

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

*Dra. Beatriz Teresa Galvis Bustos*

Neiva, quince (15) de abril de dos mil veinte (2020)

<b>Ref. Expediente</b>	<b>:</b>	<b>410013331001-2013-00689-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>:</b>	<b>ALBA LUZ MONTAÑA REYES</b>
<b>Demandada</b>	<b>:</b>	<b>FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO</b>
<b>Asunto</b>	<b>:</b>	<b>DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA</b>
<b>Acta</b>	<b>:</b>	<b>18</b>

### REPARACIÓN DIRECTA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

#### OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala Quinta del Tribunal Administrativo del Huila, el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada contra la decisión proferida el 31 de julio de 2017 por el Juzgado Séptimo Administrativo de Neiva, en la que negó las pretensiones de la demanda.

#### I. ANTECEDENTES

##### 1.1. Hechos de la demanda

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos<sup>1</sup>:

1.1.1.- El día 6 de septiembre de 2012, en la vivienda ubicada en la Calle 8B No. 34B-19 de la ciudad de Neiva, a eso de las 6:20 horas de la mañana, hicieron presencia miembros de policía judicial a fin de realizar

---

<sup>1</sup> Folio 1 a 13

una diligencia de allanamiento ordenada por la Fiscalía Séptima Local de Neiva.

1.1.2.- Al momento de arribar al lugar, los funcionarios en comento procedieron a golpear la puerta exclamando que andaban en búsqueda de alias "EL GORDO" por los delitos de tráfico estupefacientes y porte ilegal de armas.

1.1.3.- El señor Horlin Fermín Montaña se acercó a la puerta para abrirla, pero los agentes ya la habían forzado e ingresaron inmediatamente advirtiéndole a sus ocupantes la prohibición de salir del lugar.

1.1.4.- En el lugar, además del señor Horlin Fermín Montaña, se encontraban sus hijos Dayci Milena y Luis Felipe Montaña Montaña, quienes contaban con quince (15) y tres (3) años de edad, respectivamente; así como la adolescente Yurany Ramírez Charry, de dieciséis (16) años de edad. Mientras tanto la progenitora de los primeros menores en mención, Alba Luz Montaña Reyes, se hallaba laborando a dos cuadras cerca de allí.

1.1.5.- La joven Daycy Milena Montaña Montaña llamó a su progenitora para que acudiera al hogar, y al llegar, a los pocos minutos, se le impidió el acceso al inmueble en razón a que se estaba realizando el procedimiento policial.

1.1.6.- Durante la diligencia los agentes exploraron la vivienda, revolcando a su paso todos los muebles, enseres y prendas de vestir; así mismo, como consecuencia de lo anterior, produjeron daños en el cielo raso y en la estufa. Agregó que el comportamiento de los policías vulneró la intimidad y dignidad humana de la adolescente Yurany Ramírez Charry, en momentos en que ella se encontraba semidesnuda en su habitación, retirándola de allí sin permitirle terminar de vestirse.

1.1.7.- Los agentes se refirieron a los moradores de la vivienda con palabras soeces, en particular, con los hermanos Dayci Milena y Luis Felipe Montaña Montaña, a quienes se les impidió ver televisión y grabar el operativo con la cámara de video del celular; agravios, que causaron en los menores mucha afectación.

1.1.8.- El señor Horlin Fermín Montaña fue capturado con ocasión a una denuncia penal por inasistencia alimentaria que pesaba en su contra; permaneciendo detenido tan solo dos (2) días, debiendo sufragar los gastos necesarios para reparar los daños causados; al igual que les fue requerida la entrega de la vivienda por parte de sus propietarios, toda vez que la habitaban en calidad de arrendatarios.

## **1.2.- Pretensiones**

Se plasmaron como tales las siguientes<sup>2</sup>:

“PRIMERA: Declare su H. despacho que la Nación – Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional, responda (sic) por los daños y perjuicios cometidos en los bienes de la familia MONTAÑA MONTAÑO por los hechos presentados en el allanamiento realizado el día seis (6) de septiembre de 2012 en la residencia de mi representado.

SEGUNDA: que la Nación-Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional responda (sic) por los perjuicios causados a la familia MONTAÑA- MONTAÑO, como son:

- El arreglo de la puerta de entrada a la residencia mencionada, pues quedó torcida y tenía dificultad para abrir y cerrar, la cual fue necesario arreglar de manera inmediata, teniendo en cuenta el grado de inseguridad en el que vivimos.
- Reparar el cielo Razo o Greifol (sic) pues lo removieron en la búsqueda de elementos incriminatorios y no encontraron nada.

TERCERA: Que la Nación - Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional responda por unos daños psicológicos y morales causados a la familia MONTAÑA – MONTAÑO, en razón a que el (sic) los menores hijos: LUIS FELIPE MONTAÑO MONTAÑA de tan solo tres (3) años de edad y DAICY JIMENA MONTAÑO MONTAÑA, tuvieron que soportar a una carga emocional que no estaban obligados a soportar, como lo fue el allanamiento aunado con unos tratos intimidantes agresivos y humillantes, al ver como una gran cantidad de agentes destrozaban los muebles, la armonía de su familia y de su intimidad personal, siendo maltratados verbalmente sin importar su calidad de niño y niña, siendo ambos protegidos por un discriminación positiva, lo que hace más grave

---

<sup>2</sup> Folio 3 a 4

la situación, sin justa causa, sin motivos razonablemente fundados, ya que el allanamiento ni arrojó resultados positivos para policía ni arrojó resultados positivos para la Fiscalía 7ª que había ordenado este allanamiento y lo que es por no era la residencia. y por los perjuicios morales, por tener que pasar sin justa causa por la vergüenza de una allanamiento por parte del cuerpo de agentes de la policía General (sic) de nación (sic) en cabeza de la investigación desarrollada por la Fiscalía 7ª Local de Neiva en presencia de todos los vecinos y residentes del sector de su vivienda y quedando de esta manera marcador para siempre como una familia "PELIGROSA" para la sociedad, en virtud del ERROR DE LA FISCALÍA 7ª LOCAL DE NEIVA, al realizar un allanamiento sin verificar efectivamente que en esa residencia se alojaba o vivía el individuo al cual buscaban con el alias de "el gordo" quien está siendo investigado por los delitos de Porte Ilegal de Armas y Estupefacientes.

CUARTA: Que la Nación – Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional responda por el allanamiento y registro de domicilio sin orden judicial, ya que nunca mostraron una orden y no hubo consentimiento de la familia MONTAÑA – MONTAÑO por miedo a que fueran delincuentes disfrazados que querían ingresar a robar sus pertenencias, lo que produjo las pretensiones solicitadas, por los daños y perjuicios tanto materiales, psicológicos y morales.

QUINTA: que la Nación – Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional allegue el resultado del allanamiento en donde se demuestra que el bien inmueble de mis representados no era el que se debía allanar y que el grupo de inteligencia se equivocó al hacerle seguimiento al señor conocido con el alias del "GORDO".

