

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / DEFECTUOSA IDENTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO / LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN PROCESO DE REPARACIÓN DIRECTA - Falta de diligencia de la fiscal en la etapa de investigación penal / LLAMAMIENTO EN GARANTÍA POR CULPA GRAVE / AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO / DEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA

[E]l problema jurídico consiste en determinar si la sentencia del 4 de abril de 2018, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, incurrió en defecto fáctico, al declarar que la [actora] debía responder parcialmente por la indemnización reconocida por la privación injusta de la libertad del señor [D.B.M], por haber actuado con culpa grave, como fiscal seccional de Bogotá, al dictar las providencias que dispusieron la vinculación al proceso penal, la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva y el llamamiento a juicio, sin haber efectuado previamente la plena identificación del procesado. (...) [L]a sentencia del 4 de abril de 2018 valoró razonablemente las pruebas obrantes en el expediente del proceso penal, que culminó con el fallo de revisión (...) La Sala observa que a la actora le asistió la razón al señalar que la sentencia del 9 de junio de 2009, dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, no concluyó que el procedimiento de identificación del procesado, que adelantó la Fiscalía, hubiera sido insuficiente ni que se hubiera presentado negligencia de la investigadora, pues, en efecto, ese no era el objeto de esa providencia. Sin embargo, es claro que la autoridad judicial demandada no se basó en la sentencia penal para concluir que la [accionante] actuó de manera gravemente culposa al identificar al procesado con base, sino en que, durante la etapa investigativa penal, contó con pruebas que ameritaban de su parte una actuación más diligente. // Finalmente, la providencia cuestionada no desestimó el hecho de que la demandante solicitó a la Registraduría la tarjeta decadactilar del imputado ni negó que el informe de policía judicial hubiera solicitado la captura del señor [D.B.M]. Lo que concluyó la autoridad judicial fue que, de haberse efectuado en debida forma la identificación e individualización del procesado, la funcionaria no hubiera dictado las resoluciones de vinculación, detención preventiva y acusación. // Queda resuelto el problema jurídico: la sentencia del 4 de abril de 2018, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, no incurrió en defecto fáctico, al encontrar responsable a la señora [actora], fiscal (...) seccional de Bogotá, a título de culpa grave, por haber dictado las providencias que dispusieron la vinculación al proceso penal, la imposición de la medida de aseguramiento y el llamamiento a juicio del señor [D.B.M], sin haberlo identificado e individualizado en debida forma.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02187-00(AC)

Actor: NIEVES BAUTISTA GARCÍA

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C

La Sala decide la acción de tutela interpuesta por la señora Nieves Bautista García contra la sentencia del 4 de abril de 2018, dictada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, que revocó el fallo del 8 de marzo de 2013, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, y, en su lugar, condenó a la Nación, Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial, y a la aquí demandante, como llamada en garantía, por los perjuicios causados al señor Dámaso Benítez Mosquera y otros, por privación injusta de la libertad.

ANTECEDENTES

Pretensiones

En ejercicio de la acción de tutela, la señora Nieves Bautista García, por intermedio de apoderado, solicitó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, que estimó vulnerados por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. En concreto, formuló las siguientes pretensiones:

1. Dejar sin efectos la condena impuesta a la Dra. NIEVES BAUTISTA GARCÍA, en calidad de llamada en garantía en la sentencia que se impugna.
2. Ordenar a la Sección Tercera. Subsección C, en caso de considerarlo necesario, hacer la corrección del fallo en lo que corresponda¹.

Hechos

Del expediente, la Sala destaca los siguientes hechos relevantes:

2.1. El señor Dámaso Benítez Mosquera y otros² instauraron demanda de reparación directa contra la Nación, Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial, con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios causados por la privación de la libertad del señor Benítez Mosquera, ocurrida por espacio de dos años, diez meses y dos días.

2.2. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, mediante sentencia del 8 de marzo de 2013, denegó las pretensiones de la demanda, al estimar que no se había acreditado la falla en la prestación del servicio de administración de justicia, porque la sentencia del 9 de junio de 2009, dictada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que resolvió la acción de revisión que interpuso el señor Dámaso Benítez Mosquera³ e invalidó la condena impuesta contra él, fue allegada en copia simple, por lo que no podía ser valorada.

¹ Folio 9 (reverso).

² Luis Eduardo Lozada Quiroga, Jhon Edward Lozada Jaramillo, Jorge Enrique Lozada Quiroga y Marbel Lozada de Velandia.

³ El señor Dámaso Benítez Mosquera interpuso acción de revisión contra las providencias que lo condenaron penalmente, y aportó un estudio morfológico, que demostró que los datos descriptivos que se tuvieron en cuenta en el proceso penal para identificarlo no correspondían a él. Con base en esa prueba, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, invalidó el fallo y anuló el proceso penal, a partir de la vinculación del señor Benítez Mosquera.

