



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B**

Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero

Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Interno n°: 44193
Radicación n°: 44001-23-31-000-2004-00989-01
Demandante: Francisco Sarmiento Guerra y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Reparación directa

Temas: Acción de reparación directa. Orden de detención preventiva por el presunto delito de secuestro extorsivo. Medida de aseguramiento de detención preventiva que no se hizo efectiva por la fuga del procesado. Absolución mediante preclusión de la investigación. Improcedencia del régimen de imputación de error judicial. Restricción de la libertad distinta al confinamiento en un centro carcelario. Aplicación del régimen subjetivo de falla del servicio. Existencia de culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 22 de febrero de 2012, dictada por el Tribunal Administrativo de la Guajira, en la que negó las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

El señor Francisco Sarmiento Guerra fue investigado penalmente por su presunta participación en el secuestro del señor Roberto Guillot Ríos y por los señalamientos que hizo la propia víctima bajo la gravedad de juramento. En contra del procesado fue librada orden de captura con fines de indagatoria y ante la falta de comparecencia fue declarado persona ausente. El 20 de noviembre del 2000, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Riohacha resolvió la situación jurídica del encartado, en el sentido de imponer medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, la cual nunca se hizo efectiva. La defensa solicitó la revocatoria de la medida de detención preventiva, pero en un inicio fue denegada mediante Resolución del 5 de octubre de 2001, no obstante, fue revocada en sede de apelación el 21 de agosto de 2002 por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Riohacha. Finalmente, el 21 de abril de 2003, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Riohacha calificó la etapa instructiva y declaró la preclusión de la investigación.



I. ANTECEDENTES

A. Lo que se demanda

1. Mediante escrito presentado el 9 de diciembre de 2004 (fl. 8, c.1) ante el Tribunal Administrativo de la Guajira (fl. 8, c.1), los señores; Francisco Sarmiento Guerra, Irina Mairet Sarmiento de Armas, Francisco Alberto Sarmiento de Armas, Crispín Enrique Sarmiento de Armas, Francis Mariel Sarmiento de Armas¹, Elder Francisco Sarmiento García, Edwin Eliher Sarmiento García, Deiver Francisco Sarmiento Mejía, Alba Elisa Sarmiento Guerra, Eneida Elizabeth Sarmiento Guerra, Eudis Laudit Sarmiento Guerra, Elvis Yedit Sarmiento Guerra, Ledis Beatriz Sarmiento Guerra, Robinson Martín Sarmiento Guerra, Danis Mercedes Sarmiento Guerra, Irina Esther Sarmiento Guerra, Soledina Sobeida Sarmiento Guerra y Sandra Milena Sarmiento Guerra, a través de apoderado judicial (fl. 9-15), en ejercicio de la acción de **reparación directa**, presentaron demanda en contra de la Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios causados con ocasión de la medida de aseguramiento impuesta a Francisco Sarmiento Guerra dentro del proceso penal iniciado en su contra. En consecuencia, solicitaron:

PRIMERA.- El Ministerio de Justicia y del Derecho es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados al señor **FRANCISCO SARMIENTO GUERRA** y de los perjuicios morales de sus menores hijos **IRINA MAIRET, FRANCISCO ALBERTO, CRISPIN ENRIQUE y FRANCIS MARIEL SARMIENTO DE ARMAS**; los señores, **ELDER FRANCISCO y EDWIN ELIHER SARMIENTO GARCIA, DEIVER FRANCISCO SARMIENTO MEJIA y SILKIS KARINA SARMIENTO MAESTRE**, en su calidad de hijos biológicos mayores; **ALBA ELISA, ENEIDA ELIZABETH, EUDIS LAUDIT, ELVIS YEDIT, LEDIS BEATRIZ, ROBINSON MARTIN, DANIS MERCEDES e IRINA ESTHER SARMIENTO GUERRA**, y también **SOLEDINA SOBEIDA y SANDRA MILENA SARMIENTO MARQUEZ**, en su condición de hermanos biológicos, paternos y maternos los primeros y las últimas paternos del afectado, por la persecución injusta de que fue objeto, mediante Resolución dictada por la Fiscalía Primera Especializada, el señor **FRANCISCO SARMIENTO GUERRA**, siendo posteriormente exonerado mediante Resolución de Preclusión proferida por la misma Fiscalía, después de dictada Revocatoria de medida de aseguramiento emitida por la Fiscalía de Segunda Instancia delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial.

SEGUNDA.- Condenar en consecuencia, a la Nación Colombiana-Ministerio de Justicia y del Derecho, a pagar a los actores o a quien represente sus derechos, como indemnización del daño ocasionado, los perjuicios de orden material y moral, objetivado y subjetivo, actuales y futuros, los cuales se estiman superior a los **CIEN MILLONES DE PESOS (\$ 100.000.000)**, o conforme a lo que resulte probado dentro del proceso.

¹ Los menores Irina Mairet Sarmiento de Armas, Francisco Alberto Sarmiento de Armas, Crispín Enrique Sarmiento de Armas y Francis Mariel Sarmiento de Armas, quienes eran menores de edad para la fecha de la presentación de la demanda, acuden a este proceso representados por su madre, la señora Ruth Mariela de Armas Figueroa.



TERCERA.- La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. y se reconocerá la indexación desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta que se le dé cabal cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso.

CUARTA.- El Ministerio de Justicia y de Derecho dará cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al presente proceso en los términos de las disposiciones 176 y 177 del C.C.A. (fl. 1 y 2, c. 1)

2. Los hechos en que se fundaron las pretensiones se resumen así:

2.1. El 20 de noviembre del año 2000, la Fiscalía General de la Nación impuso medida de aseguramiento en contra del señor Francisco Segundo Sarmiento Guerra por el presunto delito de secuestro extorsivo cometido sobre la persona de Roberto Guillot Ríos. Lo anterior, luego de que el ente investigador procediera al emplazamiento del procesado y lo declarara persona ausente.

2.2. El investigado decidió evadirse de la justicia "*ante la impotencia para defenderse y demostrar la inocencia respecto de un cargo tan grave y execrable como el señalado*".

2.3. No obstante lo anterior, el procesado apoderado de confianza, quien solicitó la revocatoria de la medida de aseguramiento, la cual fue denegada en decisión del 5 de octubre de 2001, de suerte que interpuso recurso de apelación contra esta última.

2.4. El 21 de agosto de 2002, la medida de aseguramiento fue revocada en segunda instancia, y el 21 de abril de 2003 la Fiscalía precluyó la investigación, por cuanto consideró que no se estructuraban los elementos necesarios para emitir resolución de acusación.

2.5. Pese a que el procesado no estuvo privado de la libertad, aduce que la investigación llevada en su contra y la medida de aseguramiento provocaron perjuicios materiales, consistentes en la suspensión de su actividad laboral, el pago de honorarios profesionales a un abogado; y morales, por la angustia sufrida por los demandantes.

2.6. Finalmente, como fundamento de las pretensiones se expresó:



La causa eficiente del daño sufrido fue la persecución desatada en procura de la aprehensión de mi poderdante, el cual por impotencia para demostrar su inocencia optó por huir hasta el último momento, rogándole a la divina Providencia, no ser capturado porque a pesar de ser inocente, era consciente que contaba con pocos medios de defensa. Como consecuencia de estos hechos, valga decir, del error judicial al tomar como indicio grave la afirmación hecha por la víctima, en el sentido de que la señora EIDIS HERNÁNDEZ GUERRA le había manifestado a sus familiares y entre ellos FRANCISCO, había sido los autores de tan execrable delito, aseveración que a la postre resultó total y absolutamente desmentido por la persona citada, valga decir EIDIS HERNÁNDEZ GUERRA. Esta aseveración, como es evidente, no tenía el peso suficiente para dictar medida de aseguramiento contra FRANCISCO SARMIENTO GUERRA, puesto que la ley penal exigía, como mínimo dos (2) indicios graves (...)

II. Trámite procesal

3. Surtida la notificación del auto admisorio de la demanda² (fl. 167, c.1), la **Fiscalía General de la Nación** presentó escrito de **contestación**, en los siguientes términos (fl. 202-208, c.1):

3.1. Consideró que no se estructuraban los presupuestos esenciales para declarar responsabilidad administrativa en su contra, pues acorde con los artículos 250 de la Constitución Política y 114 del Código de Procedimiento Penal, le correspondía asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, de suerte que estaba facultada para proferir medida de aseguramiento.

3.2. Estimó que la decisión en la que dictó detención preventiva contra Francisco Sarmiento fue legalmente adoptada, se apoyó en las pruebas debidamente recaudadas y se sustentó en los requisitos que para la época exigía el Código de Procedimiento Penal, sin que en esa etapa fuera necesaria la certeza sobre la responsabilidad penal del sindicado.

3.3. Resaltó que la preclusión de la investigación no obedeció a ninguna de las causales del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, sino a la aplicación

² La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de la Guajira el 16 de diciembre de 2004 (fl. 95 y 96, c.1) proveído en el que se ordenó la notificación del Ministerio de Justicia y del Derecho, entidad que contestó la demanda el 19 de enero de 2006 (fl. 101-105). El 14 de julio de 2006, el expediente fue remitido por competencia y le correspondió por reparto al Juzgado 1º Administrativo del Circuito de Riohacha (fl. 114 y 118, c.1), autoridad que el 29 de enero de 2007 dictó auto de pruebas (fl. 119-120, c.1), pero que el 27 de enero de 2009 ordenó la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de la Guajira por falta de competencia funcional (fl. 155, c.1). El 18 de marzo de 2009, dicho Tribunal declaró la nulidad de lo actuado con sustento en el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 (fl. 159 y 160, c.1) y el 2 de abril de 2009 emitió un nuevo auto admisorio de la demanda en el que ordenó, esta vez, la notificación de la Fiscalía General de la Nación (fl. 162, c.1).



del *in dubio pro reo*, de suerte que no podía predicarse responsabilidad estatal por un régimen de responsabilidad objetivo en este caso.

3.4. Dijo que no existía una privación injusta de la libertad, comoquiera que la orden de detención preventiva nunca se materializó, razón por la que el daño alegado no tenía la connotación de antijurídico, de suerte que este debía ser soportado por los demandantes.

4. Vencido el periodo probatorio, el Tribunal Administrativo de la Guajira, mediante auto del 30 de julio de 2010 (fl. 234, c.1), corrió traslado a las partes por el término de diez días para que rindieran **alegatos de conclusión** en primera instancia, las cuales intervinieron así:

4.1. La parte **demandante** insistió en que el proceso seguido en contra del señor Francisco Sarmiento Guerra no tuvo sustento alguno, prueba de ello eran las consideraciones de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Riohacha, que en sede de apelación y mediante providencia del 21 de agosto de 2002 revocó la medida de aseguramiento impuesta contra dicha persona, entidad que se refirió al error cometido por el *a-quo* al considerar elementos que no tenían la calidad de prueba y que los indicios graves de responsabilidad que presuntamente pesaban contra el sindicato no tenían el carácter de tal (fl. 235 a 240, c.1).

4.2. La Nación – **Fiscalía General de la Nación** alegó que la normatividad vigente para la época en que se ordenó la medida de aseguramiento contra el señor Francisco Sarmiento Guerra solo exigía la configuración de un indicio grave, requisito que fue debidamente cumplido.