SEXTA: que la Nación – Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional allegue a la presente, copia autentica de la investigación que dio origen al allanamiento que generó la presente petición

SEPTIMA: Condenar en consecuencia a la Nación - Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional a pagar a cada uno de mis representados la suma equivalente a CIENTO SETENTA (170) s.m.l.m.v., para un total de CIEN MILONES DOSCIENTOS QUINCE MIL PESOS MDA CTE (\$100.215.000) para cada uno de mis representados, siendo ellos dos menores de edad, equivalente esto a TRESCIENTOS CUARENTA (340) S.M.L.M.V, equivalentes a la suma de CUATROCIENTOS MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA MIL PESOS MDA CTE, (\$400.860.000) en ocasión a los perjuicios morales, psicológicos y daños materiales causados por la Nación – Fiscalía General de la Nación y la Policía NACIONAL EN EL ALLANAMIENTO REALIZADO DE MANERA ERRONEA EN EL LUGAR DE RESIDENCIA DE MI REPRESENTADA"

### **1.3. Trámite procesal - Radicación, admisión y notificación de la demanda**

La demanda fue presentada el 18 de diciembre de 2013 (f. 32 C. principal No. 1), en el Juzgado Primero Administrativo de Neiva, Despacho que la inadmitió a través de proveído del 17 de febrero de 2014 (fl. 34-35 del C. Ppal 1.), por carecer de requisitos formales.

Por auto del 21 de marzo de 2014 la demanda fue admitida ordenándose la notificación personal de las entidades demandadas, la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y del Ministerio Público, diligencia que se surtió conforme a constancia vista a folio 60 a 61 C. Ppal 1.

#### **1.4. Contestación de la demanda**

##### **1.4.1.- Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional**

A través de memorial calendado 24 de noviembre de 2014 (fl. 77 a 81), si bien aceptó que en el día 6 de septiembre de 2012 se llevó a cabo la diligencia a que alude la demanda, se opuso a las pretensiones reclamadas por los actores argumentando que las mismas carecen de soporte probatorio en relación a los daños materiales que se dice fueron causados, y las personas presentes en la vivienda, en la medida que en ella solo se hallaban el señor Horlin Fermín Montaña y su hija Daicy Ximena Montaña.

En lo relacionado a la adolescente Yurani Ramírez Charry y a la afectación padecida por el menor Luis Felipe Montaña Montaña, explicó que ninguno de los dos se encontraba en el hogar para el momento de la diligencia.

Resaltó que las fotografías allegadas junto a la demanda carecen de valor probatorio, de conformidad a la jurisprudencia del Consejo de Estado, como quiera que de ellas no puede establecerse su origen, lugar, ni la época en que fueron tomadas y/o grabadas.

Por último, indicó que en el presente caso no se demostraron los perjuicios que se reclaman, ni que la administración haya sido la causante de los mismos; por lo que solicitó que se nieguen las pretensiones.

#### **1.4.2.- Fiscalía General de la Nación**

A través de memorial radicado el 10 de diciembre de 2014 (folio 111 a 115) argumentando que, en el evento de ser cierto, los daños y perjuicios reclamados no fueron producidos por el actuar del ente investigador, sino por los funcionarios de la Policía Nacional, quienes practicaron la diligencia de allanamiento a la residencia de los demandantes.

Indicó que los artículos 219 y 220 de la Ley 906 de 2004 facultan al Fiscal encargado de la dirección de la investigación ordenar la realización de diligencias de registro y allanamiento de un inmueble, en aras de obtener elementos materiales de prueba y evidencia física o realizar la captura del indiciado, cuyo procedimiento debe ser realizado por la Policía Judicial.

Precisó que dicha normativa establece que las órdenes de registro y allanamiento deberán expedirse cuando existan motivos razonablemente fundados y concluyentes en cuanto a que el presunto autor o participe del delito investigado, es el propietario o tenedor del bien a registrar, o en su defecto se encontrare transitoriamente en él, o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito.

Manifestó que los daños patrimoniales que los actores dicen sufrieron con ocasión a la diligencia de registro y allanamiento, no cuentan con sustento probatorio, igualmente, frente a los daños inmateriales, señaló que su tasación es excesiva y ausente de probanza.

Formuló las excepciones que denominó "hecho de un tercero", "falta de causa para demandar" e "inexistencia de daño moral".

#### **1.5.- Audiencia inicial y etapa probatoria**

A través de providencia del 26 de agosto de 2015 el Juzgado Primero Administrativo de Neiva dispuso fijar como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el 18 de mayo de 2016 a las 03:00 p.m., (folio 122 C. ppal 1); diligencia en la que se fijó el litigio a partir de los presupuestos fácticos de la demanda y la contestación de la misma, delimitando el problema jurídico en establecer si la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación son administrativamente responsables de los daños y perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la diligencia de allanamiento practicada en el lugar de su residencia, ubicada en la calle 8 B No. 34 B – 19 de la ciudad de Neiva (folio 138-139).

Posteriormente, se dispuso tener como pruebas los documentos allegados con la demanda y la contestación; así mismo se decretaron las solicitadas por las partes, las cuales fueron practicadas en audiencia celebrada el 21 de septiembre de 2016 (folio 155-156), data en la cual se cerró el debate probatorio y se concedió a las partes el termino de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión.

## **1.5. Alegatos de conclusión de primera instancia**

### **1.5.1.- Parte demandante<sup>3</sup>**

A través de escrito del 3 de octubre de 2016, la parte actora alegó de conclusión indicando que los testimonios rendidos al interior del proceso demuestran la responsabilidad de los entes demandados; como quiera que los declarantes fueron coincidentes en afirmar que la autoridad policial actuó con uso excesivo de la fuerza destrozando la puerta sin permitirle a los ocupantes su apertura de manera voluntaria, con lo que transgredieron la intimidad de la familia y, en especial, la de los menores.

---

<sup>3</sup> Folios 175-185

Indicó que para el momento de la diligencia al interior de la residencia se encontraban tres (3) menores y un (1) adulto, pero que en el acta respectiva tan solo menciona a tres (3) personas, circunstancia que le resta credibilidad a lo contenido en dicho documento, máxime si el mismo no fue acompañado del acta de buen trato con la firma de los ocupantes de la vivienda.

Aseguró que existió equivocación, tanto en la identificación de la residencia objeto de allanamiento, como de la persona en búsqueda, lo que demuestra la falla de inteligencia previa que debía anteceder el procedimiento.

Por último, alegó la falta de exhibición de la orden de allanamiento a los moradores de la residencia, y que el lenguaje verbal y corporal de carácter obsceno, demuestran el atropello de los derechos de los demandantes.

#### **1.5.2.- Nación – Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional<sup>4</sup>**

Descorrió el término de traslado mediante escrito radicado en 27 de septiembre de 2016 manifestando que sus funcionarios actuaron dentro del marco legal y constitucional, como en efecto lo declaró el Juez Segundo Penal Municipal de Neiva con funciones de control de garantías.

Resaltó que los agentes actuaron en cumplimiento de una orden emitida por la Fiscalía General de la Nación, sin que hubiese existido extralimitación en sus funciones, razón por la cual, adujo que la Policía Nacional no se encuentra legitimada para comparecer al proceso como sujeto pasivo de las imputaciones que hacen los demandantes.

---

<sup>4</sup> Folios 170-174

Por otro lado, solicitó que no se dé credibilidad a las declaraciones recaudadas dentro del proceso, en la medida que, si bien éstos afirmaron residir frente a la vivienda objeto de allanamiento y registro, las nomenclaturas de sus hogares no concuerdan con la del inmueble de los aquí demandantes.

En el mismo sentido, dijo que las aseveraciones de los declarantes no generan certeza en virtud de las constantes inconsistencias e incongruencias que presentan sus dichos.

### **1.5.3.- Nación – Fiscalía General de la Nación<sup>5</sup>**

Mediante escrito del 3 de octubre de 2016 reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de demanda y, haciendo énfasis en la ausencia de los elementos esenciales requeridos para la estructuración de responsabilidad en cabeza de la fiscalía por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, toda vez que en el presente caso no se produjo el daño antijurídico denunciado en la demanda, en la medida que la actuación adelantada por la autoridades estuvo ajustada a derecho.