2.3. Los demandantes apelaron la anterior decisión y, mediante sentencia del 4 de abril de 2018, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C⁴, la revocó y, en su lugar, accedió a las pretensiones de la demanda. Señaló que, de acuerdo con la jurisprudencia de esa Sala, la sentencia del 9 de junio de 2009 sí podía ser valorada, aunque se hubiese allegado en copia simple. Que esa providencia demostraba la configuración de una falla en el servicio de administración de justicia, porque la Fiscalía no identificó decadactilar y morfológicamente al sindicado, por lo que incurrió en incumplimiento de lo ordenado por el artículo 344 de la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal), que establece que «*en ningún caso se vinculará a persona que no esté plenamente identificada*».

2.3.1. En consecuencia, condenó a la señora Nieves Bautista García, llamada en garantía, a reembolsar a la Fiscalía General de la Nación el 50 % de la condena, porque, en calidad de fiscal 136 delegada ante la Unidad de Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio de Bogotá, obró con culpa grave al dictar la providencia que vinculó al señor Dámaso Benítez Mosquera a la investigación penal, la que le impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva, y la que lo llamó a juicio, sin haber identificado plenamente al procesado.

Argumentos de la tutela

3.1. La señora Nieves Bautista García señaló que la acción de tutela es procedente, porque no cuenta con otro medio de defensa para cuestionar la decisión del 4 de abril de 2018. Que el recurso extraordinario de revisión no es el medio idóneo, porque éste no procede para cuestionar la valoración probatoria efectuada por la autoridad judicial, que es precisamente el debate que ella plantea contra la providencia objeto de tutela.

3.2. En cuanto al fondo del asunto, alegó que la sentencia del 4 de abril de 2018 incurrió en **defecto fáctico**, por indebida valoración de las pruebas obrantes en el expediente del proceso penal, que demostraban que la medida de aseguramiento dictada contra Dámaso Benítez Mosquera había tenido sustento legal y probatorio.

3.2.1. En concreto, sostuvo que, como fiscal 136 Seccional de Bogotá, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal⁵, con la finalidad de identificar plenamente al procesado, el 29 de junio de 2000 y el 6 de septiembre de 2000, tomó indagatoria al señor José Hermes Manjarrés Betancourt —capturado por los hechos materia de investigación— quien manifestó que Dámaso Benítez Mosquera había participado en el ilícito⁶, que era apodado «*José Pinzón o Rancho*», y que, para ocultar su identidad, utilizaba otra cédula de ciudadanía.

3.2.2. Que la actora ordenó oficiar a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que remitiera la tarjeta decadactilar del imputado y, el 8 de septiembre de 2000, llevó a cabo diligencia de reconocimiento fotográfico, en la que José Hermes Manjarrés Betancourt, bajo la gravedad de juramento, identificó a Dámaso Benítez

⁴ Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación: 25000232600020100039301 (48.020).

⁵ Artículo 344. Declaratoria de persona ausente.
(...)

En ningún caso se vinculará a persona que no esté plenamente identificada (Negrillas fuera de texto).

⁶ El proceso penal se adelantó por el delito de hurto calificado y agravado, perpetrado en la empresa Acertar Ltda.

Mosquera, como la persona a la que se había referido en la indagatoria.

3.2.3. Que el Grupo de Apoyo a Fiscalías del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), hoy suprimido, rindió informe de policía judicial, en el que solicitó la captura de los autores del ilícito, entre ellos, Dámaso Benítez Mosquera.

3.2.4. Que, con base en esas pruebas, el señor Benítez Mosquera estaba plenamente identificado, por lo que, el 4 de septiembre de 2000, ordenó la captura, con fines de vincularlo al proceso mediante indagatoria. Que, no obstante, no fue posible efectuar la captura, por lo que lo emplazó, lo declaró reo ausente y, el 27 de junio de 2001, canceló la orden de captura, cumpliendo así con los protocolos de ley.

3.2.5. Que, una vez concluida la etapa de instrucción, con base en el material probatorio recaudado y de acuerdo con lo establecido en el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal⁷, dictó resolución de acusación contra el señor Benítez Mosquera. Que el proceso penal continuó el curso y, al quedar ejecutoriada la sentencia condenatoria de segunda instancia, el Juzgado 34 Penal del Circuito de Bogotá, mediante Oficio 1484 del 14 de mayo de 2004, dictó la orden de captura, que se hizo efectiva el 17 de mayo de 2006⁸.

3.2.6. Alegó que la sentencia objeto de controversia se basó indebidamente en el estudio morfológico allegado con la acción de revisión —prueba con la que, en su momento, no contó la Fiscalía—, y en el testimonio rendido por el señor Manjarrés Betancourt ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el que cambió la versión que había dado a la Fiscalía respecto de la identificación del señor Benítez Mosquera.

3.2.6.1. Que la providencia cuestionada impuso a la actora una carga procesal no establecida en la ley, al señalar que debió efectuar la identificación del procesado con base en el estudio morfológico que se presentó con la acción de revisión, lo cual era imposible, pues el señor Benítez Mosquera fue declarado persona ausente.