4.2.1. Insistió en que el demandante nunca estuvo privado de la libertad, pues una vez se enteró de la orden de detención preventiva evadió la misma. Igualmente, dijo que no vulneró el principio de presunción de inocencia, máxime cuando la captura ordenada tenía como finalidad escuchar en indagatoria al procesado, para efectos de que rindiera explicaciones acerca de la información recaudada por el ente investigador.

4.2.2. Dijo que comoquiera que el sindicato se evadió de la justicia, ello daba lugar a declarar la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad, pues desconoció el deber constitucional de colaborar con el buen



funcionamiento de la administración de justicia, hecho que conllevó a que fuera declarado persona ausente y a que se impusiera medida de aseguramiento (fl. 249 a 258, c.1).

4.3. El **Ministerio Público** rindió concepto a través de la Procuraduría 154 Judicial II Administrativa de Riohacha, donde solicitó que fueran negadas las pretensiones de la demanda, por cuanto el demandante nunca fue privado de la libertad, de suerte que no podía hablarse de la imposición de una medida injusta. También expresó que tampoco era posible predicar un error judicial, pues quien alega el daño tuvo la oportunidad de controvertir las pruebas, estuvo amparado por el debido proceso y pudo ejercer el derecho de defensa, y pese a ello no apeló la medida de aseguramiento sino que tan solo solicitó su revocatoria 10 meses después de haberse proferido (fl. 242 a 248, c.1).

5. Surtido el trámite de rigor, el 22 de febrero de 2012, el Tribunal Administrativo de la Guajira profirió **sentencia de primer grado**, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda, con sustento en lo siguiente (fl. 295 a 307, c.2):

5.1. Encontró demostrado que en contra del señor Francisco Sarmiento Guerra se profirió medida de aseguramiento que permaneció vigente desde el 20 de noviembre del año 2000 hasta el 21 de agosto de 2002.

5.2. Expresó que en este caso no militaban pruebas suficientes que demostraran responsabilidad administrativa en el ente demandando, carga que estaba en cabeza de la parte actora, según los postulados del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

5.3. Aseveró que por el contrario, se hallaba demostrada una causal eximente de responsabilidad por la culpa exclusiva de la víctima, comoquiera que el señor Francisco Sarmiento Guerra fue renuente a someterse a los órganos del Estado que requerían su presencia a través de medidas restrictivas de la libertad, dado que era su deber acudir ante las autoridades para efectos de contribuir al esclarecimiento de los hechos materia de investigación.

5.4. Estimó que la inacción del demandante llevaba consigo a inferir que era el "*culpable exclusivo*" de cualquier daño provocado como consecuencia de la investigación penal iniciada en su contra con ocasión del secuestro del señor



Roberto Guillot Ríos, pues fue el procesado quien decidió mantenerse oculto y huyó de las autoridades, por lo que no era dable imputarle responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación, cuando la limitación de la libertad se dio a raíz de la rebeldía y el desconocimiento del deber constitucional que le asistía a todo ciudadano de colaborar con el adecuado funcionamiento de la administración de justicia.

5.5. Dijo que el análisis conjunto de las pruebas demostraban que la Fiscalía, al momento de emitir medida de aseguramiento, le dio plena credibilidad a lo expresado por la víctima, a su esposa y a los acompañantes, solo que cuando la autoridad resolvió revocar tal orden en segunda instancia, figuraba un testimonio sobreviniente que desvirtuó lo considerado en un inicio.

5.6. Consideró que la diferencia de criterios entre el Fiscal que ordenó la medida de detención preventiva y el de segunda instancia que la revocó, obedecía a la actividad propia de la investigación penal y guardaba su fundamento en la autonomía e independencia de los servidores judiciales, pero no evidenciaba una actuación caprichosa e injustificada.

5.7. Finalmente, aseveró que no todo daño sufrido por los particulares por el sometimiento a la justicia penal era resarcible, sino solo aquel considerado antijurídico, condición que no reunía el alegado por los demandantes, dado que encontraba apoyo en lo previsto en los artículos 230 y 250 de la Constitución Política, relativos a la competencia asignada a la Fiscalía General de la Nación.

6. El 9 de abril de 2012, la parte **demandante** interpuso y sustentó oportunamente **recurso de apelación** contra la anterior decisión, a fin de que se revocara el fallo de primera instancia y, en su lugar, se accediera a las súplicas de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

6.1. Consideró que el caso fue abordado de manera errada, pues el Tribunal se centró en verificar si había responsabilidad estatal producto de una privación de la libertad, siendo que en realidad pretendía el resarcimiento de los perjuicios causados **por la persecución de la cual fue víctima** y que emanaron de un error judicial, no de una privación injusta de la libertad. Literalmente expresó:



De la simple lectura del libelo introductorio se puede evidenciar, tanto en el acápite de hechos como del tenor literal de las pretensiones, que en lo que en realidad pretende el señor FRANCISCO SEGUNDO SARMIENTO GUERRA, **es ser resarcido integralmente en los perjuicios a él causados por la persecución injusta de la cual fue víctima, persecución derivada del error judicial, no por la privación injusta de su libertad como lo entendió la juez del proceso**, y logró inducirla a este mismo error la defensa de la Fiscalía General de la Nación. (Se destaca)

6.2. Alegó que el *a-quo* se apartó del principio *iura novit curia*, conforme al era su deber establecer el régimen de responsabilidad sobre la base de los hechos relatados en la demanda y las pruebas obrantes en el proceso para efectos de desatar el asunto.

6.3. Acerca de los perjuicios, indicó que estaba probado que sufrió un desmedro material al verse obligado a suspender su actividad laboral durante varios años; a la vez que padeció perjuicio moral por la deshonra y el desprestigio que tuvo que soportar.

6.4. Sostuvo igualmente que, la Fiscalía General de la Nación incurrió en un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, pues previo a ordenar la detención preventiva pretermitió varias etapas que atentaban contra los postulados del artículo 6º de la Constitución Política, por cuanto: (i) de manera previa debió obtener la declaración del “*supuesto confesante*” quien suministró las listas con los nombres de los secuestradores; (ii) obtener la declaración de las personas que integraban dichas listas; y (iii) en el evento de que la señora “Edis” hubiere corroborado lo dicho por los denunciantes, verificar la fuente de sus dichos.

6.5. Consideró que no se configura la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, pues para ello se requería que fuera única y determinante en el resultado, siendo que en este caso la Fiscalía General de la Nación fue la autoridad que dictó la medida de aseguramiento, de suerte que si el señor Sarmiento Guerra decidió esconderse, ello obedeció al temor que le provocó tal medida, sin que esto impidiera que estuviera al tanto del proceso a través del abogado que designó para su defensa.

6.6. Alegó que si bien no estuvo privado de la libertad, si fue “*tácitamente desterrado*”, y que pese a tal circunstancia, ejerció una defensa activa, gracias a la cual la vigencia de la detención preventiva no se prolongó en el tiempo, de suerte



que no existía evidencia de que la ausencia del sindicato hubiere alterado el curso normal del proceso penal.

6.7. Dijo que el hecho de que el señor Francisco Sarmiento no hubiera presentado una denuncia contra quienes los señalaron como partícipe del secuestro, no constituía impedimento para que la primera instancia negara las pretensiones de la demanda.

6.8. Manifestó que tampoco incumplió con su deber de carga de la prueba, pues este le correspondía a la Fiscalía General de la Nación, autoridad que debió aportar los elementos necesarios para soportar la legalidad de la medida de aseguramiento.

6.9. Igualmente adujo que en la sentencia apelada se pasaron por alto las razones que tuvo en cuenta la Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Riohacha para revocar la medida de aseguramiento, que evidenciaba que la decisión tomada por la Fiscalía 3ª Delegada ante los Juzgados Penales, que impuso la medida de aseguramiento, carecía de fundamento probatorio, pues en el fallo impugnado se aseveró que esta última decisión estaba debidamente sustentada.

6.10. Insistió en la existencia de un error judicial al momento de imponerse la medida de aseguramiento, pues pese a que esta se dictó con sustento en que los denunciantes afirmaron que su empleada, la señora Edis María Hernández les entregó una lista de las persona que supuestamente cometieron el secuestro, lo cierto era que posteriormente esta última negó haber entregado el referido listado. Luego, era deber del ente investigador, previo a dictar una medida restrictiva de la libertad, corroborar lo manifestado por la señora Hernández.

6.11. Resaltó que pese que a la investigación se inició por hechos ocurridos en el año 1996, no fue sino hasta el año 2000 que se emitió medida de aseguramiento, de suerte que si el ente investigador se tomó 4 años para emitir tal orden, aparecía evidente que no era necesaria la comparecencia del investigado, de manera que la orden se profirió de manera aventurada y con el propósito de evitar la preclusión de la investigación (fl. 309 a 330, c.4).

7. El 25 de abril de 2012, el Tribunal Administrativo de la Guajira concedió la apelación (fl. 333, c.2) y esta fue admitida por el Consejo de Estado mediante auto



del 5 de septiembre de ese año (fl. 337, c.2), por lo que el 13 de marzo de 2012 se corrió traslado para **alegar de conclusión** en segunda instancia (fl. 339, c.2.). Dentro del respectivo término, la Fiscalía General de la Nación presentó alegatos de conclusión en los que reiteró lo dicho en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión de primera instancia (fl. 340 a 347, c.2). El Ministerio Público y la parte demandante guardaron silencio (fl. 348, c.1).

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales de la acción

8. Por ser la demandada una entidad pública, el presente asunto es de conocimiento de esta **jurisdicción**, de acuerdo con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

9. La Sala es **competente** para resolver el caso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa, en razón a su naturaleza. La Ley 270 de 1996 desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad, y determinó la competencia para conocer de tales asuntos en primera instancia en cabeza de los tribunales administrativos, y en segunda instancia en el Consejo de Estado, sin que sea relevante lo relacionado con la cuantía³.

10. La acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo es la **procedente** en este caso, por cuanto la producción o fuente del daño alegado se atribuye a las acciones u omisiones presuntamente cometidas por la Nación - Fiscalía General de la Nación, las cuales, según la parte actora, le provocaron perjuicios morales y materiales que deben ser indemnizados integralmente.

11. En cuanto a la **legitimación en la causa por activa**, está acreditada por parte del señor Francisco Sarmiento Guerra, en calidad de sindicado dentro del proceso penal seguido en su contra por el presunto delito de secuestro extorsivo, respecto de quien se profirió medida de aseguramiento y posteriormente preclusión de la investigación.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, auto de 9 de septiembre de 2008, exp. 11001-03-26-000-2008-00009-00, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



11.1. Así mismo, se encuentran legitimados por activa Irina Mairet Sarmiento de Armas, Francisco Alberto Sarmiento de Armas, Crispín Enrique Sarmiento de Armas, Francis Mariel Sarmiento de Armas, Elder Francisco Sarmiento García, Edwin Eliher Sarmiento García y Deiver Francisco Sarmiento Mejía, en calidad de hijos del señor Francisco Sarmiento Guerra⁴.