Explicó que esa entidad emitió la orden de allanamiento y registro con la finalidad de dar captura de un sujeto conocido con el alias de "El Gordo", sin embargo, la realización de la diligencia fue labor exclusiva de la Policía Nacional.

### **1.7.- Sentencia de primera instancia<sup>6</sup>**

Mediante fallo proferido el 31 de julio de 2017, el Juzgado Séptimo Administrativo de Neiva **resolvió**:

"PRIMERO: AVOCAR el conocimiento del presente asunto

---

<sup>5</sup> Ver folios 187-191

<sup>6</sup> Folios 226-238 C ppal 2

SEGUNDO: DENEGAR las demás (sic) pretensiones de la demanda.

TERCERO: CONDENAR en costas al demandante.

CUARTO: DEVOLVER a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si los hubiere.

QUINTO: ARCHIVAR el expediente una vez en forma esta sentencia dejando las constancias del caso.”

El A quo señaló que si bien la parte actora propuso la falla en el servicio como título de imputación jurídica para el análisis del presente caso, atendiendo los postulados del principio procesal de Iura novit curia y el sustento fáctico que apunta hacia irregularidades en el procedimiento de allanamiento y registro por parte de miembros de la policía judicial en cumplimiento de una orden de la Fiscalía General de la Nación, estimó procedente abordar el asunto bajo la égida del régimen denominado defectuoso funcionamiento de la administración de justicia previsto en el artículo 69 de la Ley 270 de 1996.

Precisó que al amparo del principio constitucional establecido en el artículo 90 de la Carta Política, el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por la privación injusta de la libertad y por el error jurisdiccional. Agregó que el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia es un título de imputación de carácter subsidiario que se aplica a todos aquellos eventos distintos a los de error jurisdiccional y privación injusta de la libertad, que se derivan de la función jurisdiccional, pero no de lo decidido en providencias judiciales.

Descendiendo al caso concreto, advirtió que el daño alegado por la parte actora no se halla debidamente acreditado, en la medida que las circunstancias fácticas que lo fundamentan carecen de probanzas que lo corrobore, por las siguientes razones:

En primer lugar, el A quo estimó que la disminución del patrimonio de los demandantes fijada en la suma de \$1'200.000.00, por concepto de

los costos sufragados a terceros como contraprestación de las reparaciones efectuadas a su vivienda y bienes, carece de factura de compraventa o comprobante alguno que permita concluir el pago de tales servicios o, en su defecto, de otro medio de prueba distinto al documental que lo demuestre en ese sentido.

Anotó que las fotografías allegadas junto a la demanda en las que presuntamente se observan imágenes del inmueble registrado y allanado; carecen de valor probatorio, habida cuenta que no ofrecen certeza y seguridad en cuanto a su origen, lugar y época en que fueron tomadas, puesto que no fueron reconocidas ni ratificadas por la persona que las registró, consideración avalada por la jurisprudencia.

En cuanto a los certificados laborales de los señores Horlin Fermín Montañó y Alba Luz Montaña Reyes; al igual que constancia expedida por la Junta de Acción Comunal del Barrio Las Brisas referente a la buena conducta de ésta última al interior de la comunidad, y la factura de venta del servicio público de energía domiciliaria referente al inmueble allanado, el A quo señaló que tales pruebas nada aportan en relación a la situación descrita en la demanda, por lo tanto, el daño reclamado es incierto, y por ello, no es posible concluir que hubo afectación en la esfera patrimonial de la parte demandante.

Arguyó que de conformidad con las reglas de la experiencia cuando se presentan daños causados en bien ajeno y extralimitación de funciones que se atribuyen a miembros de la policía judicial, debe acudirse ante las autoridades penales o de policía, más tratándose de servidores públicos, quienes también son disciplinados por su conducta, en aras que se adelantan las investigaciones del caso; no obstante, resulta extraño que los demandantes no hubieren procedido de esa manera, conducta pasiva que impidió conocer más detalles de lo acontecido y, en concreto, de los daños reclamados, toda vez que no se allegaron piezas procesales que demuestren haber presentado las denuncias formales respectivas sobre los hechos objeto de este litigio.

En este orden, señaló que los gastos en los que incurrieron los demandantes a causa de la diligencia de allanamiento y registro, y el monto de los mismos, como elemento necesario, mas no suficiente, de la responsabilidad estatal, carecen de prueba, al tiempo que la parte actora se abstuvo de aportar las pruebas de las supuestas erogaciones.

Indicó que los perjuicios se traducen en las pérdidas económicas que se causan con ocasión de un hecho, acción, omisión u operación administrativa imputable a la entidad demandada que origina el derecho a la reparación; de ahí que solamente pueden indemnizarse los valores que efectivamente empobrecieron a la víctima o que debieron sufragarse como consecuencia de la ocurrencia del hecho dañoso y del daño mismo.

Explicó que, de acuerdo a las reglas de la experiencia, es poco usual que una diligencia de esta naturaleza se desarrolle con la aquiescencia de sus residentes; y destacó que, según las pruebas obrantes en el proceso, ese procedimiento estuvo antecedido de labores investigativas, a su vez de la orden respectiva por parte de la fiscalía General de la Nación y, posteriormente, el examen de legalidad por parte del Juez Penal de Control de Garantías, que además no han sido refutadas.

Al respecto, trajo a colación los informes de policía judicial, así como la consulta de los antecedentes del señor Horlin Fermín Montaña donde se constató que contra éste pesaba una orden de captura por el delito de inasistencia alimentaria; actuaciones generadas de manera previa a la orden de allanamiento y de la captura del citado, quien fue puesto a disposición del Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas de Neiva que dependencia judicial que lo requería, previa suscripción a través de acta de derechos del capturado.

Evidenció que los resultados del allanamiento, fueron puestos en conocimiento de la autoridad investigadora, quien, a su vez, solicitó la realización de audiencia preliminar ante el Juzgado Segundo Penal con

Funciones de Control de Garantías de Neiva, instancia que declaró legal el registro y allanamiento en diligencia sin que se hubiese interpuesto recurso alguno contra tal decisión por parte de los demandantes en ese proceso, en su condición de legitimados para ello por el artículo 231 de la Ley 906 de 2004.

Trajo a colación la normatividad que radica en la policía judicial las facultades de investigación de los delitos y persecución de los presuntos responsables a fin de ponerlos a disposición de la justicia, y que el resultado fallido de la diligencia no implica *per se* que el allanamiento se practique sin justa causa, como al parecer consideran los demandantes; en consideración a que el legislador previó el control de legalidad posterior, como garantía de los derechos a la intimidad e inviolabilidad de los residentes de la vivienda allanada.

Anotó que los motivos, respaldo probatorio, alcance, objeto, reglas del procedimiento y plazo de control de la diligencia, fueron analizadas y declarados legales por parte del Juzgado Segundo Juzgado Segundo Penal con Funciones de Control de Garantías de Neiva, por lo que debe colegirse que en la diligencia de allanamiento de la vivienda de los demandantes, éstos no sufrieron un daño antijurídico por parte de la administración de justicia, representada por la Fiscalía General de la nación con apoyo judicial de la Policía Nacional.

El A quo aclaró que si bien no desconoce que la familia demandante es merecedora de la protección de las autoridades en su vida, honra y bienes, lo cierto es que el artículo 95, numeral 7º de la Carta Política, impone a los particulares colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, como aporte individual al bienestar general, motivo por el cual, adujo, no se configuró una vulneración al derecho a la inviolabilidad del domicilio, protegido por la Constitución colombiana frente a injerencias injustificadas que afecten el núcleo del derecho a la intimidad familiar y personal.

