo de transmitir directamente a sus subalternos la ruta exacta que debían seguir para llegar al destino fijado por los mandos superiores.

Inclusive, no fue la conducta del demandante la que dio lugar a la investigación penal que se adelantó en su contra, ni la que lo privó de su derecho fundamental a la libertad, pues de lo narrado en la providencia del 6 de junio de 2017 se aprecia que el aquí demandante preguntó dónde estaba la primera escuadra y que él escuchó que ya habían arrancado, ante lo cual manifestó que *“le dije a mi cabo pallares que corrigiera eso con mi sargento ya que eso estaba mal hecho, ya que debíamos arrancar era todo el pelotón y por el área crítica”* ²³, pero que de repente todos estaban equipados, cogió su equipo y siguió a los otros que iban en la marcha. Es decir, no tuvo claro lo que debía hacer ante la partida desordenada de los pelotones.

Lo anterior se corrobora con lo dicho por el SLP Ferney Barrios Navarro²⁴, quien indicó que el día del movimiento no le indicaron el eje de avance, pero al desplazarse hacía la tercera y segunda escuadra, solamente se encontró con el personal de la primera escuadra, porque no supo qué dirección tomaron las otras escuadras. En similares términos se pronunciaron los soldados Nelson Enrique Cruz Márquez, Jonathan de Jesús Correa Cardona y Héctor Luis Rojas, quienes dijeron que llegaron al punto de encuentro llamado la *“arrocera”*, pero que las escuadras segunda y tercera no llegaron al lugar porque habían tomado otra ruta.

En fin, como se probó en el proceso a cargo de la Justicia Penal Militar que la conducta desplegada por el señor DIEGO ALEJANDRO GUERRERO fue atípica, es dable concluir que el Ministerio de Defensa Nacional – Unidad Administrativo Especial de la Justicia Penal Militar sí le causó un daño antijurídico a dicha persona y a sus familiares más cercanos y, que ese daño es imputable a esa entidad, por tratarse del órgano estatal que dispuso la captura y reclusión de aquél.

Ahora, en lo que respecta a la Fiscalía General de la Nación, entidad que planteó la excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva, dirá el juzgado que la Justicia Penal Militar, al igual que dicho ente de control, es de creación constitucional, tal como así lo corroboran los artículos 116 (Modificado por el artículo 1º del A.L. 03 de 2002), 213, 221 (Modificado por el artículo 1º del A.L. 01 de 2015).

La Fiscalía General de la Nación y la Justicia Penal Militar tienen ámbitos de competencia completamente diferentes. La última es la encargada de investigar y sancionar las conductas cometidas por los integrantes de la Fuerza Pública, así lo indica con claridad la ley 1407 de 17 de agosto de 2010 *“Por la cual se expide el Código Penal Militar”*, al precisar en su artículo 1º que: *“De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código...”*.

Por tanto, como el delito de Desobediencia que se le atribuyó al señor DIEGO ALEJANDRO GUERRERO se produjo en el marco de una operación militar y en ejercicio de sus funciones, y como únicamente se acreditó que fueron las

²³ Folio 75 del cuaderno 1

²⁴ Folio 45 del cuaderno 1

autoridades de la Justicia Penal Militar quienes tomaron las decisiones relativas a la privación de la libertad del actor y la posterior cesación de procedimiento, sin que en modo alguna se haya acreditado alguna participación en dichos trámites de funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, se colige que la última no cuenta con legitimación material en la causa, motivo por el cual se declarará probada la excepción planteada y se negarán las pretensiones formuladas en su contra.

6.- Indemnización de perjuicios

6.1.- Perjuicios morales

El Despacho retoma los parámetros fijados en la sentencia de 28 de agosto de 2013 en el expediente No. 25.022, proferida por la plenaria de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, según los cuales el sufrimiento moral en caso de privación injusta de la libertad es evidente y no requiere prueba en lo que se refiere a la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano.