11.2. También figuran como demandantes los señores Alba Elisa Sarmiento Guerra, Eneida Elizabeth Sarmiento Guerra, Eudis Laudit Sarmiento Guerra, Elvis Yedit Sarmiento Guerra, Ledis Beatriz Sarmiento Guerra, Robinson Martín Sarmiento Guerra, Danis Mercedes Sarmiento Guerra, Irina Esther Sarmiento Guerra, Soledina Sobeida Sarmiento Guerra y Sandra Milena Sarmiento Guerra, quienes afirman son hermanos de la víctima directa, de suerte que para el efecto allegaron sendos registros civiles de nacimiento (fl. 23-32, c.1) con la finalidad de acreditar su parentesco con quien dice fue afectado con la medida de aseguramiento. No obstante, no se allegó el registro civil del señor Francisco Sarmiento Guerra, prueba idónea a partir de la cual sería posible corroborar que entre dichas personas y el directamente afectado exista una progenitura o tronco común.

11.3. Ahora, en lo que tiene que ver con los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, según lo dispuesto por el artículo 105 del Decreto Ley 1260 de 1970, se prueban con la copia de la partida o folio del correspondiente registro civil. Sobre el tema, esta Corporación ha considerado:

En resumen, en el ordenamiento civil colombiano la prueba del nacimiento y de las situaciones que emanen de él, tales como la paternidad, están circunscritas a la copia auténtica del correspondiente folio o al certificado que con base en él expidan los funcionarios encargados de llevar el registro del estado civil y la oficina central, es más, el mismo Estatuto previó que ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas, sujetos a registro, se itera como ocurre con el nacimiento y las situaciones que de él se desprenden, hagan fe en proceso ni ante ninguna autoridad, empleado a funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la descrita normatividad⁵.

11.4. Pese a la estricta exigencia normativa, el Consejo de Estado también ha estimado que la legitimación material en la causa no solo se deriva de una relación de consanguinidad, sino también de la existencia de lazos afectivos, como es el

⁴ Conforme en los correspondientes registros civiles de nacimiento que reposan a folios 16 a 22 del cuaderno principal.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C", sentencia del 12 de noviembre de 2014, exp. n.º 29139, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



caso de los creados en el contorno familiar⁶, por manera que en tales circunstancias a un demandante le puede ser reconocida la condición de tercero damnificado.

11.5. Así, dado que no se aportó el registro civil de nacimiento de Francisco Segundo Sarmiento Guerra, y que tal falencia probatoria impide determinar el parentesco de este con las personas que afirman actuar en calidad de hermanos, la Sala acudirá a otros medios de prueba, a fin de determinar si a estos les asiste la calidad de terceros damnificados.

11.6. En ese orden, se tiene que dentro de este proceso, el 11 de junio de 2010, el Tribunal Administrativo de la Guajira recibió el testimonio del señor Reinaldo Wilche Julio, declarante que dijo conocer al señor Francisco Sarmiento Guerra desde hace más de 24 años, a quien distinguía como hijo del señor Crispín Sarmiento, veamos (fl. 229 y 230, c.1):

PREGUNTADO: Conoce usted al señor SARMIENTO y en caso afirmativo explique desde cuándo y por qué. CONTESTADO: Bueno yo los conocí a ello por motivos de tener cosecha ahí cerca de ellos (...) Sí lo conozco como hijo del señor CRISPIN SARMIENTO quien era el que me daba la tierra para cultivar, estaban ellos pelaos, muchachotes (...)

11.7. Ese testimonio no se refiere a la relación que tenía el señor Francisco Segundo Sarmiento con quienes dicen ser sus hermanos, pero sí arroja un dato importante, pues revela que él era conocido y tenido por hijo del señor Crispín Sarmiento, quien es la misma persona que figura como padre en cada uno de los registros civiles de nacimiento de Alba Elisa Sarmiento Guerra, Eneida Elizabeth Sarmiento Guerra, Eudis Laudit Sarmiento Guerra, Elvis Yedit Sarmiento Guerra, Ledis Beatriz Sarmiento Guerra, Robinson Martín Sarmiento Guerra, Danis Mercedes Sarmiento Guerra, Irina Esther Sarmiento Guerra, Soledina Sobeida Sarmiento Guerra y Sandra Milena Sarmiento Guerra.

11.8. De esta manera, es posible inferir que las personas antes citadas, al ser descendientes del señor Crispín Sarmiento, eran parte del grupo familiar del señor Francisco Segundo Sarmiento, razón por la que la Sala los tendrá como legitimados en la causa por activa en calidad de terceros damnificados.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "A", sentencia del 10 de noviembre de 2017, exp. n.º 44080, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.



12. Sobre la **legitimación en la causa por pasiva**, se observa que la Nación – Fiscalía General de la Nación sí fue partícipe en los hechos que provocaron el daño cuya reparación se solicita, pues se trató de la autoridad que ordenó la captura y dictó medida de aseguramiento contra el señor Francisco Sarmiento Guerra dentro del correspondiente proceso penal, de manera que se tendrá a dicho organismo como el legitimado por pasiva en este asunto.

13. Concerniente a la **caducidad**, el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en lo relativo a la acción de reparación directa, instituye un término de dos años para que sea impetrada, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de la causa del daño (hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente), y vencido el cual ya no será posible solicitar que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado.

13.1. En tratándose de responsabilidad por la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que el término de caducidad de la acción de reparación directa se cuenta a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la providencia judicial que absuelve al sindicado y le pone fin al proceso penal⁷.

13.2. De conformidad con las pruebas arrimadas al plenario, resulta acreditado que la providencia mediante la cual se precluyó la investigación seguida contra el señor Francisco Segundo Sarmiento Guerra por el delito de secuestro extorsivo, emitida por la Fiscalía 1ª Especializada de Riohacha, data del 21 de abril de 2003 y quedó ejecutoriada el 9 de mayo de 2003⁸, por lo que el plazo de caducidad expiraba el 10 de mayo de 2005. Y comoquiera que la demanda fue radicada el 9 de diciembre de 2004 (fl. 8, c.2), esta se presentó dentro del término bienal que establece para tal efecto el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

II. Problema jurídico

⁷ En este sentido ver auto de la Sección Tercera de 3 de marzo de 2010, exp. 36473, M.P. Ruth Stella Correa Palacio y auto de 9 de mayo de 2011 de la Subsección C, Sección Tercera, exp. 40324, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁸ Así lo certificó la Asistente Judicial de la Fiscalía 1ª Especializada de Riohacha: "CONSTANCIA DE EJECUTORIA, Neiva, 9 de mayo de 2004 (...) Que hoy 9 de mayo de 2003, siendo las 6:00 de la tarde, quedó ejecutoriada en debida forma la resolución de fecha 21 de abril de 2003, en la cual se ordenó la preclusión de la investigación en el proceso seguido contra JOSÉ FRANCISCO GUERRA y NELSON SARMIENTO MENDOZA" (fl. 321, c.3).



14. Corresponde a la Sala determinar si en el *sub examine* se estructura la responsabilidad administrativa de la entidad demandada, como consecuencia de la investigación penal que adelantó la Fiscalía General de la Nación en contra de Francisco Segundo Sarmiento Guerra, proceso que culminó con la preclusión de la investigación.

III. Hechos probados

15. De conformidad con las pruebas válidamente aportadas al proceso, se encuentran demostrados los siguientes hechos relevantes:

15.1. El 20 de abril de 1996, la señora Aidé Yolanda Deluque Martínez de Guillot presentó denuncia ante la Unidad Investigativa de Policía Judicial, con sede en la ciudad de Riohacha, en la que informó sobre el secuestro de su esposo, el señor Roberto Guillot Ríos, ocurrido cuando se desplazaba en un vehículo en compañía de otras personas, así (fl. 1, c3):

(...) se presentó a la casa el señor Orlando Agresor (sic), alias Baru, a comunicarme que cuando venían de la finca en compañía de mi esposo y Fernando Toro, detuvieron el carro cuatro (4) hombres jóvenes, quienes bajaron a ROBERTO, dos de ellos tenían armas, uno portaba un revólver y el otro una escopeta, los otros dos sujetos con la mano en la cintura, haciendo creer que se encontraban armados, estos individuos aparecieron en una trocha que conduce de la finca a la carretera principal, efectuando un retén haciendo bajar al señor ROBERTO, la cual le manifestaron al resto de los ocupantes que se fuera tranquilos, que el señor ROBERTO en el día de mañana estaría en su casa (...)

15.2. Posteriormente, el 4 de junio de 1996, el señor Roberto Antonio Guillot Ríos, una vez en libertad, rindió declaración jurada ante la Unidad de Extorsión y Secuestro – Seccional Guajira, oportunidad en la que expresó (fl. 12 – 13, c.3):

Saliendo de la finca Los Cerridos (sic) de mi propiedad, siendo aproximadamente las cinco (5) de la tarde, a una distancia de tres (3) kilómetros de los predios de esta, venía en compañía de un sobrino FERNANDO TORO y un empleado de nombre ORLANDO AGRESOR (sic), nos salió de entre el monte; unos señores con uniformes de la Policía Antinarcóticos, aparentemente con el fin de requisar el carro, una vez nos bajamos de este, salieron otras dos personas con brazalete del 19 FRENTE DE LAS FARC, inmediatamente nos pidieron identificación, y al mostrarle la documentación mía, me comentaron que eran guerrilleros, que el jefe necesitaba conversar conmigo y que debía acompañarlos, dejando ir a los dos compañeros míos (...) Ya en la mañana empezaron a decirme que se trataba de un secuestro extorsivo, empezaron pidiéndome cien millones de pesos, y les dije que no los tenía, me dijeron que ellos sabían que yo tenía una finca con ganado (...) hasta que al cuarto día dijeron que lo mínimo que pedirían eran 20.000.000 que si no los pagaba me mataban, afortunadamente para mí, cargaba en esos momentos mi teléfono celular, desde el cual ellos me permitieron comunicarme con mi señora



(...) Yo noté que estaban presionando para que se les diera el dinero, pero no sabía por qué, al sexto día en la mañana mi esposa entregó el dinero en un sitio cercano a la población de Galán, una vez recibieron el dinero procedieron a liberarme en el monte, aproximadamente una hora después de haberme liberado me encontré con la patrulla del Ejército que me buscaba, quisiera anotar que en la finca de mi propiedad, se encuentra una señora que está haciendo vida marital con uno de mis trabajadores, oriunda de la zona de Cascajalito, población cercana a la de Moreneros, **a los pocos días de llegar a la finca "Los Cerritos" noté la presencia, de al parecer unos familiares de ella, que iban a visitarla en carros, posteriormente me enteré, luego de secuestro, que los que me habían secuestrado era parientes de esta señora (...)** Me dediqué a efectuar averiguaciones en la zona, y por datos de algunos informantes, he podido precisar de que las personas que intervinieron en el secuestro son las siguientes EDILMER SARMIENTO, FRANCISCO SARMIENTO GUERRA, JANNER DE ARMAS, NELSON SARMIENTO alias NECHO, y YULBIS GUERRA, parece que algunos de ellos comparten residencias (...) (Se destaca)

15.3. Según oficio del 15 de junio de 1996, suscrito por el Jefe de Archivo y Kardéx de la SIJIN de la Guajira, para esa fecha, el señor Francisco Sarmiento Guerra registraba orden de captura vigente en su contra, emanada de la Fiscalía 1ª de Riohacha, sindicado del delito de homicidio (fl. 33, c.3).