3.2.7. Destacó que la providencia que se controvierte no tuvo en cuenta que la captura del señor Benítez Mosquera se efectuó en virtud de la orden que dictó el juzgado de conocimiento, después de confirmarse en segunda instancia la condena penal, y no en cumplimiento de la orden de captura dictada por ella, como fiscal 136 seccional de Bogotá el 4 de septiembre de 2000, porque ésta se emitió únicamente con fines de indagatoria y, en todo caso, fue cancelada, al declararse la situación de reo ausente.

3.2.8. Que la providencia discutida valoró indebidamente la sentencia del 9 de junio de 2009, dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Que, contra las conclusiones de la autoridad demandada, la Corte no concluyó que el procedimiento de identificación e individualización adelantado por la Fiscalía hubiera sido insuficiente ni que se hubiera presentado negligencia del ente investigador.

Que, de hecho, la Sala Penal señaló que la acción de revisión no era el escenario

⁷ Artículo 397. Requisitos sustanciales de la resolución de acusación. El Fiscal General de la Nación o su delegado dictarán resolución de acusación cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad del sindicado.

⁸ De acuerdo con la información contenida en la sentencia del 4 de abril de 2018, objeto de tutela.

para debatir aspectos procesales, no originados en la sentencia o antes de ésta, por lo que carecía de competencia para efectuar un juicio sobre las actuaciones adelantadas por la Fiscalía en la etapa investigativa. Que, por tanto, esa Corporación se limitó a analizar si las pruebas nuevas, allegadas con la acción de revisión y decretadas en esa instancia, podían desvirtuar la cosa juzgada del fallo penal.

Trámite procesal

4.1. Mediante auto del 6 de julio de 2018, el despacho sustanciador inadmitió la demanda, para que el actor manifestara bajo la gravedad de juramento que no había presentado otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos.

4.1.1. El demandante subsanó la falencia advertida y, mediante auto del 19 de julio de 2018, se admitió la demanda de tutela y se ordenó notificar, en calidad de demandados, a los magistrados del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, que dictaron la providencia controvertida. Como terceros con interés, se ordenó notificar al fiscal general de la Nación, al director ejecutivo de Administración Judicial, y a los demás demandantes del proceso de reparación directa.

4.2. La Secretaría General del Consejo de Estado, mediante oficios del 25 de julio de 2018, enviados por correo electrónico, notificó al demandante, al director ejecutivo de Administración Judicial y al fiscal general de la Nación⁹. Los magistrados del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, fueron notificados de manera personal¹⁰. Además, el auto admisorio de la tutela fue publicado en la página web del Consejo de Estado¹¹.

Intervención de la autoridad judicial demandada

5.1. El **Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C**, por conducto del magistrado ponente de la sentencia del 4 de abril de 2018, se refirió, en extenso, a las causales genéricas y específicas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales.

5.2. En cuanto al fondo del asunto, sostuvo que no es cierto que la sentencia objeto de tutela hubiese declarado la responsabilidad de la señora Nieves Bautista García, llamada en garantía, con fundamento en que el señor Dámaso Benítez Mosquera había sido privado de la libertad en cumplimiento de la medida de aseguramiento dictada el 4 de septiembre de 2000.

Que el análisis efectuado por la Corporación consistió en determinar si la actora había actuado con dolo o culpa grave al expedir las providencias que dispusieron la vinculación de la víctima al proceso penal, la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva y el llamamiento a juicio, por no haber efectuado previamente la plena identificación del procesado.

5.2.1. Señaló que la sentencia del 9 de junio de 2009, proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, no manifestó que la actora, como fiscal 136 seccional de Bogotá hubiera incurrido en una conducta negligente. Que lo que esa sentencia concluyó fue que el señor José Pinzón, alias Rancho, era una persona

⁹ Folios 57-64.

¹⁰ Folio 65.

¹¹ Folio 66.

distinta a Dámaso Benítez Mosquera, porque se presentaban evidentes diferencias en cuanto al color de la piel, la textura del rostro, la contextura física y la edad.

Que, en tal sentido, el motivo que generó la imputación de responsabilidad a la actora fue el hecho de haber procesado a Dámaso Benítez Mosquera bajo las características físicas y morfológicas de otra persona (José Pinzón). Que, de hecho, el señor José Hermes Manjarrés Betancourt, en la diligencia de indagatoria, advirtió a la Fiscalía que José Pinzón, alias Rancho, que había participado en el delito, se identificaba con la cédula de otra persona, situación que exigía a la funcionaria un mayor cuidado al identificar decadactilar y morfológicamente al acusado.

5.2.2. Que, por otra parte, la providencia objeto de tutela concluyó que la actora había incumplido el deber de practicar todas las pruebas necesarias para identificar plenamente al imputado, conforme con lo ordenado por el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, que establece que «*en ningún caso se vinculará a persona que no esté plenamente identificada*». Que si bien la actora solicitó a la Registraduría que allegara la cartilla decadactilar del investigado, la labor de la funcionaria fue deficiente, pues el color de piel y la edad del señor Benítez Mosquera, registradas en ese documento, no coincidían con los del verdadero autor del delito, como lo advirtió la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en la sentencia de revisión, que evidenció la ligereza del análisis efectuado por la fiscal respecto de esa prueba.