Nadie puede dudar que la confinación en una cárcel, y más cuando ocurre de manera injusta como en este caso, trae sufrimiento moral a la víctima directa, así como a sus padres, hijos y cónyuge o compañero o compañera permanente y hermanos. Ellos, por tratarse del núcleo familiar más cercano a la persona que padece la reclusión injusta, no están obligados a probar ese padecimiento, pero sí se les exige la prueba del parentesco o de la relación conyugal o de compañeros permanentes.

La tasación de este perjuicio ha sido fijada en aquella jurisprudencia de la siguiente manera:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima 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		50% del	35% del	25% del	15% del
en meses		Porcentaje de la Víctima directa	Porcentaje de la Víctima directa	Porcentaje de la Víctima directa	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

Por tanto, como está probado que la víctima directa duró injustamente privado de la libertad entre el 16 de agosto de 2015 y el 22 de octubre de 2015, el Despacho condenará al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR a pagar a favor de DIEGO ALEJANDRO GUERRERO (víctima directa), por concepto de perjuicios morales, la cantidad de TREINTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (35 SMLMV).

El Despacho negará el reconocimiento de perjuicios morales frente a los demás demandantes por lo siguiente:

En el caso de la señora ENILSA GUERRERO RODRÍGUEZ²⁵, quien concurre al proceso en calidad de madre de Diego Alejandro Guerrero, porque al comparar el número de su cédula de ciudadanía con el que figura en el registro civil de nacimiento de este último, con el que aparece en el poder por ella otorgado²⁶, se observa que son diferentes. En efecto, si bien en los documentos el nombre es el mismo, en el registro civil de nacimiento del actor figura con la cédula No. 23.724.084, mientras que en el poder aparece con la cédula No. 23.725.034. Esta circunstancia impide al juzgado tomarla como la misma persona, dado que cada individuo en Colombia se identifica con un único cupo numérico asignado por la Registraduría Nacional del Estado Civil, de suerte que la diferencia advertida impide tener a la poderdante como la progenitora de la víctima directa, lo que tampoco se puede desconocer bajo la suposición de que al sentar el registro civil de nacimiento el funcionario correspondiente incurrió en un error de digitación, ya que se trata de un documento público que goza de presunción de autenticidad, lo que hace que se tenga por cierto lo allí consignado, al menos hasta tanto no se haga la corrección de la presunta imprecisión por el funcionario competente.

En lo atinente a los señores JAIRO HERNANDO SOTO GUERRERO²⁷ y HÉCTOR ANDRÉS SOTO GUERRERO²⁸, quienes concurren a este proceso invocando la calidad de hermanos de Diego Alejandro Guerrero, la improsperidad de las pretensiones por ellos elevadas se basa en el mismo razonamiento plasmado en el párrafo anterior, ya que si bien en sus registros civiles de nacimiento figuran como hijos de Enilsa Guerrero Rodríguez con C.C. No. 23.725.034, en el registro civil de nacimiento de la víctima directa figura como su progenitora Enilsa Guerrero Rodríguez pero con C.C. No. 23.724.084.

Adicional a lo anterior, dirá el juzgado que tampoco está demostrado que Jairo Hernando Soto Guerrero y Héctor Andrés Soto Guerrero son hermanos de Diego Alejandro Guerrero por parte de padre, ya que en los registros civiles de nacimiento de los primeros aparece como tal el señor Jairo Hernando Soto Barrera, mientras que en el registro civil de nacimiento de la víctima directa figura como padre el señor Manuel Antonio Soto Barrera. Es decir, no está acreditado que sean hermanos ni por parte de madre ni por parte de padre.

Ahora, en lo relativo a la señora ÉRIKA YULITZA MOLINA PLAZAS, quien asistió a este proceso aduciendo ser la compañera permanente de Diego Alejandro Guerrero, el Despacho observa que para acreditar dicha relación con la demanda se anexó un documento privado denominado “DECLARACIÓN EXTRAPROCESO BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO”²⁹, el cual está firmado por las dos personas y tiene “DILIGENCIA DE AUTENTICACIÓN DE FIRMA” de 18 de junio de 2018, por parte de ellos ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Maní – Casanare. En el mismo los declarantes expresaron que viven en unión libre hace cuatro años.