Estimó que las declaraciones de los señores Rosalba Marroquín y José Vicente Galindo se encuentran afectadas de credibilidad, en la medida que los testigos afirmaron residir en frente de la vivienda de los demandantes; empero, los deponentes señalaron como nomenclaturas de sus hogares, las calles 9A No. 34A-09 y 9 No 34-09, respectivamente, mientras que el inmueble allanado registra la Calle 8B No. 34B-19, sin que se advierta una explicación lógica que permite comprender como pueden hallarse ubicado dos viviendas en frente la una de la otra, separadas por una calle, con diferencias considerables en sus direcciones.

En cuanto a la afectación psicológica del menor Luis Felipe Montaña Montaña; resaltó que en el expediente no reposa experticia alguna que lo determine por parte de profesional idóneo.

En esa medida, el A quo concluyó que dentro de proceso no obra prueba que demuestre la afectación de los intereses de los demandantes, por lo tanto, ante la inexistencia del daño es impróspera la demanda, sin que haya lugar a examinar los demás elementos de la responsabilidad frente a la entidad demandada.

### **1.8.- El recurso de apelación**

A través de memorial calendado 14 de agosto de 2017 (folio 243-247), la parte actora impugnó la decisión de primera instancia argumentando que el A quo calificó de inciertos y afectados de credibilidad los testimonios de los señores Rosaba Marroquín y José Vicente Galindo, lo que a su juicio transgrede el principio de buena fe y los artículos 13 y 229 de la Carta Política.

Aseguró que en los formatos elaborados por la Fiscalía se plasmaron errores como que el investigador Patrullero Cristian Gutiérrez Puentes hizo labor de inteligencia en el sector donde queda ubicada la residencia de los aquí demandantes, haciendo referencia a una persona de tez

trigueña de aproximadamente 23 a 28 años de edad, de 1.65 de estatura, de contextura obesa, y con alias "El Gordo", información que no fue verificada en la medida que la persona que hallaron en la vivienda cuenta con 40 o 45 años de edad, es de tez negra y flaco.

Arguyó que el Juez de primera instancia dio credibilidad al informe de policía judicial y no a los testigos que declararon los abusos de autoridad, argumentado inconsistencias en la nomenclatura de sus residencias, desconociendo que ambos señalaron que habitan en un condominio, que si bien se ubica en la 9 A No. 34 A -09, su entrada principal queda al frente de la casa donde viven los demandantes, tal y como se registró en las fotografías que suministró el investigador.

Afirmó que en el acta de allanamiento no se incluyeron a los menores Felipe y Yurani Montaña Montaña, lo que demuestra las falacias de los informes en la medida que pueden ser llenados al arbitrio y sin control jerárquico, para ser puestos a disposición de un estrado judicial en el que no procede la contradicción de dichos documentos.

Señaló que el A quo debió otorgar validez a las fotografías aportadas con la demanda en calidad de documentos, pues las mismas no fueron tachadas por las demandadas durante las oportunidades procesales previstas por el legislador.

Por otra parte, solicitó se cite al proceso al señor Horlin Fermin Montaña a fin que rinda su versión sobre los hechos, prueba conducente para esclarecer la responsabilidad del Estado por su actuación en el allanamiento adelantado en la residencia de los demandantes.

### **1.9.- Alegatos de conclusión en segunda instancia**

Concedido el recurso de apelación mediante auto proferido el 28 de agosto de 2017 (f. 249 C. principal 2), el Tribunal Administrativo asumió el conocimiento del asunto el 16 de noviembre de 2017 (f. 4 C. segunda

instancia), y el 16 de marzo de 2018 dispuso correr traslado a las partes por el término de ley para que presentaran sus alegatos de conclusión, al cabo del cual se daría el mismo tiempo al representante del Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 10 ibídem).

El apoderado de la **parte demandante** (folio 16-26 C. segunda instancia), recorrió el término de traslado esbozando los mismos argumentos de los alegatos rendidos en primera instancia.

Las entidades demandadas –**Nación –Fiscalía General de la Nación- (folio 55-57) y Nación Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional (folio 27-32)** alegaron de conclusión solicitando se confirme la sentencia de primera instancia.

## **II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **2.1.- Competencia**

De conformidad con el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

En cuanto a las facultades del juez de segunda instancia al desatar la apelación, el artículo 328 del Código General del Proceso, norma procedimental general aplicable al proceso contencioso administrativo por remisión del artículo 306 del C.P.A.C.A., dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

(...)”.

En ese contexto es claro que cuando se trata de apelante único el *Ad quem* solo puede revisar la actuación en cuanto tiene que ver con los motivos de la impugnación, valga decir, no puede el Juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo el análisis correspondiente de los presupuestos procesales para decidir.

Teniendo en cuenta tales apreciaciones, es claro que en este caso se debe limitar el estudio a los aspectos que hace referencia el recurso impetrado por el apoderado judicial de la parte demandante.

## **2.2.- Ejercicio oportuno de la acción**

El artículo 164-2 literal i) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que el medio de control de reparación directa debe instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho lesivo.

En el presente caso, el fundamento de las pretensiones radica en los perjuicios causados a los aquí demandantes con ocasión a la diligencia de allanamiento y registro llevada a cabo en el lugar de su residencia, ubicada en la calle 8 B No. 34 B -19 barrio Las Brisas, por agentes de la Policía Nacional por orden de la Fiscalía 7ª Local de Neiva, el día 6 de septiembre de 2012.

En este orden, tenemos que el término para presentar la demanda so pena de operar la caducidad vencía el 6 de septiembre 2014, presentándose solicitud de conciliación extrajudicial el 17 de septiembre de 2013 (f. 27), suspendiéndose el término cuando faltaban 11 meses y 19 días para que operara la caducidad; diligencia que se declaró fallida, expidiéndose constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad el día 11 de diciembre de 2013 (folio 28), fecha a partir de la cual se reanudó el conteo del plazo hasta el 30 de noviembre de 2014, siendo

radicada la demanda el 18 de diciembre de 2013 (f. 32 C. principal 1), luego, lo fue en tiempo.

### **2.3.- La legitimación en la causa**

#### **2.3.1.- Legitimación por activa**

Advierte la Sala que a este proceso comparecen la señora Alba Luz Montaña Reyes, en su nombre y en representación de sus menores hijos Luis Felipe y Daicy Jimena Montaña Montaña alegando el daño consistente en las reparaciones a su vivienda y muebles, afectados presuntamente con ocasión a la diligencia de allanamiento y registro practicada el 6 de septiembre de 2012 al interior de su lugar de habitación por parte de miembros de la Policía Nacional en virtud de decisión emanada de la Fiscalía General de la Nación. Así mismo, se pretende se repare el daño psicológico causado a los menores Luis Felipe y Daicy Jimena Montaña Montaña al tener que presenciar el allanamiento ordenado por la Fiscalía General de la Nación en el curso de una investigación penal.