15.4. Mediante proveído del 28 de enero de 1999, la Fiscalía 14 Unidad Antiextorsión y Secuestro declaró abierta la instrucción y libró orden de captura en contra del señor Francisco Segundo Sarmiento Guerra con fines de indagatoria (fl. 47, c.3).

15.5. El 25 de junio del 2000, el señor Roberto Antonio Guillot Ríos amplió su testimonio ante la Dirección Seccional de Fiscalías de Riohacha, ocasión en la que dijo:

(...) Tengo que decir que el día que yo estuve en la finca uno de ellos alto delgado moreno, preguntado por la señora HEIDI, LE CONTESTAMOS QUE ELLA NO ESTABA QUE ESTABA CON TODO EL PERSONAL DE LA FINCA Y QUE HABÍAN SALIDO DE COMPRA. Este señor que llegó hacer esta pregunta, llegó con otros tipos en una camioneta, hasta la entrada de la finca, los tipos se quedaron en el carro, y el señor se bajó solo, todo parece indicar que efectivamente llegó a la finca fue a darse cuenta si yo todavía me encontraba en ella, eso ocurrió horas antes de (ilegible) (...) antes de mi secuestro, porque de igual manera la misma camioneta, donde se movilizaban la hermana o bien sea HEIDI, con la persona que al buscaba, sin prestarle mucha atención a HEIDI, esto lo supe por el personal de la finca, que venía con HEIDI DE RIOHACHA, entre ellos el señor ARTURO BAUTISTA, que todavía se puede ubicar en la finca, tengo que dejar claro, que con posterioridad a mi liberación, me puse a indagar sobre la camioneta que llegó a mi finca horas antes de mi secuestro, y uno de mis allegados logró darse cuenta que esa camioneta estaba guardada en la casa de un hermano de HEIDI, y fue la misma HEIDI que me comentó después, que habían sido sus parientes los que habían participado en el secuestro o sea FRANCISCO SEGUNDO SARMIENTO GUERRA, JANER JOSÉ DE ARMA FIGUEROA y NELSON SARMIENTO MENDOZA, quiero dejar en claro que HEIDI, la familiar de los trabajadores, siempre mantuvo conmigo



y mi esposa un vínculo estrecho y buenas relaciones por el tiempo que permaneció trabajando con nosotros en la finca, al igual que los otros trabajadores, siempre fue una persona leal, cuyos afectos eran compartidos, después que los hechos sucedieron, ella se me acercó preocupada y apenada, manifestándome que en ningún momento tuvo nada que ver, ella personalmente en lo que a mi secuestro se refiere, y que por el contrario nos prestó la ayuda necesaria para la identificación de los secuestradores, que fueron sus propios familiares, yo en el momento desconozco su paradero, porque ya ella ni sus esposa trabajan con nosotros, su desvinculación de la finca fue independientemente a lo que a mí me sucedió.

15.6. Pese a que no aparece que el señor Sarmiento Guerra fuera capturado, se tiene que el 10 de agosto del 2000 le confirió poder a abogado Nolberto José Molina, para que lo representara en dicho trámite (fl. 155, c.3). No obstante, no le fue reconocido personería jurídica a dicho defensor, ya que el investigado no había comparecido para ser escuchado en indagatoria (fl. 158, c.3)

15.7. Comoquiera que hasta esa etapa procesal no fue posible la comparecencia personal del señor Sarmiento Guerra, el 24 de octubre del 2000 la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales de Circuito Especializado de Riohacha ordenó su emplazamiento a través de edicto (fl. 188 y 191, c.3), de manera que mediante decisión del 2 de noviembre del 2000, dicho procesado fue declarado persona ausente a quien se le designó abogado de oficio (fl. 193, c.3).

15.8. El 20 de noviembre del 2000, la Fiscalía Delegada ante los Jueces de Circuito de Riohacha resolvió la situación jurídica provisional del procesado, en el sentido de imponerle medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva por el presunto delito de secuestro extorsivo (fl. 195 -200, c.3):

Es así como en el caso en estudio, tenemos testimonios que señalan como autores responsables de este ilícito entre otros a los señores JOSÉ FRANCISCO SARMIENTO GUERRA y NELSON SARMIENTO MENDOZA (A) Necho, y hasta el momento no existen medios probatorios que desvirtúen este señalamiento. Y es que es el propio ofendido que por averiguaciones personales que realizaron recogiendo versión (sic) entre sus trabajadores y con la propia confesión que le hiciera la señor HEIDI, es quien sindicada de manera directa de los hechos ocurridos a los aquí mencionados, así mismo encontramos informe n.º 878 visible a folio 39 y 40 del Cuaderno Original en donde consta la identificación de las personas vinculadas a estos hechos.

De las anteriores diligencias se infiere de que existen en contra de los sindicados JOSÉ FRANCISCO SARMIENTO GUERRA y NELSON SARMIENTO MENDOZA, el INDICIO GRAVE de que habla el artículo 389 del C.P.P., consistente en detención preventiva por el punible contemplado en el artículo 268 del C.P., a título de coautores materiales.



15.9. El 9 de enero de 2001, la Unidad Investigativa del DAS, mediante oficio, le informó a la Fiscalía 3ª Seccional de Riohacha que hasta esa fecha no había sido posible cumplir con la orden de captura emitida en contra de José Francisco Sarmiento Guerra, por lo siguiente (fl. 214, c.3):

Inicialmente fue consultada la base de datos del Grupo de Identificación de esta Seccional, con el fin de obtener información de interés acerca del sindicado, donde se constató que le figuran varios requerimientos judiciales, sindicado de diferentes delitos.

Posteriormente, y con la ayuda de informantes que conocen al señor en referencia, se hicieron las averiguaciones correspondientes en el sector donde se presume vive el procesado, más exactamente en la calle 20 n.º 12 A – 58 de esta capital, pero hasta la fecha no se ha notado presencia de este individuo.

Por otra parte y con el ánimo de lograr la captura del antes anotado, fueron visitados varios sitios frecuentados por esta clase de personas, donde se les solicitó identificación a los ciudadanos que allí se encontraban, sin lograr con este procedimiento resultados positivos (...)

15.10. El 27 de agosto de 2001 rindió declaración jurada la señora Edis María Hernández Guerra, quien supuestamente le había informado al secuestrado, al señor Roberto Antonio Guillot Ríos, que uno de los involucrados en ese delito fue Francisco Sarmiento Guerra. Sobre dicho aspecto, señaló (fl. 259 a 264, c.3):

PREGUNTADO: Diga al Despacho si usted conoce de trato vista y comunicación al señor ROBERTO ANTONIO GUILLOT RIOS, en caso afirmativo desde cuándo y cómo lo conoció (...) CONTESTÓ: Sí lo conozco, desde hace mucho tiempo tres años porque yo trabajo allá en esa finca (...) PREGUNTADO: De acuerdo con lo manifestado anteriormente, el señor ROBERTO logró hablar con usted, en caso afirmativo, qué temas trataron. CONTESTÓ: Sí, él me mandó a buscar personalmente a la finca (...) él me dijo estas palabras, como tú sabrás a mí me secuestraron, si sabes, y yo le respondí sí, supimos allá en la finca y me dijo me da mucha pena decirte esto, pero a mí muchas personas de la finca y de otras partes me han comentado, hasta yo mismo estoy seguro de que fue tu gente que lo hicieron, entonces yo le he contestado cómo sabes usted que fueron ellos, a mí me cayó pesado porque la verdad en mi familia nunca se vio eso, esas palabras le contesté yo, entonces me dijo por aquí vino una persona y me trajo este listado con el nombre de estas personas, yo quiero que tú me ayudes y me colabores con esto, estas dispuesta, yo le dije que sí, entonces me dijo que le dijera que si conocía a estas personas, si son tus familiares o no son tus familiares, me comenzó a mencionar los nombres y yo supuestamente le dije que sí los conocía que él tenía las direcciones donde habitan estas personas aquí en Riohacha, me leyó las direcciones y me dijo que si yo sabía, y dónde era, si conocía esas partes, y yo le dije que sí, él me dijo no puede negarse ni echarme mentira porque yo sé que todas estas direcciones son correctas, eso fue todo. PREGUNTADO: (...) diga al despacho a qué personal se refiere y suministre el nombre de esas personas. CONTESTÓ: El ahí me mencionó a mi hermano de nombre EDILMER SARMIENTO GUERRA, WILDER DE ARMA FIGUEROA, FRANCISO SARMIENTO, ELMAN GUERRA, NELSON MARTÍN SARMIENTO, los demás nombres los desconozco porque eran persona que no los conozco. PREGUNTADO: Dentro de la presente actuación consta declaración bajo juramento del señor ROBERTO ANTONIO



GUILLOT RÍOS, en el que manifiesta que HEIDI fue la misma que le comentó que habían sido sus parientes que habían participado en su secuestro, o sea FRANCISCO SARMIENTO GUERRA, JANER JOSÉ DE ARMAS FIGUEROA y NELSO SARMIENTO MENDOZA, en este estado de la diligencia el despacho le da a conocer le derecho de no declarar contra su hermano o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, si es que dentro de los nombrados se encuentra alguno de ellos. CONTESTÓ: No, entre los nombres que usted nombró está un primo mío que es FRANCISCO SARMIENTO, yo nunca le llegué a decir a este señor ha habían sido mis parientes, incluso que haya sido él mi primo, no entiendo por qué le dijo que fue mi primo, eso lo que él dijo es falso, en ningún momento me refería a ellos (...)

15.11. Con sustento en lo anterior, el apoderado del señor Francisco Sarmiento Guerra le solicitó a la Fiscalía que revocara la medida de aseguramiento (fl. 265 a 267, c.3), no obstante, tal petición fue negada el 5 de octubre de 2001, por la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado de Riohacha, por cuanto (fl. 277 a 284, c.3):

Las pruebas que han sobrevenido después del detentivo (sic), y a las cuales ya nos hemos referido y concretamente en la declaración jurada rendida por EDI MARÍA GUERRA, que es la diligencia que en un momento dado podría favorecer al inculpatado GUERRA SARMIENTO y sobre el cual hace énfasis el togado de la defensa, no hace variar el criterio que tuvo el despacho para proferir medida de aseguramiento por qué? (sic). Porque al entrar a valorar su dicho con las demás diligencias aportadas a la actuación es necesario tener en cuenta el interés que puede tener la declarante con los sindicados y en su afirmación se observa un interés en favorecer a FRANCISCO GUERRA SARMIENTO, lo que es apenas natural teniendo en cuenta el grado de parentesco y vínculos que tiene ya que manifestó que es su primo y la señora madre de este fue que la crio; ahora, confrontado las afirmaciones de la víctima con las de EDI MARÍA y/o HEIDI, observamos que existe armonía en lo que se refiere al hecho de indagársele que si a ellas le había ido a buscar alguien en la finca donde laboraba, respondiendo que el señor ROBERTO GUILLOT le había dicho que por ahí la estaba buscando un hermano, y sobre este hecho consta en la actuación, que el día del plagio habían llegado a la finca los CERRITOS personas que se habían manifestado ser la familia de HEIDI (...)