Que, en la diligencia de reconocimiento fotográfico, el señor José Hermes Manjarrés Betancourt, al ser interrogado sobre la persona que cometió el hurto, señaló que alias Rancho no estaba en la imagen, y que una de las personas que allí aparecían «*se asimilaba*», refiriéndose a Dámaso Benítez Mosquera, pero que eso no era suficiente para vincularlo a la actuación penal.

5.2.3. Que, por lo tanto, contra lo alegado por la actora, en la etapa investigativa no quedó plenamente establecido que el señor Benítez Mosquera hubiera participado en el delito, y que, de hecho, como concluyó la sentencia penal de revisión, las características físicas del autor del delito no coincidían con las de la víctima, por lo que, al vincularlo al proceso y dictar en su contra la medida de aseguramiento y la resolución de acusación, la fiscal incurrió en una conducta gravemente culposa, que causó el daño antijurídico a los demandantes de la reparación directa.

5.2.4. Precisó que si bien la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 9 de junio de 2009 no analizó a profundidad el comportamiento de la fiscal 136, eso obedeció a que el objeto de esa providencia se restringía a determinar si se habían presentado inconsistencias en la identificación del imputado.

5.3. Por último, manifestó que la providencia objeto de tutela no incurrió en vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la demandante, y que se dictó con fundamento en los principios de autonomía e independencia, que cobijan a las autoridades judiciales.

Intervención de terceros

6.1. La abogada de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal de la **Dirección Ejecutiva de Administración Judicial** se refirió a las causales de

procedibilidad específicas de la tutela contra providencias judiciales y resaltó que esta acción constitucional no puede convertirse en una tercera instancia de los procesos ordinarios. Que, además, la demandante no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, que haga procedente la tutela de manera excepcional.

6.1.1. Se refirió a las funciones de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, y resaltó que la entidad no participa en la expedición de decisiones judiciales, por lo que solicitó que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva.

6.2. El señor **Dámaso Benítez Mosquera**, por intermedio de apoderado, alegó que la demandante no se hizo presente en la práctica de las pruebas decretadas en el proceso de reparación directa, por lo que no podía ahora pretender beneficiarse de su propia culpa, para atacar la providencia judicial que declaró su responsabilidad.

6.2.1. Sostuvo que el magistrado ponente de la sentencia del 4 de abril de 2018 acertó al afirmar, en la contestación de la tutela, que lo que pretende la actora es acceder a una tercera instancia, que le permita eludir la responsabilidad patrimonial que le impuso la providencia que resolvió la demanda de reparación directa.

6.2.2. Señaló que el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, declaró la responsabilidad administrativa, por privación injusta de la libertad, con fundamento, entre otras pruebas, en que José Hermes Manjarrés Betancourt manifestó a la Fiscalía que José Pinzón, conocido como Rancho, era de raza negra, de estatura aproximada de 1,70 cms y de 34 o 35 años de edad, descripción que no correspondía al señor Dámaso Benítez Mosquera, cuya cartilla decodactilar indicaba que, a esa fecha, tenía 49 años de edad. Es decir, que la autoridad judicial demandada encontró acreditadas las falencias en la identificación e individualización del procesado, en que se incurrió en el proceso penal.

6.2.3. Por último, señaló que la tutela no cumple con el presupuesto de la inmediatez, porque se interpuso aproximadamente tres meses después de la notificación de la providencia que controvierte.

6.3. La **Fiscalía General de la Nación** guardó silencio, a pesar de que fue notificada de la tutela.

CONSIDERACIONES

Cuestión previa

1.1. La magistrada Stella Jeannette Carvajal Basto manifestó estar impedida para conocer del asunto, por la causal establecida en el numeral 15 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004¹².

1.2. Al respecto, conviene señalar que las recusaciones e impedimentos son mecanismos que garantizan que las decisiones judiciales se adopten conforme con los principios de independencia e imparcialidad.

¹² «15. Que el juez o fiscal haya sido asistido judicialmente, durante los últimos tres (3) años, por un abogado que sea parte en el proceso».

1.2.1. La independencia constituye un principio esencial del debido proceso y obliga al juez a actuar libre de presiones exteriores o influencias que perturben su juicio. La imparcialidad, por su parte, precisa que el juez no tenga ningún interés en el asunto en cuestión ni que tenga ningún prejuicio.

1.2.2. En otras palabras, los principios de independencia e imparcialidad exigen que el juez no tenga ideas preconcebidas frente al asunto puesto a su consideración y menos que actúe de manera que beneficie sus propios intereses o los intereses de alguna de las partes del proceso.

1.3. En materia de acción de tutela, los impedimentos se rigen por las causales del Código de Procedimiento Penal. Así lo prevé el artículo 39 del Decreto 2591 de 1991:

Artículo 39. Recusación. En ningún caso será procedente la recusación. El juez deberá declararse impedido cuando concurren las causales de impedimento del Código de Procedimiento Penal so pena de incurrir en la sanción disciplinaria correspondiente. El juez que conozca de la impugnación del fallo de tutela deberá adoptar las medidas procedentes para que se inicie el procedimiento disciplinario si fuere el caso.