En primer lugar, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que para la acreditación de los derechos reales sobre bienes inmuebles se requiere, de manera indispensable, la aportación del título y el modo, esto es, por ejemplo, la escritura de compraventa del bien inmueble junto con su correspondiente inscripción en la oficina de instrumentos públicos, pues de lo contrario, sólo será posible concluir que quien demanda carece de interés por no ser el propietario del bien y, en consecuencia, debe decirse que no está legitimado para formular pretensión alguna por ese concepto<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Frente a la demostración del derecho de propiedad, la jurisprudencia de esta del Consejo de Estado ha señalado que para la acreditación de los derechos reales sobre bienes inmuebles se requiere, de manera indispensable, la aportación del título y el modo, esto es, por ejemplo, la escritura de compraventa del bien inmueble junto con su correspondiente inscripción en la oficina de instrumentos públicos. Ver sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente 16.770, actor: Misael Rodríguez Ospina. M.P.: Dra. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia proferida por la Sección el 11 de febrero de 2009, expediente 16.980, actor: Rodrigo Rodríguez Estrada.

En el presente caso, la parte demandante no acreditó su condición de propietarios de la vivienda que habitaban, y que se encuentra ubicada en la calle 8B No. 34 B-19, pues al proceso no se aportaron los documentos públicos solemnes para el efecto que sirven para establecer el modo traslativo de dominio de bienes inmuebles. No obstante, se demostró la calidad de poseedores de dicho inmueble, de conformidad con los testimonios presentados ante el *a quo* correspondientes a vecinos de los demandantes, y por lo tanto, en caso de que las pruebas allegadas al expediente permitan establecer la responsabilidad de las entidades demandadas, habría lugar a reconocer el valor de las mejoras del lugar de habitación y de los enseres estropeados, más no el valor del terreno en caso de daños, evento que sólo sería posible reconocer al propietario.

#### **2.4.2.- Por pasiva**

En el presente asunto la acción se dirige contra la Nación Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación, pues la parte demandante realiza imputaciones de responsabilidad relacionadas con la práctica de una diligencia de allanamiento en el lugar de residencia de los demandantes el día 6 de septiembre de 2012, circunstancia acreditada en el proceso a partir de la prueba documental allegada al mismo.

En ese orden, las entidades demandadas están legitimadas de hecho por pasiva. Lo que atañe a la participación efectiva en el evento que originó la promoción del presente proceso se definirá en el fondo del asunto.

#### **2.5.- Planteamiento del caso**

**2.5.1. La parte actora** solicita que se declare a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y a la Fiscalía General de la Nación son administrativamente responsables de la totalidad de los perjuicios que les fueron causados como consecuencia de la diligencia

de allanamiento y registro realizada en su lugar de residencia el 6 de septiembre de 2012.

**2.5.2. El juzgado de instancia**, en sentencia proferida el 31 de julio de 2017, negó las pretensiones de la demanda por considerar que en el presente caso no hay certeza sobre la existencia del daño cuya indemnización se reclama.

**2.5.3. La parte actora y recurrente** solicitó se revoque la sentencia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, argumentando que las entidades no verificaron la información de la persona que estaba siendo investigada penalmente bajo el alias "El Gordo", como quiera que la descripción de sus características no corresponde a la de quien fue hallado en la vivienda.

Adicionalmente, señaló que el A quo descalificó la prueba testimonial argumentado inconsistencias en la nomenclatura de sus residencias y pese a que los testigos que declararon los abusos de autoridad de los agentes que practicaron la diligencia de allanamiento, dando prevalencia al informe de policía judicial, del cual dijo, presenta inconsistencias en la medida que no se relacionaron a todas las personas que se hallaban en el lugar el día de los hechos.

Por último, alegó la ausencia de valoración probatoria de las fotografías allegadas con la demanda.

## **2.6.- Problema jurídico**

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Neiva el día 31 de julio de 2017, y a partir de ahí determinar si en el caso concreto la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación deben responder patrimonialmente por los perjuicios que reclaman los

demandantes, cuyo origen deviene de la realización de una diligencia de allanamiento el 6 de septiembre de 2012 en la vivienda ubicada calle 8B No. 34 B – 19 del barrio Las Brisas de Neiva.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se partirá de los hechos probados atendiendo la valoración de los siguientes elementos de convicción obrantes en el plenario.

### **2.6.1.- Hechos Probados**

#### **2.6.1.1.- Cuestión previa**

Si bien con el escrito de apelación, la parte actora solicitó se cite al señor Horlin Fermin Montaña a efectos que rinda su versión sobre los hechos acaecidos el 6 de septiembre de 2012, lo cierto es que, atendiendo lo normado en el artículo 212 del C.P.A.C.A., la solicitud no cumple con los presupuestos para su práctica en segunda instancia.

Al respecto, la norma en cita, dispone:

“ARTÍCULO 212. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.

(...)

En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.
2. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.
3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.
4. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
5. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta.

PARÁGRAFO. Si las pruebas pedidas en segunda instancia fueren procedentes se decretará un término para practicarlas que no podrá exceder de diez (10) días hábiles.”

De la norma transcrita es posible concluir que, para la procedencia del decreto de pruebas en esta instancia, era necesario que se acreditaran dos requisitos esenciales: a) que la prueba se hubiere solicitado dentro del término de ejecutoria del auto que admite el recurso de apelación y, b) que se esté frente a alguno de los cinco eventos taxativamente planteados en el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, lo cual no ocurre en el presente caso.

Es de aclarar que tampoco sería procedente que se decretara la práctica de una prueba de oficio a partir de la insinuación hecha en tal sentido por la parte apelante, toda vez que la actividad oficiosa regulada en el artículo 213 del CPACA debe ejercerse cuando el juzgador valore la necesidad de decretar pruebas para esclarecer la verdad del caso y no opera a solicitud o insinuación de parte, a manera de mecanismo útil para frustrar la estricta regulación de las oportunidades probatorias consagradas en el artículo 212 ibídem.

En esa medida, como la parte recurrente no solicitó la prueba dentro de la oportunidad correspondiente, y tampoco alegó ni acreditó que se estuviera frente a alguno de los presupuestos habilitantes de la solicitud de pruebas en el trámite de la segunda instancia, carece de fundamento legal la solicitud de prueba formulada por la apelante.

#### **2.6.1.2.- Valoración de pruebas documentales**

En atención a los considerandos de la Sentencia de Unificación de fecha 28 de agosto de 2013 del Consejo de Estado, en la medida que no fueron objeto de tacha, valorará las documentales aportadas por la actora en las oportunidades legales, los remitidos por la entidad pública demandada, las respuestas a los requerimientos del Tribunal, pues se

trata de pruebas decretadas y practicadas dentro de las oportunidades procesales.

En este orden de ideas, y a partir de los documentos obrantes en el proceso se establece:

- Según informe de Policía Judicial rendido con destino a la Fiscalía General de la Nación, visto a folio 93, a las 8:00 horas del 5 de septiembre de 2012, el Investigador de Campo adscrito a la SIJIN de la policía Nacional, señaló:

“3. Dirección en donde se realiza la actuación  
INMUEBLE UBICADO EN LA CALLE 8B No. 34B-19 BARRIO LAS BRISAS DE LA COMUNA 7 DE NEIVA.

4. Actuaciones realizadas

El día 04-09-2012 siendo las 08:40 horas se desplazó el Patrullero Cristian Gutiérrez Puentes y el suscrito, hacia la comuna siete con el fin de ubicar la vivienda, en el momento de la verificación se observa inmueble con nomenclatura Calle 8B No. 34B-19 de un nivel, ubicada en el barrio Las Brisas de la comuna siete de esta localidad, construida en material, fachada color amarilla con franjas de color naranjas techo en láminas de zinc, tiene una puerta garaje metálica color café y una ventana al lado izquierdo en la fachada de color café, según labores de vecindario en la parte interna consta de un salón grande dividido en una sala, cocina, tres habitaciones, baño y un patio.