15.12. Esa decisión fue apelada por la defensa, de suerte que el 21 de agosto de 2002 la Fiscalía 1ª de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Riohacha decidió revocar la medida de aseguramiento impuesta contra Francisco Sarmiento Guerra, por las siguientes razones (fl. 81 a 89, c.1):

Ciertamente obran en el expediente algunas pruebas como son los testimonios del ofendido, Roberto Guillot, de su esposa y de sus acompañantes el día en que ocurrieron los hechos en que se investigan, de donde se pudo extraer, objetivamente que los nombres de las personas que presentan como presuntos copartícipes del Secuestro Extorsivo de que fue víctima, fueron dados por informes que no están lo suficientemente demostrados a lo largo de la investigación. **Es verdad, como lo expone la funcionaria instructora en la resolución recurrida, que el testimonio del señor Guillot es preciso, espontáneo, coherente y seguro y que no se observa en él ningún elemento que haga dudar de su veracidad, lo mismo que se puede aseverar del de la señora Aidee Yolanda y**



de los testigos presenciales del ilícito; sin embargo, no se observa por parte de la Delegada, que esos informes tengan un verdadero sustento, además es también cierto, que desde el comienzo de la investigación el señor Guillot presentó los nombres de los supuestos partícipes en el secuestro de que fue víctima, pero también, manifiesta que fue Heidi o Edis la persona que le suministró esa información, cuando fue a su residencia para informarle que sus familiares eran las personas que habían realizado tan horrendo delito. **Al rendir testimonio ante la Fiscalía la señora Edis Hernández Guerra y negar que fuera ella quien suministrara esos informes y a su vez manifestar que fue el señor Guillot quien los tenía escritos en una lista, la situación varía ostensiblemente** porque aunque la fiscal instructora expone que la declarante, puede tener interés en favorecer a su primo, porque fueron criados por su madre como hermanos, y que en la declaración del señor Guillot le manifestó que sus parientes habían estado buscándola en la finca, el día del secuestro y posteriormente se habían cruzado en el camino y no le manifestaron para qué la requerían, también lo es, el que al rendir declaración bajo la gravedad del juramento, niega haber sindicado ante el ofendido, a sus parientes y no podemos suponer, como se ha de entender en la resolución recurrida, que la visita de este pariente era para asegurarse de la presencia de la víctima en su finca; agregando que no queremos afirmar que el señor Guillot se inventó esos nombres, pues los pudo obtener por algún otro medio, pero es necesario establecer cómo lo hizo a fin de ratificar esos informes, pues si lo fue tal y como lo expone en sus versiones, porque la declarante se lo hizo saber, se cae por su base esa prueba ya que ella niega haber suministrado dicha información, así como se le debe creer al ofendido, debemos creerle a la declarante, pues no hay razón para dudar de su dicho, no hay fundamentos que nos lleven a no aceptar como creíble sus manifestaciones **y si en cambio considerar que todas las situaciones enumerada por la señora Fiscal investigadora son indicios graves de responsabilidad en contra de Francisco Segundo, ya que pueden considerarse una serie de circunstancias, como un inventario de hechos;** pero de ninguna manera prueba indiciaria, aunque esos nombres aparezcan en el informe del investigador del gaula, no constituye prueba y no puede decirse que se soporta sobre otras diligencias, como el testimonio rendido por el señor Guillot y su ratificación, porque como ya se anotó, al desmentirlo la persona que según él lo suministró queda su dicho sin piso, por esta razón, esta delegada no comparte el criterio del a-quo, al darle al testimonio de la víctima valor suficiente como para estructurar sobre él una medida de aseguramiento de detención preventiva, es cierto que se logró la declaración de Edis o Heidi, que no es un personaje ficticio, pero también lo es, que desmiente al señor Guillot sobre los datos suministrados por ella (...)

Para esta Delegada, ante los vacíos que se observan, y por qué no manifestarlo, ante la duda que se presenta, y según nuestro criterio, **no es posible edificar una medida de aseguramiento en contra de los sindicados cuando hay una modificación de los fundamentos que sirvieron de base para tomar la decisión que se pide se revoque,** la cual solo puede invocarse cuando sobrevengan pruebas que la desvirtúen, es decir, cuando sobrevengan circunstancias probatorias o hechos que troquen radicalmente la situación o modifiquen los supuestos que dieron origen a la aparición de la medida, concretamente se trata de un cuestionamiento o censura a la fundamentación que tuvo el funcionario al valorar la prueba que afectó la situación jurídica de sindicado, lo que se hace, como se viene sosteniendo, ante nuevos fundamentos de juicio que radicalmente se confrontan con el contexto sobre el que se fundó probatoriamente la medida (...)

15.13. Finalmente, el 21 de abril de 2003 la Fiscalía 1ª Especializada, Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Riohacha, emitió resolución, mediante la cual declaró la preclusión de la investigación a favor de Francisco Segundo Sarmiento Guerra, pues consideró (fl. 59-80, c.1):



(...) al rendir EDIS MARIA HERNÁNDEZ GUERRA, ante esta agencia fiscalía su testimonio niega que fuera ella quién suministrara esos informes y a su vez manifestó que fue el señor GUILLOT quién tenía los escritos en una lista, la situación varía ostensiblemente porque aunque sea pariente no necesariamente, puede tener interés en favorecer a su primo porque fueron criados por su madre como hermanos (...) Pues si bien el señor GUILLOT tenía unos nombres previamente, es necesario establecer como hizo para obtenerlos y es necesario ratificar esos informes, pues si fue tal como lo expone en sus versiones, porque la declarante se lo hizo saber, se cae por su propio peso esa prueba ya que ella niega haber suministrado dicha información (...) , si bien es cierto que se logró la declaración de la señora EDI o HEIDI esta desmiente al señor GUILLOT sobre los datos suministrados por ella y no hay otros medios probatorios que los confirme o los invalide, no tenemos por qué tacharlos pues no existe dentro de la investigación, otras pruebas que nos hagan creer lo contrario y como quiera que no se concretó por otros medios probatorios la participación de los sindicatos en los investigables y que verdaderamente no hay certeza de que los sindicatos sean autores responsables en el ilícito que se investiga, mientras esa certeza probatoria no exista, debemos abstenernos de proferir resolución de acusación ya que todo lo anterior nos lleva a dar aplicación al principio de INDUBIO PRO REO, consignado en el inciso segundo del artículo VII del nuevo Código de procedimiento penal en los siguientes términos.. *"En las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del procesado"*.

La consecuencia de la aplicación de tal principio no es otra diferente que ordenar la preclusión de la investigación, puesto que si no está demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad de los sindicatos la presunción de inocencia se mantiene incólume.

En el caso que nos ocupa la medida de aseguramiento impuesta a los sindicatos, por parte de la Fiscalía instructora al momento de resolver la situación jurídica, se respaldó inicialmente en la prueba testimonial recaudada hasta ese momento procesal, o sea, sirvieron de presupuesto para lo anotado, las declaraciones bajo juramento de la víctima, su esposa y los dos testigos que lo acompañaban el día del ilícito, pero especialmente, los del señor GUILLOT, ya que fue éste quién manifestó que HEIDI o EDIS le suministró los nombres de los parientes como los presuntos partícipes del secuestro del que fue objeto, sin embargo fue esta misma declarante que bajo juramento niega lo manifestado por el ofendido, lo cual nos lleva sin esfuerzo mental alguno que los indicios graves de responsabilidad, en contra de los sindicatos, se encuentran derrumbados en el actual momento procesal ya que jurídicamente no tiene existencia y mucho menos reúne los presupuestos del Art. 397 del C.P.P. que señalen la responsabilidad de los sindicatos.

15.14. Adicionalmente, se observa que el 11 de junio de 2010, ante el Tribunal Administrativo de la Guajira, rindió testimonio el señor Reinaldo Wilche Julio, quien sobre los hechos de la demanda relató:

PREGUNTADO: Sabe o le consta dónde estaba el señor FRANCISCO SARMIENTO en diciembre de 1996. CONTESTADO: Estaba en la finca de ellos que se llama el hoyito que queda para Puerto Colombia. PREGUNTADO: Sabe o le consta donde estaba el señor FRANCISCO SARMIENTO en el año 2001. CONTESTADO: Si se (sic) estaba en el hoyito, jugaba fútbol en la casita, Puerto Colombia (...) PREGUNTADO: Sabe o le consta de algún problema de algún problema con la justicia que haya tenido el señor FRANCISCO SARMIENTO. CONTESTADO: Sí señora sí sé, bueno la relación que ha sucedido esa misma



relación porque los hijos de él oyen y van y le explican a la mamá de ellos que se llama (sic), como yo estaba ahí cerquita, yo me he enterado que ella ha sabido eso. PREGUNTADO: Qué es eso. CONTESTADO: Eso es que ellos han oído y le han contado a su mamá lo que ha sucedido con Francisco, pero, yo como quedaba ahí cerca me he dado cuenta. Que a él lo acusaban de los problemas que había en el monte, era eso que lo acusaban a él. Como del monte, como si fuera guerrillero, eso era lo que yo oía. Y a él lo veía andando con el papá, venían con una Toyota amarilla venían a traer pasajeros. PREGUNTADO: Sabe o le consta qué sucedió con el problema penal del señor Sarmiento. CONTESTÓ: Si, bueno a mí lo que me consta es que fue dejado allá en el monte y se venía con la mujer que él tenía y lo dejaba en el monte limpiando la yuquita y haciendo su trabajo: yo, en vista de la situación, entonces, le regalaba los guineos para que se fueran manteniendo, ayudando. Ahí me empapé más de la situación que estaba sucediendo que era gente del monte, de la guerrilla, y el papá lo dejaba allá en el hoyito, esa finca es de ellos y todavía no la han vendido (...) Bueno, esa situación a él lo perjudicó porque todas las mujeres se le fueron del costado, no tenía con qué mantenerlas, ni yuca, ni nada, y después murió el papá, lo que acabó con todo, y, él andaba huyendo (...)

IV. Análisis de la Sala

Cuestión previa, responsabilidad del Estado por la actividad de la administración de justicia.

16. La Ley 270 de 1996 Estatutaria de Administración de Justicia, prevé en su artículo 65 la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la acción u omisión de sus agentes judiciales y seguidamente contempla las modalidades en que el ejercicio de la actividad jurisdiccional puede comprometer la responsabilidad estatal, a saber: el error jurisdiccional, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y la privación injusta de la libertad.

16.1. Así, en la impugnación, la parte demandante alega que en el presente caso no debe aplicarse el título de imputación de privación injusta de la libertad como fuente de responsabilidad, sino el error judicial, contenido en este caso en la decisión por medio de la cual se ordenó la detención preventiva del señor Francisco Sarmiento Guerra, pues dijo que esta era contraria a las normas jurídicas en que debía fundarse.

16.2. En estos términos, comoquiera que es cierto que el impugnante desde el momento en que planteó la demanda afirmó que la reparación en su favor se edifica a partir de un presunto error judicial cometido por la administración de justicia⁹, la Sala verificará si se reúnen los requisitos para la aplicación de dicho título de imputación.