1.3.1. Como se ve, el juez de tutela debe declararse impedido cuando esté incurrido en alguna de las causales previstas en el Código de Procedimiento Penal.

1.4. En el caso concreto, la magistrada Stella Jeannette Carvajal Basto manifestó que está incurrida en la causal de impedimento contemplada en el numeral 15 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, porque *«el señor apoderado de la entidad demandante en el proceso de la referencia, doctor Héctor Alfonso Carvajal Londoño, actúa como mi apoderado en el proceso No. 25000234200020120075900, que adelanto contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial»*¹³.

1.4.1. La causal aludida por la magistrada prevé que está impedido el juez que haya sido asistido judicialmente, durante los últimos tres (3) años, por un abogado que sea parte en el proceso.

1.5. Siendo así, el impedimento manifestado por la magistrada Stella Jeannette Carvajal Basto se declarará fundado. En consecuencia, queda separada del conocimiento del asunto de la referencia.

La acción de tutela contra providencias judiciales

A partir del año 2012¹⁴, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Posteriormente, en la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014¹⁵, se precisó que la acción de tutela, incluso, es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, ese mecanismo puede ejercerse contra cualquier autoridad pública.

¹³ Folio 49.

¹⁴ Expediente 11001-03-15-000-2009-01328-01.

¹⁵ Expediente (IJ) 11001-03-15-000-2012-02201-01.

Para tal efecto, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales (procesales o de procedibilidad) que fijó la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005. Esto es: **(i)** la relevancia constitucional; **(ii)** el agotamiento de los medios ordinarios de defensa; **(iii)** la inmediatez; **(iv)** que si se trata de una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo o determinante; **(v)** que se identifiquen los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados, y que esa vulneración se hubiere alegado en el proceso judicial, y **(vi)** que no se cuestione una sentencia de tutela.

Una vez la acción de tutela supere el estudio de las causales procesales, el juez puede conceder la protección, siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo, que miran más hacia la prosperidad de la tutela: **(i)** defecto sustantivo, **(ii)** defecto fáctico, **(iii)** defecto procedimental absoluto, **(iv)** defecto orgánico, **(v)** error inducido, **(vi)** decisión sin motivación, **(vii)** desconocimiento del precedente y **(viii)** violación directa de la Constitución.

Las causales específicas que ha decantado la Corte Constitucional (y que se ha aplicado la mayoría de las autoridades judiciales) buscan que la tutela no se convierta en una instancia adicional para que las partes reabran discusiones jurídicas que son propias de los procesos ordinarios o expongan los argumentos que, por negligencia o decisión propia, dejaron de proponer oportunamente.

Ahora, tratándose de tutela contra providencias judiciales proferidas por el Consejo de Estado o por la Corte Suprema de Justicia, cuando ejercen funciones de órganos de cierre en las respectivas jurisdicciones, la Corte Constitucional ha establecido un requisito adicional, consistente en «*la configuración de una anomalía de tal entidad que exija la imperiosa intervención del juez constitucional*»¹⁶.

Planteamiento del problema jurídico

3.1. El señor **Dámaso Benítez Mosquera**, por intermedio de apoderado, señaló que la tutela no cumple con el presupuesto de la inmediatez, porque se interpuso aproximadamente tres meses después de la expedición de la providencia que controvierte.

3.1.1. Al respecto, la Sala Plena de esta Corporación estableció que seis meses, contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, es un término razonable para ejercer la acción de tutela contra providencias judiciales, en consideración a «*la naturaleza del acto jurisdiccional, los plazos previstos en la ley para la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios contra las mismas, el derecho a la tutela judicial efectiva y la necesidad de que las situaciones jurídicas resueltas logren certeza y estabilidad*»¹⁷.

3.1.2. Siendo así, teniendo en cuenta que la providencia que se controvierte se notificó por edicto el 12 de abril de 2018¹⁸, y que la tutela se interpuso el 28 de junio de 2018¹⁹, esto es, dos meses y dieciséis días después, la Sala encuentra satisfecho el requisito de la inmediatez.

¹⁶ SU-573 de 2017.

¹⁷ Sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014.

¹⁸

http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_actua.asp?mindice=25000232600020100039301.

¹⁹ Folio 1.

3.2. Verificado el cumplimiento de los requisitos generales, la Sala pasa a estudiar los requisitos especiales para la prosperidad de la tutela contra providencias judiciales.

3.3. En los términos de la demanda, el problema jurídico consiste en determinar si la sentencia del 4 de abril de 2018, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, incurrió en defecto fáctico, al declarar que la señora Nieves Bautista García debía responder parcialmente por la indemnización reconocida por la privación injusta de la libertad del señor Dámaso Benítez Mosquera, por haber actuado con culpa grave, como fiscal 136 seccional de Bogotá, al dictar las providencias que dispusieron la vinculación al proceso penal, la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva y el llamamiento a juicio, sin haber efectuado previamente la plena identificación del procesado.

3.3.1. Para resolver el problema planteado, la Sala analizará la sentencia cuestionada y adoptará la decisión que corresponda en el caso concreto.