5. Resultados de la actividad investigativa (Descripción clara y precisa de los resultados)

Según lo suministrado por fuente humana se obtuvo información correspondiente a que, en el inmueble identificado, ubicado en la Calle 8B No.34B-19 de un nivel, (...) según labores de vecindario en la parte interna consta de un salón grande dividido en una sala, cocina, tres habitaciones, baño y un patio, donde su morador es un hombre de unos 23 a 28 años de edad aproximadamente, tez trigueña, como de unos 1.65 mts, contextura obesa y conocido como alias EL GORDO el cual se dedica a guardar, almacenar y comercializar armas de fuego.

1. Se constató con algunos residentes aledaños del inmueble antes relacionado, donde sus moradores manifiestan que en esta vivienda ingresan sujetos reconocidos en el sector, estos son conocidos como apartamenteros, hurtan motocicletas empleando el método de intimidar a sus víctimas con armas de fuego las cuales adquieren de este inmueble antes referenciado.

2. Se logró contactar fuente humana quien manifestó su deseo de dar una declaración juramentada de los hechos materia de averiguación, quien indica sobre el almacenamiento armas de fuegos en el inmueble ubicado en el barrio Las Brisas de la comuna siete de

esta ciudad.”

- El citado informe se cuenta con reporte fotográfico del inmueble ubicado en la calle 8 B No. 34 B-19 de la comuna 7 del Barrio Las Brisas de Neiva (folio 94).
- El mismo investigador a cargo, a las 9:00 horas del 5 de septiembre de 2012 (folio 95), suscribe formato denominado “REPORTE DE INICIACIÓN -FPJ-1-”, en el que se reseñan como hechos de investigación los siguiente:

“EL DIA DE HOY SE RECIBIO DENUNCIA MEDIANTE FUENTE HUMANA QUIEN APORTA INFORMACIÓN SOBRE UNA VIVIENDA UBICADA EN EL BARRIO LAS BRISAS DE LA COMUNA 7 DE LA CIUDAD DE NEIVA DONDE ALMACENAN ARMAS DE FUEGO”.

- El 5 de septiembre de 2012 a las 15:00 horas (folio 96) el Fiscal Tercero Local URI de esta ciudad, impartió orden de allanamiento al inmueble calle 8 B No. 34 B-19 de la comuna 7 del Barrio Las Brisas de Neiva, en razón de lo siguiente:

“Descripción exacta de los lugares a registrar

5. INMUEBLE UBICADO EN LA CALLE 8 B No. 34 B – 19 BARRIO LAS BRISAS COMUNA SIETE DE NEIVA, HUILA (...) EL ALLANAMIENTO ESTA ORDENADO PARA TODO EL INMUEBLE, EN RAZON A QUE NO SE TIENE CERTEZA DEL LUGAR EXACTO DONDE SE ENCUENTRAN LAS ARMAS DE FUEGO”

4. Organismo de Policía Judicial a la que se imparte la orden: SIJIN. La diligencia será coordinada por el patrullero (...), quien queda comprometido a dar cumplimiento a los requisitos de Ley para esta clase de procedimientos, llenará las actas y protocolos correspondientes, realizarán con diligencia y cuidado lo relacionado con la cadena de custodia, capturas e informará al Fiscal de Turno, dentro del término de Ley, los resultados obtenidos a fin de legalizar la orden y los procedimiento e incautación que se realicen.

5. Finalidad:

INCAUTACION DE ARMAS DE FUEGO Y JUDICIALIZACIÓN A RESPONSABLES.

6. Motivos

EL 05 DE SEPTIEMBRE DE 2012, SIENDO LAS 08:30 HORAS SE DILIGENCIÓ POR PARTE DE LA SIJIN, (...) DILIGENCIA DE DECLARACION JURADA EN PRESENCIA DEL SUSCRITO FISCAL EN DONDE UNA FUENTE FORMAL QUE SOLICITÓ SE LE MANTUVIERA GUARDADA SU IDENTIDAD POR RAZONES DE SEGURIDAD, MANIFESTÓ QUE TIENE CONOCIMIENTO QUE EN LA CALLE 8 B No. 34 B – 19 BARRIO LAS BRISAS COMUNA SIETE DE NEIVA, HUILA, CASA

DE UNA SOLA PLANTA CONSTRUIDA EN MATERIAL, FACHADA DE COLOR AMARILLA CON FRANJAS DE COLOR NARANJA, TECHO EN LAMINA DE ZINC TIENE UNA PUERTA GARAJE METALICA DE COLOR CAFÉ EN LA PARTE INTERNA CONSTA DE UN SALON GRANDE DIVIDIDO EN UNA SALA, COCINA, TRES HABITACIONES BAÑO Y UN PATIO. EN DICHO INMUEBLE RESIDEN ENTRE OTROS, UN SUJETO APODADO EL GORDO, DE UNOS 23 A 28 AÑOS DE EDAD APROXIMADAMENTE, TEZ TRIGUEÑA, DE 1.65 METROS DE ESTATURA APROXIMADA Y CONTEXTURA OBESA, QUIEN GUARDA EN DICHO INMUEBLE ARMAS DE FUEGO LAS CUALES PRESTA O ENTREGA A OTROS SUJETOS PARA COMETER HURTOS DE MOTICICLETAS O ATRACOS A MANO ARMADA." ANTE DICHA INFORMACIÓN Y FUENTE FORMAL LA MISMA POLICÍA JUDICIAL SIJIN, A TRAVÉS DEL INFORME DE INVESTIGADOR DE CAMPO SOLICITA A ESTA FISCALÍA URI, ORDENAR EL REGISTRO Y ALLANAMIENTO DEL INMUEBLE REFERENCIADO Y ASI PODER INCAUTAR LAS ARMAS"

- De conformidad con el informe de registro y allanamiento visto a folios 99 y 100, el procedimiento se realizó bajo las siguientes condiciones:

"El día 06 de septiembre del año 2012, siendo las 06:15 horas se realizó diligencia de registro y allanamiento por parte del personal integrante (...) portando los respectivos elementos para el servicio (...) chalecos de identificación (...) a una vivienda ubicada en la calle 8B No. 34B-19 (...) es así como después de ubicar dicho inmueble y asegurar el sector, procedimos a tocar la puerta la cual se encontraba cerrada para que nos atendieran, en donde le informamos en voz alta a sus moradores, que éramos miembros de la SIJIN y que teníamos una orden de allanamiento y registro, siendo atendidos por el señor HORLIN FERMIN MONTAÑO, identificado con la cedula de ciudadanía No. 12.912.565 de Tumaco-Nariño, quien nos manifiesta ser el tenedor de la residencia, quien se encontraba en compañía de su hija DAICY XIMENA MONTAÑO menor de edad, de inmediato se le antepone la orden de allanamiento y registro, a la cual se le dio lectura en su totalidad, la clase de delito y la autoridad que la ordenaba, procediendo a ingresar al inmueble y a dar inicio a la diligencia (...) en compañía de sus moradores (...) ingresando al inmueble al lado izquierdo de esta en donde no se halló ninguna clase de elemento probatorio; posterior a esto se registró la habitación No. 1, 2 y 3 las que se encuentran al lado derecho de ingreso donde no se halló ninguna clase de elemento; se continuo (sic) con la cocina, el patio y baterías sanitarias donde no se halló ninguna clase de elemento, una vez efectuado los registros al interior del inmueble, se procedió a diligenciar y dar lectura en su totalidad al acta de allanamiento donde se plasmaron las labores adelantadas, donde el señor HORLIN FIERRO MONTAÑO firma de conformidad con lo plasmado en el acta de allanamiento, no se le vulneraron los derechos a las personas que estuvieran en dicho inmueble, diligencia que se dio terminada siendo las 07:15 horas". (Resaltado de la Sala)

- El "ACTA DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO -FPJ-18-" que milita a

folio 101 del expediente, fue suscrita por el señor Horlin Fermín Montaña en calidad de tenedor del inmueble allanado.