⁹ Ciertamente en el líbello introductorio el accionante planteó: *“La causa eficiente del daño fue la persecución desatada en procura de la aprehensión de mi poderdante, el cual por impotencia optó*



16.3. Así, en primer lugar, la Sala observa que, pese a que dentro de la investigación se impuso una medida de aseguramiento de detención preventiva, aquella nunca se materializó, pues es claro que el mismo actor reconoce que se evadió de la justicia y, por lo mismo, se considera que el caso no debe ser analizado bajo la óptica de la privación injusta de la libertad.

16.4. Dicho esto, no desconoce la Sala que la Corporación, en aquellos casos en que, pese a no producirse la internación en un sitio de reclusión se demuestra que al investigado se le impuso algún tipo de limitación y que aquella efectivamente restringió sus derechos, *v. gr.* la locomoción, el derecho a fijar el domicilio, entre otros, éstos se entienden como derivaciones del derecho a la libertad que, en tanto resulten injustamente afectadas y debidamente demostradas, son objeto de reparación¹⁰.

16.5. En últimas, las circunstancias —modales, temporales o espaciales— en que se suscite la limitación de la libertad, no desdibujan el valor supremo de la libertad y su protección como derecho fundamental en el contexto de un Estado constitucional. Por tanto; lo que finalmente interesa al instituto de la responsabilidad es que se demuestre la materialización de la restricción y su carácter antijurídico; sin perjuicio, claro está, que las distintas manifestaciones de concreción del daño repercutan en la cuantificación del perjuicio ya que, por ejemplo, la restricción intramural —por su nivel de intensidad y drasticidad— de lejos puede ser comparada con cualesquiera otro tipo de limitación menos gravosa¹¹.

por huir hasta el último momento (...) Como consecuencia de estos hechos, valga decir, el error judicial al tomar como indicio grave la afirmación hecha por la víctima, en el sentido de que la señor EIDIS HERNÁNDEZ GUERRA le había manifestado a sus familiares y entre ellos FRANCISCO, habían sido los autores de tan execrable delito, aseveración que a la postre resultó total y absolutamente desmentido por la persona citada, valga decir, EIDIS HERNÁNDEZ GUERRA” (fl. 6, c.1).

¹⁰ Al respecto, se ha dicho: “Ciertamente, la decisión en firme que decreta la imposición de dicha medida de aseguramiento conlleva una limitación a la libertad, específicamente respecto de la libertad de circulación, la libertad de fijar domicilio, y libertad de escoger profesión u oficio -artículos 24 y 26 de la Carta Política-, amén de la afectación que la aludida medida de aseguramiento representa necesariamente para el propio derecho a la libertad en el plano del mundo jurídico, independientemente de que la detención correspondiente no se haga efectiva en el plano real” —se resalta—.14 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de agosto de 2012, exp. 27059, C.P. Hernán Andrade Rincón. En ese mismo sentido puede verse la Sentencia de la Subsección B del 26 de junio de 2015, exp. 33759, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹¹ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2016, exp. 34554 y, del 10 de noviembre de 2017, exp. 51129, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.



16.6. Se insiste entonces, que el caso particular del señor Sarmiento Guerra, no se observa la imposición material de alguna restricción limitativa de la libertad en establecimiento carcelario, pese a que se había ordenado en su contra una medida de aseguramiento de detención preventiva.

16.7. En segundo lugar, en relación con el error judicial como título invocado por la parte actora, cabe señalar que para que se configure el error jurisdiccional como título de imputación de la responsabilidad del Estado deben estar acreditados los tres requisitos previstos en Ley 270 de 1996, a saber: (i) que el error se encuentre materializado en una providencia que sea contraria a la Ley¹²; (ii) que se hayan interpuesto los recursos ordinarios que procedan contra la decisión que se toma por errónea; y (iii) que la providencia donde se almacena el error haya cobrado firmeza¹³.

16.8. Siguiendo ese derrotero, para el caso bajo estudio, la Sala observa que, en efecto, las presuntas irregularidades alegadas por el demandante recaen sobre la decisión que adoptó la fiscalía en la fase de investigación y que quedó plasmada en la providencia mediante la cual se le se impuso medida de aseguramiento (v. párr. 15.8). No obstante, se tiene que finalmente tal medida de detención fue revocada a través de la providencia del 21 de agosto de 2002 por la Fiscalía 1ª de la Unidad de Fiscalía delegada ante el Tribunal Superior de Riohacha (v. párr. 15.12), razón por la cual el requisito de firmeza no se satisface.

16.9. Así las cosas, pese a que las pretensiones de la demanda no se enmarquen en ninguno de los supuestos de responsabilidad antes mencionados, no es óbice para que el caso no pueda ser abordado, ya que a la luz del artículo 90 constitucional, más allá del título de imputación que se establezca¹⁴, la

¹² ARTICULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. 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.

¹³ ARTICULO 67. PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

1. 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.

2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.

¹⁴ No hay que olvidar que, tal como lo ha dicho el pleno de la Sección Tercera, en la medida que la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad en particular, la jurisprudencia no puede establecer, *a priori*, un único título de imputación para aplicar a eventos que guarden similitudes fácticas entre sí, ya que las circunstancias particulares de cada caso pueden dar lugar a la aplicación de un título diferente, sumado a la aplicación de los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación y



responsabilidad estatal emerge a condición de que se constate la existencia de un daño antijurídico que sea imputable a una entidad del Estado. En otras palabras, la cláusula general de responsabilidad al prescindir de la enunciación de títulos de imputación o de eventos tipo, desarrolló un régimen ampliado de responsabilidad, frente al cual, el daño antijurídico estelariza el juicio de atribución de responsabilidad¹⁵.

Sobre la demostración del daño

17. En lo que respecta al **daño**, es del caso afirmar que según el artículo 90 de la Constitución Política *"el Estado debe responder por los daños antijurídicos que le sean imputables"*, por lo que es claro que la norma superior le otorga una connotación especial al daño que es susceptible de ser reparado, esto es, el que se considera antijurídico.

17.1. Así, para efectos de un adecuado estudio de la responsabilidad, se torna indispensable saber, cuál es el daño cuyo padecimiento se reclama, sin que en esta primera etapa importe que la persona que lo ha sufrido esté o no en el deber jurídico de soportarlo, es decir, independientemente de su antijuridicidad. Pues como bien lo ha precisado la doctrina *"el daño es requisito necesario más no suficiente para que se declare la responsabilidad"*¹⁶, expresión que se refiere al daño en su entendimiento más esencial, de manera previa a la asignación de un adjetivo o de la cualidad referida en el artículo 90 superior para su eventual reparación.

17.2. De esta manera, el daño es el primero de los elementos estructurantes o configurativos de la responsabilidad del Estado, al punto mismo, que es la existencia comprobada de un daño la que puede dar lugar al paso siguiente, esto es, la valoración de su antijuridicidad e imputación, o de lo contrario, al

fundamentación del caso. Ver al respecto, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.

¹⁵ Se trata de una postura que esta Sala ya ha adoptado en decisiones anteriores y en casos similares, verbigracia en la sentencia del 8 de mayo de 2019, con radicación n.º 17001-23-31-000-2008-00340-01(46654), M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹⁶ Henao, Juan Carlos. "El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés"; 1ª edición, 2ª reimpresión, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pg 38: *"Regla primordial del derecho es aquella que enuncia que "sin perjuicio no hay responsabilidad" a punto tal que el profesor Chapus ha escrito: "la ausencia de perjuicio es suficiente para hacer vano cualquier intento de comprometer la responsabilidad del Estado". En efecto, la existencia del perjuicio es de tal trascendencia que su ausencia implica la imposibilidad de pretender la declaratoria de responsabilidad"*



agotamiento anticipado del análisis del deber de indemnización de la administración.

17.3. En este orden de ideas, resulta relevante destacar que el apoderado de la parte actora en el recurso de apelación fue enfático en afirmar que no perseguía la reparación de los perjuicios derivados de una privación de la libertad provocada por la medida de aseguramiento impuesta en su contra, pues lo que en realidad pretendía era *“ser resarcido integralmente en los perjuicios a él causados por la persecución injusta de la cual fue víctima, persecución derivada del error judicial, no por la privación injusta de la libertad como lo entendió la juez del proceso”* (fl. 309, c.2).

17.4. Justamente, el motivo de disenso con la sentencia de primera instancia fue el antes expresado, es decir, que para el demandante el *a-quo* erró en el planteamiento del problema jurídico, pues el Tribunal Administrativo de la Guajira hilvanó como incógnita, el resolver si se hallaba acreditado como daño la privación de la libertad del señor Francisco Segundo Sarmiento Guerra.

17.5. Así, en la sentencia del 22 de febrero de 2012 el Tribunal Administrativo de la Guajira negó las pretensiones de la demanda, pero no por que considerara que no hubiera daño, sino por ausencia de prueba de la responsabilidad de la accionada y también porque halló acreditada la causal excluyente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima. Pero, independientemente de tales consideraciones, y respecto de las cuales la Sala se referirá más adelante, las pruebas arrojadas al proceso sí dan cuenta de la causación de un daño al señor Francisco Sarmiento Guerra por cuanto:

17.6. Se probó que en contra del accionante, el 28 de enero de 1999 la Fiscalía 14 de la Unidad Antiextorsión y Secuestro de Riohacha libró orden de captura con fines de indagatoria (v. párr. 15.4), diligencia a la que dicho procesado nunca compareció (v. párr. 15.5), lo que obligó a la autoridad judicial a su emplazamiento y a que fuera declarado persona ausente (15.6).

17.7. También observa que el 20 de noviembre del 2000 la Fiscalía Delegada ante los Jueces de Circuito de Riohacha resolvió la situación jurídica provisional del encartado, en el sentido de proferir en su contra medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, por el presunto delito de secuestro extorsivo



(v. párr. 15.7), medida que no se hizo efectiva por la evasión del procesado tal como el actor reconoció a través de su apoderado en los hechos de la demanda, donde expresó: *“mi apoderado decide esconderse o mejor, huir ante la impotencia para defenderse”*.

17.8. Al respecto, la Sala considera que, ciertamente, más allá de que en el presente caso no se advierta una privación de la libertad en un centro carcelario, el hecho de que el accionante haya permanecido prófugo de la justicia, implica una afectación al derecho de libre locomoción, entendido como la facultad de desplazarse y transitar por todo el territorio nacional; y de residencia, como facultad autónoma de toda persona para definir el sitio donde desea vivir, conforme se desprende de la comprensión del artículo 24 de la Constitución Política¹⁷.

17.9. Lo anterior se ve reflejado en este caso particular en pruebas tales como el testimonio del señor Reinaldo Wilche Julio, quien dio a entender, que a raíz de la investigación seguida en su contra y las decisiones allí adoptadas, el señor Sarmiento Guerra tuvo que huir, permanecer aislado y confinado en un paraje rural, situación que igualmente provocó una crisis familiar (v. párr. 15.14).