Pues bien, la institución jurídica de la unión marital de hecho está regulada, en parte, en la Ley 979 de 26 de julio de 2005 “*Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.*”, que en lo relativo a la forma como debe acreditarse dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 2o. El artículo 4o. de la Ley 54 de 1990, quedará así:

²⁵ Ver registro civil de nacimiento del folio 13 cuaderno 1.

²⁶ Folio 17 cuaderno único.

²⁷ Ver registro civil de nacimiento del folio 22 cuaderno 1.

²⁸ Ver registro civil de nacimiento del folio 25 cuaderno 1.

²⁹ Ver declaración notarial del folio 35 cuaderno 1.

“Artículo 4o. La existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos:

1. Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes.
2. Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido.
3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia.”

Según la norma anterior, la existencia de la unión marital de hecho solamente puede acreditarse bajo cualquiera de las formas allí previstas. Esto lleva a concluir que el medio empleado por la parte actora para probar que ÉRIKA YULITZA MOLINA PLAZAS y DIEGO ALEJANDRO GUERRERO tienen una unión marital de hecho no es de recibo, dado que optaron por plasmar en un documento privado esa manifestación de voluntad, sin reparar en que el legislador condicionó la eficacia de tal declaración a que se surtiera ante un notario público o en un centro de conciliación legalmente habilitado para ello; además, tampoco se acompañó con la demanda una sentencia judicial declarativa de tal unión.

Es decir, que la unión marital de hecho entre los mencionados demandantes no está probada, motivo por el cual no se le puede conferir ninguna indemnización a Yulitza Molina Plazas como compañera permanente de la víctima directa.

Y, en lo atinente a los tíos de la víctima directa, señores MARÍA ELVIRA TOVAR RODRÍGUEZ, SOLANY GUERRERO RODRÍGUEZ y FERNEY GUERRERO RODRÍGUEZ, no se reconocerá indemnización por cuanto no se probó la relación de afecto existente entre ellos y la víctima directa, pues se recuerda que ellos están en el tercer grado de consanguinidad, para quienes la jurisprudencia nacional no tiene prevista una presunción de daño.

6.2.- Lucro cesante y afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados a la libertad, familia, honra, buen nombre

Con la demanda igualmente se solicita la indemnización de los perjuicios ocasionados por el lucro cesante dejado de percibir por la víctima directa durante todo el tiempo de su reclusión, así como la afectación a bienes constitucionalmente protegidos como la libertad, la familia, la honra y el buen nombre.

El lucro cesante, según lo dispuesto en el artículo 1614 del Código Civil, corresponde a “*la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.*”. Esto significa que la víctima directa de una privación injusta de la libertad tiene el derecho a que se le resarza el perjuicio derivado de la improductividad económica por todo el tiempo de su reclusión.

Sin embargo, para que lo anterior proceda es necesario que la parte actora cumpla con la carga de la prueba, en el sentido de demostrar que la persona injustamente detenida tenía una actividad económica vigente con antelación a que se produjera su captura, la cual no pudo seguir ejerciendo por virtud de su reclusión. La actividad económica no puede presumirse, ninguna regla jurídica o jurisprudencial así lo permite, de modo que la insatisfacción de la carga de la prueba en esta materia conduce a la inevitable conclusión del fracaso de la pretensión indemnizatoria por lucro cesante.

En el *sub lite* la parte actora pretende que se indemnice al señor DIEGO ALEJANDRO GUERRERO el lucro cesante por todo el tiempo que permaneció privado de su libertad en el Batallón de Ingenieros N° 18 Gral. Rafael Navas Pardo. Empero si bien de las pruebas documentales se infiere que para el día en que fue detenido se desempeñaba como soldado profesional no se probó la cantidad de dinero que recibía a cambio de esa actividad.