Solución del caso

4.1. La parte actora alegó que la sentencia del 4 de abril de 2018 incurrió en defecto fáctico, por indebida valoración de las pruebas obrantes en el expediente del proceso penal, que demostraban que la medida de aseguramiento dictada contra Dámaso Benítez Mosquera tuvo sustento en: **(i)** lo manifestado por el señor José Hermes Manjarrés Betancourt, capturado por los hechos materia de investigación, en la indagatoria y en la diligencia de reconocimiento fotográfico, en las que identificó a Dámaso Benítez Mosquera, que era apodado «*José Pinzón o Rancho*», como autor del ilícito, **(ii)** la tarjeta decadactilar del imputado, que fue remitida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, y **(iii)** el informe de policía judicial rendido por el Grupo de Apoyo a Fiscalías del DAS, que solicitó la captura del señor Benítez Mosquera.

4.1.1. Señaló que la autoridad judicial demandada no tuvo en cuenta que la captura del señor Benítez Mosquera se produjo en cumplimiento de la orden emitida por el juzgado de conocimiento, cuando quedó ejecutoriada la condena penal, y no por la impartida por ella, como fiscal 136 seccional de Bogotá, el 4 de septiembre de 2000, porque ésta fue cancelada, al declararse la situación de reo ausente.

4.1.2. Que la sentencia objeto de controversia se basó indebidamente en el estudio morfológico allegado con la acción de revisión, prueba a la que ella no tuvo acceso en la etapa de investigación penal, y en el testimonio rendido por el señor Manjarrés Betancourt ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que cambió la versión que había dado a la Fiscalía respecto de la identificación del señor Benítez Mosquera.

4.1.3. Que la providencia objeto de tutela valoró indebidamente la sentencia del 9 de junio de 2009, dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que invalidó la condena penal impuesta contra Dámaso Benítez Mosquera, pues ésta no concluyó que el procedimiento de identificación adelantado por la Fiscalía hubiera sido insuficiente ni que se hubiera presentado negligencia de la investigadora.

4.2. Con la finalidad de establecer si la providencia objeto de tutela incurrió en el defecto fáctico endilgado, es pertinente citar el análisis que efectuó la Subsección

C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al concluir que se había configurado la responsabilidad de las demandadas, por la privación injusta de la libertad del señor Dámaso Benítez Mosquera:

En primer lugar, del fallo referido²⁰ se pudo visualizar sin lugar a equívocos una falla en el servicio de la administración de justicia, específicamente en lo relacionado con el cumplimiento del deber de la Fiscalía de identificar tanto decadactilar y morfológicamente al sindicado, así como, el deber del Juez de conocimiento de verificar lo afirmado por la entidad instructora, deberes plenamente establecidos en los artículos 344 y 170 de la Ley 600 de 2000, que establecen que *“en ningún caso se vinculará a persona que no esté plenamente identificada”*, y que toda sentencia debe contener la *“identidad o individualización del procesado”*, respectivamente.

El mencionado fallo de revisión analizó las nuevas pruebas allegadas en esta instancia, como: i) el examen morfológico realizado por la profesional señora Laura Esperanza Acero Mora, ii) el dictamen allegado por el investigador criminalístico II CTI morfológico Nivel III Cod. 2590, y iii) los diferentes testimonios de los señores José Hermes Manjarrés Betancourt y Jesús Antonio Mayorga Rodríguez, llegando a la conclusión que la persona que identificaron como José Pinzón “alias rancho” y Dámaso Benítez Mosquera, no era la misma, por cuanto hubo “disimilitudes en cuanto al color de la piel, textura del rostro, la contextura y la edad” de acuerdo a la declaración de los entonces procesados señores Jesús Antonio Mayorga Rodríguez y José Hermes Manjarres Betancourt.

Ahora bien, revisado el extenso acervo probatorio se pudo observar que el 6 septiembre del 2000 ante la Fiscal Ciento Treinta y Seis (136) Seccional de Bogotá se llevó a cabo diligencia de ampliación de indagatoria por el señor José Hermes Manjarrés Betancourt (quien había servido como testigo clave para la desarticulación de la banda delincencial), en la cual señaló bajo la gravedad de juramento a los supuestos partícipes del hecho, precisando que el nombre del señor Dámaso Benítez Mosquera se encontraba ausente, por el contrario, en la misma diligencia hizo una salvedad acerca de la identificación del señor José Pinzón, indicando que este no portaba su cédula sino la de otro.