17.10. Luego, no existe duda de que el demandante, mientras subsistió la orden de detención preventiva, sufrió una afectación a un derecho, o *“una alteración negativa del estado de cosas existente”*¹⁸, pues si el estado habitual de un ciudadano es la libertad, el tener que permanecer oculto es una condición que afecta su goce pleno.

17.11. En este sentido, pese a que el demandante arguye que el daño sufrido consistió en haber sido perseguido por el Estado, este es más bien un hecho¹⁹ y no un daño como lesión a un derecho, de manera que su situación se traduce en últimas en la afectación material y efectiva a su derecho de libre locomoción y

¹⁷ El artículo 24 de la Constitución Política prevé: *“Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia”*.

¹⁸ Henao, Juan Carlos. “El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés”; 1ª edición, 2ª reimpresión, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pg 83 y 84: *“(…) se considera que en daño en sentido jurídico reproduce el sentido común del término: la alteración negativa de un estado de cosas existente”*.

¹⁹ Domínguez Angulo, Juan Pablo. “El Concepto Normativo del Daño”, 1º edición, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2016, pg 520: *“No se puede valorar un daño como “un hecho, como un atentado material sobre una cosa”, porque el mismo daño es una valoración y no un hecho, que parte de asignar deberes a las personas, que posteriormente son incumplidos.”*



residencia, con la claridad de que tal daño, ciertamente, es distinto de aquel que se padece por la restricción de la libertad en un centro carcelario.

17.12. En este punto, vale hacer claridad que el daño en este caso no se deriva de la simple adopción de la decisión que contiene la orden de restricción de la libertad, sino de lo que el demandante alega como desmedro a sus condiciones específicas y que se lograron probar en este proceso, independientemente de que sean imputables o no a la Fiscalía General de la Nación, cuestión que deberá resolverse en los párrafos siguientes.

Análisis de la medida restrictiva de la libertad – falla del servicio

18. En este punto debe destacarse, que más allá de que la presente situación se encuadre en el título de imputación de la privación injusta de la libertad o de error judicial, vale aclarar que de cualquier forma, más allá de las particularidades de cada título, en ambos subyace el deber del juez de analizar, como primera medida, si el ente al cual se le endilga el daño incurrió en una falla del servicio como régimen de imputación que por antonomasia es el utilizado como fundamento para determinar la responsabilidad estatal.

18.1. De este modo, teniendo claro que la falla del servicio consiste en el desconocimiento de la administración de un deber obligacional contemplado en el ordenamiento jurídico, corresponderá a esta Sala, tal como lo solicita el demandante, verificar si la orden de detención preventiva emitida contra el señor Francisco Sarmiento Guerra, contenida en la decisión del 20 de noviembre del 2000, emitida por la Fiscalía Delega ante los jueces del circuito de Riohacha, mediante la cual se resolvió la situación jurídica, se emitió conforme los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos y acorde con los aspectos probados en su momento dentro del respectivo proceso penal.

18.2. En este orden de ideas, en la demanda y en el recurso de apelación se plantea que tal orden de detención preventiva fue contraria derecho, por cuanto: (i) la Fiscalía General de la Nación consideró como indicio grave la afirmación hecha por la propia víctima del secuestro, el señor Roberto Guillot Ríos, según la cual la señora Eidis Hernández Guerra le manifestó que uno de sus familiares, el señor Francisco Sarmiento Guerra, había participado en el secuestro, afirmación que no



tenía el peso suficiente para que con base en ella se dictara medida de aseguramiento, pues se requería de al menos dos indicios graves; y (ii) el Fiscal de la causa, previo a dictar la medida de aseguramiento contra el demandante, debió corroborar la versión del secuestrado con la señora Edis Hernández Guerra.

18.3. Sobre el particular, conforme a las pruebas recaudadas, es preciso recordar que en virtud de hechos ocurridos el 20 de abril de 1996, la señora Aidé Yolanda Deluque Martínez denunció, ante la Unidad Investigativa de Policía Judicial, que su esposo Roberto Guillot Ríos fue secuestrado por 4 hombres armados en cercanías de la finca de su propiedad denominada "Los Cerritos" (v. párr. 15.1).

18.4. Después de su liberación, el 4 de junio de 1996, el señor Roberto Antonio Guillot rindió declaración jurada ante la Unidad de Extorsión y Secuestro – Seccional Guajira, quien relató que a partir de varias averiguaciones, y especialmente por los dichos de una de su empleada Edis María Hernández, se enteró del nombre de algunas personas que habrían participado en su secuestro, entre estas, se encontraba un primo de ella, el señor Francisco Sarmiento Guerra (v. párr. 15.2).

18.5. Posteriormente, el 28 de enero de 1999, la Fiscalía 14 de la Unidad Antiextorsión y Secuestro declaró abierta la instrucción y libró orden de captura con fines de indagatoria contra Francisco Sarmiento Guerra (v. párr. 15.4) pero debido a que este no compareció, se ordenó su emplazamiento y posteriormente fue declarado reo ausente (v. párr. 15.6).

18.6. Acto seguido, el 20 de noviembre del 2000, la Fiscalía Delegada ante los Jueces de Circuito de Riohacha impuso medida de aseguramiento en contra del procesado, consistente en detención preventiva por el presunto delito de secuestro extorsivo (v. párr. 15.7).

18.7. Así, se advierte que para dicha época aún regía el Decreto 2700 de 1991²⁰, que en el artículo 388 exigía como requisito sustancial de la medida de

²⁰ Aunque la ley 600 del 2000 fue publicada el 24 de julio del 2000, en el Diario Oficial n.º 44097 y en el artículo 535 dispuso la derogatoria expresa de la Ley 2700 de 1991, no lo es menos que por virtud del artículo 536 no produjo efectos sino hasta un años después, esto es, desde el 24 de julio de 2001.



aseguramiento un indicio grave de responsabilidad²¹; y para el caso específico de la detención preventiva, el artículo 397 requería que se tratara de delitos de competencia de los jueces regionales, que el delito tuviera una pena mínima de prisión que excediera de dos años o que el comportamiento encuadrara en el listado de delitos que esa norma señalaba²².

18.8. Comoquiera que el delito investigado era el de secuestro extorsivo y el artículo 268 del Código Penal de la época, el Decreto Ley 100 de 1980, contemplaba para dicho punible una pena mínima de 28 años de prisión²³, formalmente procedía la medida de detención preventiva.

18.9. Ahora, respecto del cumplimiento del requisito sustancial, el actor considera que era necesaria la existencia de dos indicios graves, no obstante, como ya se advirtió, bajo la vigencia del Decreto Ley 2700 de 1991, estatuto procesal penal aplicable para la fecha en que se impuso la orden de detención preventiva, solo se requería la comprobación de un solo indicio grave.

18.10. Concerniente a que las consideraciones esgrimidas por la Fiscalía al imponer la medida de aseguramiento no fueron suficientes para comprobar la existencia de un indicio grave en contra del señor Francisco Sarmiento Guerra, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales de Circuito de Riohacha, claramente expresó que devenía del testimonio de la propia víctima, es decir, el del señor Roberto Guillot, quien bajo juramento señaló al demandante como uno de los

²¹ El Decreto Ley 2700 de 1991 en el artículo 388 disponía: “Requisitos sustanciales. Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán **cuando contra del sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad**, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

En los delitos de competencia de los jueces regionales sólo procede como medida de aseguramiento, la detención preventiva”. (Se destaca)

²² El artículo 397 del Decreto Ley 2700 de 1991 preceptuaba: “La detención preventiva procede en los siguientes casos: 1. Para todos los delitos de competencia de jueces regionales. 2. Cuando el delito que se atribuya al imputado tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años. 3. En los siguientes delitos: - Cohecho propio (artículo 141); - Cohecho impropio (artículo 142); - Enriquecimiento ilícito (artículo 148); - Prevaricato por acción (artículo 149) (...)”

²³ El artículo 268 del Decreto Ley 100 de 1980, disponía: “El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años, y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos mensuales.

En la misma pena incurrirá quien arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una personalidad de reconocida notoriedad o influencia pública”.



autores de su secuestro, según información que le fuera suministrada por una de sus ex empleadas, la señora Edis María Hernández²⁴ (v. párr. 15,8)

18.11. Para esta Sala pese a que el señalamiento del presunto secuestrador devino del mismo secuestrado, se considera que fue razonable la decisión de la Fiscalía de otorgarle credibilidad a sus dichos, los cuales sí tenían la suficiente fuerza para erigirse en un indicio grave, ya que si nos remitimos al contenido de sus declaraciones, especialmente la rendida del 25 de junio del 2000 (v. párr. 15.5), de esta se deriva claridad y coherencia en sus afirmaciones, las cuales se expusieron de forma precisa y con ostentación de detalles, pues de manera cronológica se reconstruyeron los hechos irregulares que antecedieron al secuestro, como lo es la extraña visita que hicieron algunas personas en una camioneta a la finca que era de su propiedad quienes supuestamente iban en busca de la señora "Heidi", que a su vez era familiar de los supuestos secuestradores, pero que en realidad estaban comprobando la presencia del secuestrado en la finca; y la propiedad con la que la víctima relató que esa persona, con quien por demás había tenido un estrecho vínculo, era una trabajadora leal y había conservado buenas relaciones durante el tiempo que trabajó para el procesado, tanto, que le contó quienes habían sido los autores del delito.

18.12. La Sala igualmente debe anotar que no fue sino hasta 10 meses después de proferida la medida de aseguramiento que pudo ser ubicada la señora Edis María Hernández Guerra, quien en testimonio desmintió los dichos del señor Roberto Guillot (v. párr. 15.10); declaración que el abogado defensor advirtió como prueba sobreviniente como fundamento para solicitar la revocatoria de la medida de aseguramiento (v. párr. 15.11), que en principio fue negada por la Fiscalía Delegada ante los Jueces del Circuito Especializado de Riohacha, comoquiera que con justa razón sostuvo que la señora Edis María Hernández podía tener en interés en desmentir a la víctima, por cuanto era prima del señor Francisco Sarmiento Guerra (v. párr. 15.11) .

18.13. Esta última decisión fue apelada y conocida en segunda instancia por la Fiscalía 1ª de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Riohacha, que mediante decisión del 21 de agosto de 2002 revocó la medida de

²⁴ Persona que en los testimonios había identificado como "Heidi", pero que se trata de la misma persona.



aseguramiento (v. párr. 15.12); revocatoria que no obedeció a la observancia de un error del instructor al imponer la medida de detención preventiva a través de la Resolución del 20 de noviembre del 2000 (v. párr. 15.8) sino, justamente, porque sobrevino una prueba que dejó sin sustento las aseveraciones de la víctima.

18.14. Nótese como, en la Resolución del 21 de agosto de 2002, que revocó la medida de aseguramiento, la Fiscalía expresó que el testimonio del señor Guillot era preciso, espontáneo, coherente y seguro, con la ausencia de elementos que hicieran dudar de su veracidad; igualmente destacó que todas las situaciones que enumeró la Fiscal Investigadora sí eran indicios graves, que ciertamente sustentaban la medida de aseguramiento, solo que esta se quedó sin soporte con el testimonio de Edis María Hernández (v. párr. 15.12).