- En la diligencia se consultaron los antecedentes judiciales del señor Horlin Fermin Montaña, verificándose que sobre el mismo recaía orden de captura No. 133 por el delito de inasistencia alimentaria, según proceso 410011004006200700508, tal y como se consignó en el oficio visto a folio 104, a través del cual el funcionario de policía judicial deja a disposición del Juzgado 004 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad al capturado.
- El señor Horlin Fermin Montaña suscribió acta de derechos del capturado y constancia de buen trato (folio 105), documento en el que se indica que la aprehensión fue puesta en conocimiento de forma personal de la señora Alba Luz Montaña Reyes en calidad de compañera permanente del capturado.
- El Fiscal Tercero Local solicitó audiencia preliminar de legalización de registro y allanamiento con resultados negativos ante el Juez Segundo Penal de Neiva con funciones de control de Garantías (folio 108-110), quién declaró legal el registro y allanamiento en diligencia celebrada este último día en mención, sin que se hubiese interpuesto recurso alguno contra tal decisión.
- Al proceso fueron allegadas constancias laborales de los señores Horlin Fermín Montaña y Alba Luz Montaña Reyes (folio 21 y 22).
- A folio 30 milita certificación expedida por la Junta de Acción Comunal del Barrio Las Brisas, en la que se hace constar que la señora Alba Luz Montaña Reyes ha presentado buena conducta al interior de la comunidad.
- A folio 25 obra factura de cobro del servicio público de energía del inmueble ubicado en la calle 8 B No. 34 B – 19 de la ciudad Neiva.

Por otra parte, en lo relativo al valor probatorio de las **fotografías**, ha de precisar la Sala que al plenario fueron aportados por la parte actora unas fotografías (folios 11 a 18, c. principal), al respecto, precisa la Sala que el H. Consejo de Estado ha sostenido como regla general que el material fotográfico pueda ser valorado a efectos de tener por acreditado a partir de las imágenes allí relacionadas, las circunstancias fácticas, de tiempo, modo o lugar que se indique relacionan, toda vez que no es posible determinar con precisión el lugar ni la fecha en que fue registrado, y solamente tendrá valor probatorio para acreditar tales circunstancias, si obran otros medios de prueba que acrediten su veracidad, y contenido, lo que no acontece en el presente asunto.

Del registro fotográfico aportado por la parte actora, referente a las imágenes de una puerta y del interior de una vivienda, no puede establecerse con certeza que éstas correspondan a la ubicada en la calle 8B No. 34-B – 19 barrio Las Brisas de Neiva, y analizado el material probatorio, tenemos que los testigos tampoco ratificaron las imágenes en ellas consignadas.

En consecuencia, se reitera, no es posible dar valor probatorio a las fotografías vistas de folio 11 a 18 por cuanto éste no depende únicamente de su autenticidad formal, sino de la posibilidad de establecer si la imagen en ella registrada, representa la realidad de los hechos que de ella se deducen en consonancia con los que se afirman en la demanda.

#### **2.6.1.2.- Valoración prueba testimonial**

En la instancia procesal correspondiente se decretó la recepción de los testimonios de los señores Rosalba Marroquín y José Vicente Galindo, quienes afirmaron residir frente la vivienda de los demandantes y dijeron presenciar desde sus residencias la diligencia de allanamiento.

Bajo estas precisiones, la prueba testimonial será valorada, por lo que a continuación se precisarán las circunstancias expuestas por cada uno de los testigos y relevantes para la solución del caso concreto.

La testigo Rosalba Marroquín al preguntarle las circunstancias que rodearon la diligencia de allanamiento señaló<sup>8</sup>:

“Eso pasó como por ahí a las seis y cuarto o seis y media. Llegaron los policías. Yo vivo al frente de ellos. Llegaron los policías y dijeron que era un allanamiento y comenzaron y le dieron a la puerta. (...) De adentro no sé nada porque llegaron los policías, cerraron las calles, ahí no dejaba entrar a ninguno más. (...) “Solamente sé que paso que fue que allí había niños menores y solamente cuando se llevaron al señor detenido (...) a Hornes Montaña que era el papá de los niños, de Deicy y de Felipe (...) solamente dijeron que iban a hacer un allanamiento un tal Arias (sic) un gordo (...) Esa persona no vive allá se equivocaron de casa. (...) Estaba Deicy Montaña, Felipe Montaña, Yurani que era la nuera de ellos y el señor Hernis Montaña (...) Ella vive al frente de mi casa, de mi ventana se veía todo”.

A su turno, el señor José Vicente Galindo, en cuanto a los hechos objeto de litigio, indicó:

“Yo vivo en un segundo piso de mi apartamento de residencia, eran pasadas las seis de la mañana cuando vi una algarabía de gente gritando, me asomé por la ventana porque da acceso a la vivienda de doña Luz, queda al frente, se ve bien la visibilidad, había harta gente de la policía regada por todo lado, encima del techo de la señora, de los vecinos de la señora, gritando que le abrieran la puerta, le pegaron con algo contundente a la puerta, no pude especificar bien que era, pero supuestamente es el chipote con el que cargan ellos. En ese momento se encontraba el señor Montaña con tres menores de edad, porque yo los alcance a visibilizar cuando ellos salieron de la vivienda. La señora, la mujer de él señor no estaba, porque estaba trabajando, ella trabaja en un bienestar cerquita a su residencia. (...) Cuando estaban al señor gritando, estaban buscando a un tal gordo, no se cual gordo porque ahí no vive ningún gordo, estaban gritando que andaban buscando a un gordo, de ahí se oía que busquen al gordo, que busquen al gordo, búsquenlo por todos lados, porque se oía la algarabía de la policía. (...) Se encontraban tres menores de edad, estaban las dos niñas y la nuera del señor bolaños. (...) PREGUNTADO: Indíquele al despacho si ese día que usted ha narrado hubo actuaciones, atropellos, golpes, lesiones personales a los integrantes de la familia del señor Horlin? CONTESTADO: Se trató más que todo vulgarmente con groserías y la

---

<sup>8</sup> Medio audiovisual obrante a folio 168.

atropellaron la tumbada de la puerta y de ahí para delante yo no sé, en ese momento no tuve acceso a la vivienda, pero más adelante entré, miré y verifiqué que le habían tumbado el cielo raso, le había desbaratado sus cosas, sus pertenencias, como colchón, un televisor. (yo de ahí para adelante no supe cuánto días duró, no me dio por preguntar a la señora que pasó con el marido, me da pena meterme en relaciones ajenas (...)) PREGUNTADO: ¿Sírvese indicar a esta audiencia cuantos metros aproximadamente hay de su vivienda a la de sus vecinos que es la casa que fue allanada ese día? CONTESTADO: hay aproximadamente unos veinte (20) metros. Es calle amplia y, de todas maneras, es un conjunto donde yo vivo y se ve vi el panorámico hacia la casa de doña Luz. PREGUNTADO: Usted vive en un conjunto residencial. CONTESTÓ: Si señor en un conjunto residencial. PREGUNTADO: La habitación de la familia que fue allanada, está también un conjunto o una casa. CONTESTADO: La casa que fue allanada es una casa independiente.”