Con todo lo anterior, para esta Subsección es claro que el yerro en que incurrió la Fiscalía General de la Nación fue haber procesado al señor Dámaso Benítez Mosquera bajo las características físicas y morfológicas de una persona diferente (José Pinzón), advirtiendo que, en las diferentes acciones que realizó en su momento con el propósito de esclarecer dicho punto, no satisfizo el deber que la Ley le imponía de identificar plenamente al procesado sin lugar a dubitación; por el contrario, una vez analizada la indagatoria del señor José Hermes Manjarrés Betancourt, junto con las conclusiones traídas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de Revisión del 9 de junio de 2009, se logró establecer que la Fiscalía había sido advertida por parte de aquel, de que el señor José Pinzón cargaba una cédula diferente a su nombre, situación que le exigía a dicha entidad estatal, un mayor cuidado al momento de definir decadactilar y morfológicamente al acusado, y no como sucedió en la realidad, pues tal y como lo evidenció el máximo Tribunal ordinario, la

²⁰ Se refiere a la sentencia del 9 de junio de 2009, mediante la que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió la acción de revisión instaurada por el señor Dámaso Benítez Mosquera.

simpleza del análisis de la cartilla decadactilar que traía todos los datos referentes a la identificación del sujeto fue tal, que ni aún las características del color de la piel, ni la edad correspondían a la del hoy accionante Benítez Mosquera.

Entonces, de lo anterior se desprende que **la Fiscalía General de la Nación no identificó e individualizó al autor del delito de hurto calificado y agravado, al punto tal que cuando avocó conocimiento el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Penal del Circuito de Bogotá**, aún no se tenía certeza respecto de la identificación e individualización del autor del ilícito.

Nótese entonces que en el caso de autos, la Fiscalía General de la Nación incumplió con sus deberes normativos señalados en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal – Ley 600 de 2000, toda vez que adelantó la investigación penal por el delito de hurto calificado y agravado, sin haber identificado e individualizado plenamente al reo.

En consecuencia, la Sala considera que la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor Dámaso Benítez Mosquera tuvo su origen en una falla en el servicio en cabeza del ente investigador, al adelantar una investigación penal sin tener plenamente individualizado el autor del delito de hurto en cuestión (Negrillas y subrayado fuera de texto).

4.2.1. Al referirse, en concreto, a la responsabilidad de la llamada en garantía, la Corporación manifestó:

De esta manera queda evidenciado que quien tenía el deber de identificar e individualizar plenamente quien era sindicado de la comisión del delito de hurto agravado y calificado en la etapa de investigación previa era la fiscal Nieves Bautista García, pues la norma penal establecía como finalidad de esta etapa procesal *“determinar si ha tenido ocurrencia la conducta que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades, si está descrita en la ley penal como punible, si se ha actuado al amparo de una causal de ausencia de responsabilidad, si cumple el requisito de procesabilidad para iniciar la acción penal y **para recaudar las pruebas indispensables para lograr la individualización o identificación de los autores o partícipes de la conducta punible**”*.

Tal y como lo puso de presente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 9 de junio de 2009, cuando decidió el recurso extraordinario de revisión adelantado por el señor Dámaso Benítez Mosquera, al evidenciar que el deber de identificación e individualización del sindicado no había sido cumplido a cabalidad, por lo que se hacía *“imperioso derrumbar la cosa juzgada y disponer al restauración del proceso desde el momento que dispuso la vinculación de Dámaso Benítez Mosquera, y **así se permita la real individualización e identificación del verdadero autor de la conducta punible**. Esa etapa procesal corresponde a la resolución del 23 de agosto de 2000”*.

En consecuencia, para la Subsección es claro que la conducta desplegada por la señora Bautista García como funcionaria instructora del proceso penal llevado en contra del accionante, fue gravemente negligente e imprudente al haber vinculado a una persona sin estar plenamente identificada e individualizada, incumpliendo así con la disposición antes mencionada y a la

contenida en el último inciso del artículo 344²¹ del Código de Procedimiento Penal – Ley 600 de 2000.

Por lo tanto, la señora Nieves Bautista García actuó con culpa grave al expedir las mencionadas providencias y por ende deberá responder como llamada en garantía, pues la omisión en el cumplimiento de sus deberes legales fue lo que generó el daño causado al señor Dámaso Benítez Mosquera por la privación injusta de la libertad y así lo declarará la Sala de Subsección.

Ahora bien, con relación al argumento esgrimido por la defensa de la llamada en garantía en el sentido de que en el presente caso se configuró el hecho de un tercero y/o la culpa exclusiva de la víctima, la Sala considera pertinente señalar que no está llamado a prosperar, ya que no es posible justificar la conducta gravemente culposa de la entonces Fiscal en el hecho de que un testigo identificó en fila de persona al aquí accionante, pues quien tenía el deber de corroborar su dicho con otros medios probatorios era la funcionaria, máxime si se tiene en cuenta que el declarante advirtió en su indagatoria que otro de los implicados (haciendo referencia a José Pinzón, alias Rancho) cargaba la cédula del señor Dámaso Benítez Mosquera, de modo que existían indicios para que la fiscal previera la **posible suplantación personal** (Negritas y subrayado fuera de texto).

4.3. De acuerdo con lo anterior, contra los argumentos de la tutela, la Sala advierte que la sentencia del 4 de abril de 2018 valoró razonablemente las pruebas obrantes en el expediente del proceso penal, que culminó con el fallo de revisión dictado el 9 de junio de 2009.

4.3.1. En la providencia cuestionada, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que la sentencia del 9 de junio de 2009, dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que resolvió la acción de revisión instaurada por el señor Benítez Mosquera, luego de analizar las nuevas pruebas allegadas, y los testimonios de los señores José Hermes Manjarrés Betancourt y Jesús Antonio Mayorga Rodríguez, concluyó que José Pinzón, alias Rancho, posible autor del delito, era una persona diferente a Dámaso Benítez Mosquera.