18.15. Luego, no se trata de que la Fiscalía 1º Delegada ante el Tribunal Superior de Riohacha haya puesto en evidencia un defecto o indebida sustentación en la decisión que impuso la medida de aseguramiento, sino que debido a las pruebas practicadas durante el proceso, los fundamentos que sirvieron de base para tomar la decisión sufrieron una modificación que los dejó sin sustento. Así lo expresó textualmente esa Fiscalía (fl. 87, c.1):

En el caso que nos ocupa la medida de aseguramiento impuesta a los sindicatos, por parte de la Fiscalía instructora al momento de resolver la situación jurídica, **se respaldó inicialmente en la prueba testimonial recaudada hasta ese momento procesal**, o sea, sirvieron de presupuesto para lo anotado, las declaraciones bajo juramento de la víctima, su esposa y los dos testigos que lo acompañaban el día del ilícito, pero especialmente, las del señor Guillot, ya que fue éste, quién manifestó que "Heide o Edis" le suministró los nombres de los parientes como los presuntos partícipes del secuestro, sin embargo fue esta misma declarante quien bajo juramento niega lo manifestado por el ofendido, lo cual nos lleva sin esfuerzo a concluir que los indicios graves de responsabilidad, en contra del sindicato Sarmiento Guerra, sí pueden considerarse como tal, se encuentran derrumbados, en el actual momento procesal (...) (Se destaca)

18.16. De este modo, no es cierto que al final del proceso se hubiera advertido un error en el fundamento de la medida de aseguramiento o que esta no se hubiera basado en verdaderas razones de hecho o de derecho al momento de su imposición, pues el claro que sí se fundamentó en indicios graves de responsabilidad conforme a las pruebas existentes al inicio de la investigación, cuestión diferente es que luego aparecieran nuevos elementos que las desvirtuaron, circunstancia que no puede entenderse como una falla del servicio,



ya que la orden de detención preventiva sí cumplía con los requisitos que exigía la normativa procesal al momento de los hechos, razón conforme a la cual es preciso concluir la ausencia de falla del servicio en este caso.

18.17. De este modo, conforme a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, donde se insistió que el presente asunto debía estudiarse bajo la existencia una falla en la decisión que ordenó la restricción de la libertad, se tiene que esta no aparece acreditada.

Daño especial

19. En este punto, debe aclararse que el Despacho tampoco advierte la existencia en este caso la existencia de responsabilidad del ente demandando aún en el evento en que se diera aplicación al régimen de responsabilidad objetivo de daño especial, pues dadas las circunstancias particulares del caso no se evidencia afectación al principio de igualdad de las cargas públicas y principalmente por que se evidencia la existencia de una culpa exclusiva de la víctima, tal como pasa a exponerse.

Culpa exclusiva de la víctima

20. Conforme a lo anterior y bajo el entendido de que el presente asunto en la impugnación el señor Sarmiento Guerra expresó que no incurrió el culpa exclusiva de la víctima (v. párr. 6.5 y 6.6), la Sala procederá a verificar si esta se presenta en este caso, especialmente por el hecho de que el demandante expresó de manera clara que se evadió de la acción de la justicia por determinación propia.

20.1. Concerniente a la responsabilidad civil extracontractual, y acorde con el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y lo señalado por esta Corporación en la sentencias de unificación²⁵ es obligatorio que de oficio, el juez, con independencia del régimen que se aplique —ya sea objetivo o subjetivo—, acometa el estudio de la conducta del demandante, para efectos de verificar que el pretensor no esté incurso en culpa grave o dolo.

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2018, Exp. 46947, M.P Carlos Alberto Zambrano.



20.2. Lo anterior implica verificar si la víctima respetó los deberes que se imponen por igual a todas las personas conforme a principios, disposiciones y presupuestos ineludibles para la convivencia democrática dentro del orden constitucionalmente establecido. Por consiguiente, se establece una limitante a la posibilidad de que alguien saque provecho de su propia torpeza y se haga indemnizar a expensas de sus actos, tal como lo prevé el referido artículo 70 de la Ley 270 de 1996.

20.3. Así, para el caso concreto, bajo el supuesto de que durante el tiempo en que la orden estuvo vigente, el aquí actor perdió su libertad de locomoción al tener que ocultarse y evadir la orden, ello no sería imputable la accionada sino únicamente al aquí actor.

20.4. En efecto, el artículo 95 de la Constitución Política prevé los deberes de las personas y los ciudadanos que se encuentran en el territorio nacional, el que no solo consagra el de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, sino igualmente el de *“respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales”*.

20.5. De este modo, se tiene que al señor Francisco Sarmiento Guerra, ciertamente le asistía la condición de ciudadano colombiano, desde la perspectiva de cualquier otra persona sometida a una investigación penal y contra la cual se hubiere emitido medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva.

20.6. Es preciso recordar que si bien es cierto que las autoridades democráticas o legítimamente constituidas son el sostén de un Estado Social de Derecho, la renuencia al acatamiento de sus órdenes lleva consigo a desconocer la legitimidad de las mismas, por lo que resulta un contrasentido que con posterioridad se reclame de ellas la reparación de un daño, a no ser que se demuestre de manera fehaciente que la orden era contraria a derecho, que no tenía sustentación jurídica alguna o que fue arbitraria, hecho que no se comprobó en este caso.

20.7. En consecuencia, el comportamiento de un sindicado que se evade voluntariamente de la justicia y luego pretende reparación, es el claro ejemplo de la regla *“nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*, cuya formulación no se haya explícita en el ordenamiento colombiano, pero que se deriva de los artículos



1525²⁶ y 1744²⁷ del Código Civil, y sobre la cual la Corte Constitucional ha estimado²⁸:

¿Hace parte del derecho colombiano la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*? Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen. **No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fé entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste.** Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fé como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir -el primero- la repetición de lo que se ha pagado "por un objeto o causa ilícita a sabiendas", y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquella en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlas, eran reducibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe. (Se destaca)

20.8. De esta forma, quien desconoce una orden de detención preventiva legalmente amparada y luego pretende reparación, ciertamente alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, comportamiento que de paso atenta contra el principio de buena fe previsto en el artículo 83 de la Constitución Política.

20.9. Ahora, es del caso señalar que el comportamiento del actor supera fácilmente el nivel de la culpa grave por propia aseveración del demandante, quien dijo que fue su intención y voluntad evadirse de la justicia, para lo cual no existe calificación distinta que la del dolo.

20.10. Aparte de lo anterior, vale acotar también que uno de los cuestionamientos que se erigen en contra de declarar la culpa exclusiva de la víctima en estos casos es ¿cómo se obliga a un procesado a obedecer una medida restrictiva de la libertad que al final es revocada?

²⁶ El artículo 1525 del Código Civil reza: "No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas".

²⁷ El artículo 1744 del Código Civil prevé: "Si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad. Sin embargo, la aseveración de mayor edad, o de no existir la interdicción, u otra causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener el pronunciamiento de nulidad"

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-083 de 1995.



20.11. La respuesta al anterior interrogante no puede ser otra distinta a que la medida restrictiva de la libertad no se erige en antijurídica, por cuanto nunca surte efectos plenos en los casos como el analizado. Es decir, si existe una orden que obliga a una persona investigada penalmente a comparecer ante la justicia o permanecer de manera temporal en un centro carcelario y tal orden no se cumple, esta no tiene la entidad suficiente para considerarse injusta en la medida que nunca se materializa. Cuestión diferente son los efectos que se producen por su desobedecimiento, que no se pueden enrostrar a la administración de justicia, sino al actuar propio de quien evade la justicia, quien decide permanecer prófugo por voluntad propia.

20.12. Adicional a lo anterior, si una medida de aseguramiento se encuentra debidamente sustentada, el carácter injusto de la misma no puede establecerse de manera objetiva sino hasta cuando dentro del proceso penal se advierta que existen motivos para revocarla. Así, la calificación de una medida de aseguramiento no puede quedar al libre arbitrio de quien la soporta, pues a no ser que esta no tenga sustento alguno en las normas del procedimiento penal, debe ser acatada para efectos de lograr los propósitos de la misma, tales como evitar la obstrucción del debido ejercicio de la justicia, el adecuado recaudo de los medios de prueba, la comparecencia del investigado al proceso penal, etc., conforme a las causales previamente previstas en el ordenamiento.

20.13. De este modo, para quien reconoce y respeta la legitimad de un Estado Social de Derecho, es claro que así como un acto administrativo surte efectos y se presume conforme a la ley hasta tanto no sea anulado, e igualmente que una ley es constitucional hasta tanto no sea declarada inexecutable, de igual forma y guardadas las proporciones, hasta tanto una medida de aseguramiento no sea revocada por la autoridad judicial, su cumplimiento es imperativo para sus destinatarios, a no ser que se demuestre que se trata de una medida arbitraria o contraria a derecho.

20.14. De otra parte, el demandante en el recurso de apelación también consideró que el daño sufrido por él *“no es su culpa exclusiva, en tanto la orden de detención preventiva en su contra no fue emitida por sí mismo y contra sí mismo”* sino por la Fiscalía General de la Nación.



20.15. De cara a lo anterior, debe insistirse que no puede considerarse como causa eficiente del daño la orden de detención preventiva, pues si lo que se alega es el hecho de la limitación de la libertad de locomoción en situación distinta a una restricción intramuros, ese hecho específico no puede endilgarse a una medida de aseguramiento debidamente proferida, puesto que jamás se acató, ya que en ese escenario el daño no es más sino el producto de la conducta de la propia víctima.

20.16. Luego, si el hecho dañoso que alega el señor Sarmiento Guerra consiste en ser víctima de una "*persecución injusta*" por parte del Estado y esa persecución se traduce en la restricción del demandante para moverse libremente o permanecer en su domicilio, se estima que este no tiene origen distinto que el desobedecimiento del encartado a una orden judicial, que como ya se demostró, fue debidamente sustentada en el ordenamiento legal.

20.17. En consecuencia, es claro que el comportamiento del señor Francisco Sarmiento Guerra no puede tener otro calificativo que el de un actuar doloso, quien reconoció además que voluntariamente decidió evadir la acción de las justicias, so pretexto de la emisión de una orden de detención preventiva que calificó contraria a derecho, pero que se demostró que fue debidamente sustentada, de manera que serán negadas las pretensiones de la demanda.

Conclusión

21. En estos términos, acorde con lo expresado anteriormente, la Sala confirmará la sentencia del 22 de febrero de 2012 emitida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, bajo el entendido que en el presente caso no se advirtió falla en el servicio ni la ocurrencia de un daño especial a partir de la decisión de la Fiscalía General de la Nación, consistente en emitir medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del señor Francisco Sarmiento Guerra, y que en todo caso, igualmente se encuentra probada la existencia de la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad.

V. Costas

22. El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de las partes



Radicado: 44001-23-31-000-2004-00989-01
Demandantes: Francisco Sarmiento Guerra y otros

dentro del proceso, razón por la cual no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –Subsección “B”-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia del 22 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, que quedará así:

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: Sin condena en costas

TERCERO: En firme este fallo, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y DEVUÉLVASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de la Subsección

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
(Ausente con permiso)

MARTÍN BERMUDEZ MUÑOZ
Magistrado

**ACLARO EL
VOTO**

legis

RECORDED
INDEXED