Además, el Despacho precisa que la carga de la prueba en casos como este, se extiende al hecho de probar que la institución demandada no le pagó al soldado profesional los salarios y prestaciones sociales causados durante el tiempo de reclusión, pues la experiencia enseña que bajo estas circunstancias a la persona privada de la libertad, que no ha sido condenada, solamente se le suspende el pago de los estipendios generados por su relación legal y reglamentaria, de tal modo que, cuando recupera la libertad por absolución o cesación de procedimiento, como así ocurrió con el señor Diego Alejandro Guerrero, la entidad castrense procede a cancelarle al implicado todos los haberes laborales que le dejó de pagar mientras permaneció cobijado por la medida de aseguramiento.

En consecuencia, ante la falta de prueba que acredite la causación del lucro cesante reclamado, se negará esta pretensión.

De otro lado, todos los demandantes solicitan que les sean indemnizados los perjuicios ocasionados por la afectación a los bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados a la libertad, familia, honra, buen nombre, los que consideran vulnerados con la privación injusta de la libertad que experimentó la víctima directa.

El juzgado no considera viable la pretensión anterior. En primer lugar, porque bienes jurídicos como la honra y el buen nombre del señor DIEGO ALEJANDRO GUERRERO no fue demostrado el menoscabo en su reputación y la afectación de su imagen en su entorno social, pues al final la investigación penal adelantada en su contra culminó con cesación de procedimiento, lo que ante la sociedad significa que cualquier manto de duda sobre la conducta del actor quedó en el pasado o sin ningún fundamento.

En segundo lugar, porque bajo el rótulo de la afectación al bien jurídico de la libertad no es procedente otorgar una indemnización adicional a la que se conferirá por perjuicios morales, dado que esta ciertamente cubre los perjuicios producidos con motivo de la reclusión.

En fin, el Despacho constata que no existe ninguna razón para otorgar la indemnización reclamada por los demandantes, en lo que se refiere a esta parte, dado que, si bien la privación de la libertad resultó injusta, no alcanzó a afectar los bienes jurídicos referidos en la demanda.

7.- Costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe que *“la sentencia dispondrá sobre la condena en costas”*. En este caso no hay lugar a condenar en costas a la parte vencida, pues no se observa ningún comportamiento procesal que así lo indique.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo Oral – Sección Tercera del Circuito Judicial de Bogotá D.C., 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 en la causa por pasiva” formulada por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROBADAS las excepciones de mérito formuladas por la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL**.

TERCERO: DECLARAR que la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL**, es administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios causados a los demandantes, con motivo de la privación injusta de la libertad del señor **DIEGO ALEJANDRO GUERRERO**, quien permaneció detenido entre el 6 de agosto de 2015 y el 22 de octubre del mismo año, sindicado del delito de Desobediencia.

CUARTO: CONDENAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL**, a pagar a favor de **DIEGO ALEJANDRO GUERRERO** (víctima directa), la cantidad de TREINTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (35 SMLMV), por concepto de perjuicios morales.

QUINTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: ORDENAR la liquidación de los gastos procesales, si hay lugar a ello. Una vez cumplido lo anterior **ARCHÍVESE** el expediente dejando las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE
Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.

DMAP

Correos electrónicos
Demandante: notificaciones@valencort.com ; duverneyvale@hotmail.com ;
Demandado: jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co ;
fernando.guerrero@fiscalia.gov.co ; notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co ;
direccionejecutiva@justiciamilitar.gov.co ; comunicacionesjpm@justiciamilitar.gov.co ;
diogenes.pulido@mindefensa.gov.co .
Ministerio Público: mferreira@procuraduria.gov.co

Firmado Por:

Henry Asdrubal Corredor Villate
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
038
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 41331496c3264b075c565981be6ef3eb64f787be4cd363d7f7ea30b675937a74
Documento generado en 14/10/2021 09:11:43 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>