4.3.2. Que esas diferencias no fueron advertidas por la Fiscalía 136 seccional de Bogotá, pues no se efectuó una plena identificación decadactilar y morfológica del procesado. Que, por tanto, al dictar las providencias que dispusieron la vinculación del señor Benítez Mosquera al proceso penal, la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva y el llamamiento a juicio, sin estar plenamente identificado e individualizado, la señora Nieves Bautista García actuó de manera gravemente culposa e incumplió lo ordenado por el artículo 344 de la Ley 600 de 2000, que establece que *«en ningún caso se vinculará a persona que no esté plenamente identificada»*.

4.3.3. La autoridad judicial demandada señaló que la sentencia penal dejó claro que el yerro en que incurrió la Fiscalía General de la Nación fue haber procesado al señor Benítez Mosquera bajo las características físicas y morfológicas de José Pinzón, alias Rancho. Al respecto, contra los argumentos de la tutela, la Sala advierte que la sentencia cuestionada valoró razonablemente las declaraciones del señor José Hermes Manjarrés Betancourt, rendidas en la diligencias de indagatoria y de reconocimiento fotográfico, en las que identificó a los coautores

²¹ Cita original: «(...) *En ningún caso se vinculará a persona que no esté plenamente identificada*».

del ilícito y dijo que Dámaso Benítez Mosquera no estaba entre ellos y, en especial, advirtió a la fiscal que José Pinzón no portaba su cédula, sino la de la víctima, situación que, para la autoridad judicial, ameritaba de la funcionaria una conducta muy cuidadosa en la identificación decadactilar y morfológica del procesado, lo que, evidentemente, no cumplió, pues no advirtió las diferencias de color de la piel, de textura del rostro, de contextura corporal y de edad.

4.3.4. Contra lo alegado por la señora Benítez García, la sentencia objeto de controversia, para condenarla como llamada en garantía, no se basó en el estudio morfológico allegado con la acción de revisión, ni en un testimonio rendido por el señor Manjarrés Betancourt ante la Corte Suprema de Justicia. Como se vio, el fundamento de la responsabilidad de la actora, como llamada en garantía, consistió en que, en la etapa de investigación penal, contó con elementos de juicio que le indicaban que Dámaso Benítez Mosquera era una persona diferente a José Pinzón, alias Rancho, y que éste portaba la cédula de ciudadanía de la víctima, lo que generaba serios indicios de una posible suplantación personal.

Además, la providencia que se cuestiona no mencionó ningún testimonio rendido por Manjarrés Betancourt ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, sino que se remitió a las declaraciones que éste dio en las diligencias de indagatoria y reconocimiento fotográfico, es decir, que no tuvo fundamento en un cambio de la versión rendida por ese procesado, sino en lo que declaró, justamente, ante la Fiscalía 136 Seccional de Bogotá.

4.3.5. La Sala observa que a la actora le asistió la razón al señalar que la sentencia del 9 de junio de 2009, dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, no concluyó que el procedimiento de identificación del procesado, que adelantó la Fiscalía, hubiera sido insuficiente ni que se hubiera presentado negligencia de la investigadora, pues, en efecto, ese no era el objeto de esa providencia. Sin embargo, es claro que la autoridad judicial demandada no se basó en la sentencia penal para concluir que la señora Bautista García actuó de manera gravemente culposa al identificar al procesado con base, sino en que, durante la etapa investigativa penal, contó con pruebas que ameritaban de su parte una actuación más diligente.

4.3.6. Finalmente, la providencia cuestionada no desestimó el hecho de que la demandante solicitó a la Registraduría la tarjeta decadactilar del imputado ni negó que el informe de policía judicial hubiera solicitado la captura del señor Benítez Mosquera. Lo que concluyó la autoridad judicial fue que, de haberse efectuado en debida forma la identificación e individualización del procesado, la funcionaria no hubiera dictado las resoluciones de vinculación, detención preventiva y acusación.

4.4. Queda resuelto el problema jurídico: la sentencia del 4 de abril de 2018, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, no incurrió en defecto fáctico, al encontrar responsable a la señora Nieves Bautista García, fiscal 136 seccional de Bogotá, a título de culpa grave, por haber dictado las providencias que dispusieron la vinculación al proceso penal, la imposición de la medida de aseguramiento y el llamamiento a juicio del señor Dámaso Benítez Mosquera, sin haberlo identificado e individualizado en debida forma.

En consecuencia, la Sala denegará las pretensiones de la tutela.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

- 1. Declarar fundado** el impedimento manifestado por la magistrada Stella Jeannette Carvajal Basto. En consecuencia, queda separada del conocimiento del asunto de la referencia.
- 2. Denegar** las pretensiones de la tutela, por las razones expuestas.
- 3. Notificar** a las partes por el medio más expedito.
4. Si no se impugna, **enviar** el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo, y **devolver** el proceso ordinario enviado en calidad de préstamo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sección

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