### **2.6.2.- Los elementos de la responsabilidad en el caso concreto**

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado<sup>9</sup>, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable-; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

---

<sup>9</sup> Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por la Sala para resolver el presente caso concreto.

### **2.6.2.1.- El Daño Antijurídico**

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>10</sup> ha señalado que el daño antijurídico, comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado "*impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea 'irrazonable', en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos*".

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional señala que la "*(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima*"<sup>11</sup>. Dicho daño, además, tiene como características que debe ser *i) cierto, ii) presente o futuro, iii) determinado o determinable, iv) anormal* y que se trate de una *v) situación jurídicamente protegida*.

En el presente caso el daño invocado se hace consistir en las erogaciones económicas que debió asumir la parte demandante por concepto de las reparaciones a su vivienda y muebles, con ocasión a los daños sufridos en estos a consecuencia de la diligencia de allanamiento y registro practicada al interior de su lugar de habitación por parte de

---

<sup>10</sup> *Ibidem.*

<sup>11</sup> *Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.*

miembros de la Policía Nacional, y por orden de la Fiscalía General de la Nación.

También se pretende el resarcimiento de los perjuicios morales derivados del dolor, angustia y vergüenza social, a los que fueron sometidos los menores Daicy y Luis Felipe Montaña Montaña durante el referido operativo; igualmente, reclaman la afectación al derecho a la salud psicológica de los menores en razón a los maltratos verbales padecidos y; por último, la vulneración a los derechos protegidos constitucional o convencionalmente, tales como los de intimidad, honor y la inviolabilidad de domicilio.

Como fuente del referido daño, la parte actora adujo que la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación incurrieron en un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, argumentando que el actuar de dichas entidades fue abusivo y desproporcionado.

Para el A quo el daño endilgado a las demandadas no se encuentra acreditado, en la medida que las circunstancias fácticas que lo fundamentan no cuentan con medios de convicción que las corrobore.

La parte demandante y recurrente afirma que el A quo i) descalificó la prueba testimonial; ii) no tuvo en cuenta que las demandadas no realizaron una labor de inteligencia previa al allanamiento, pues las características de la persona hallada en el inmueble no correspondían a las de quien realizaban la investigación; y iii) dio prevalencia a un informe de policía judicial que presenta inconsistencias en la medida que no se relacionaron a todas las personas que se hallaban en el lugar el día de los hechos.

En relación al daño consistente en las erogaciones económicas que, con ocasión a la diligencia de allanamiento y registro practicada al interior de su lugar de habitación, debió asumir la parte actora por concepto de las reparaciones a su vivienda y muebles, advierte la Sala que en el caso

bajo estudio no se allegaron las pruebas para establecer el detrimento patrimonial de los aquí demandantes.

En efecto, revisado el expediente se observa que al plenario no fue allegada documental alguna de la cual se pueda inferir qué bienes resultaron afectados en la diligencia de allanamiento practicada el 6 de septiembre de 2012, ni si frente a los mismos se hicieron reparaciones, mucho menos se acreditaron los costos de las mismas.

Se aduce en la demanda que a su ingreso a la vivienda los agentes de policía derribaron la puerta de la casa ubicada en la calle 8 B No. 34 B-19 del Barrio Las Brisas de Neiva, no obstante, a folios 99 y 100 del expediente obra informe de registro y allanamiento de la vivienda en comento, documento con el que se consignaron las condiciones en las cuales se llevó a cabo el procedimiento practicado por agentes de la Policía Nacional el 6 de septiembre de 2012, sin que de su contenido se infiera daño alguno a los bienes de los demandantes, por el contrario se explica que al llegar al lugar objeto de la diligencia, la puerta se encontraba cerrada, razón la que los agentes informaron en voz alta a sus moradores la existencia de la orden de allanamiento y registro, siendo atendidos por el señor Horlin Fermin Montaña.

Adicionalmente, a folio 101 milita Acta de Registro y Allanamiento firmada por quien atendió la diligencia, esto es, el señor Horlin Fermín Montaña, sin dejar constancia en dicho documento los supuestos daños causados en su lugar de habitación.

Si bien los testigos Rosalba Mallorquín y José Vicente Galindo indican que los agentes tumbaron la puerta, lo cierto es que su aseveración no tiene la entidad de desvirtuar el acta de la diligencia de registro y allanamiento a la vivienda de los demandantes, en la que el señor Horlin Fermin Montaña, nada dice respecto a que su actuar hubiere sido abusivo o desproporcionado y que hubiera generado daño a bien alguno.

Tal y como se explicó en precedencia, las fotografías allegadas junto a la demanda en las que se registran imágenes de una puerta y del interior de una vivienda carecen de valor probatorio, en la medida que no ofrecen certeza y seguridad en cuanto a su origen, lugar y época en que fueron tomadas, mucho menos fueron reconocidas ni ratificadas por la persona que las registró o por los testigos traídos al proceso.

Tampoco obran en el proceso facturas o comprobantes de pagos por servicios de reparación o compra de bienes que puedan generar certeza sobre el daño patrimonial reclamado.

Si bien fueron aportadas constancias laborales de los señores Horlin Fermín Montaña y Alba Luz Montaña Reyes, así como, certificación expedida por la Junta de Acción Comunal del Barrio Las Brisas referente a la buena conducta del último de los citados al interior de la comunidad, y una factura de cobro del servicio público de energía del inmueble allanado, tales documentos no son demostrativos de los bienes que se dice fueron dañados al momento en que se practicó la diligencia de allanamiento ni de su reparación o reposición.

De este modo, a criterio de la Sala el daño patrimonial que reclaman los actores en los hechos que rodearon el allanamiento del lugar de habitación de los aquí demandantes no se encuentra acreditado, en la medida que no obran dentro del proceso pruebas que permitan establecer las pérdidas físicas y económicas a las que hace referencia la parte actora, en la medida que no se tiene la certeza de cuáles eran los muebles y enseres que hacían parte de la vivienda ubicada en la calle 8 B No. 34-B –19 de la ciudad de Neiva, por los que ahora se reclama ni de cuál o cuáles de ellos habrían sido dañados dentro del operativo.

De lo anterior encuentra la Sala que, tal y como lo precisó el A quo, en el presente caso el daño patrimonial alegado en la demanda y que se traduce en las pérdidas económicas generadas por la ocurrencia del hecho dañoso carece de certeza, esto es, no se encuentra demostrado

el daño patrimonial que alegan los demandantes les fue irrogado con ocasión a la diligencia de allanamiento del 6 de septiembre de 2002 realizada por la Policía Nacional en virtud de orden de allanamiento emanada de la Fiscalía 3 Local de Neiva a la vivienda ubicada en la calle 8B No. 34b-19 de esta ciudad.

En cuanto al daño moral que se reclama y que se dice tuvo origen en el dolor, angustia y vergüenza social, así como en la afectación al derecho a la salud psicológica y a sus derechos al honor, intimidad e inviolabilidad del domicilio, que padecieron los menores Daicy y Luis Felipe Montaña Montaña durante operativo; inicialmente, ha de precisar la Sala que conforme al informe visto a folio 100, en la diligencia de registro y allanamiento practicada el 6 de septiembre de 2012 en el inmueble con nomenclatura calle 8 B No. 34-B -19 de la ciudad de Neiva, solo se encontraban el señor Horlin Fermin Montaña y su hija – menor de edad- Daicy Jimena Montaña Montaña (aquí demandante).

La testigo Rosalba Mallorquín aseguró que además de estas personas, al interior de la vivienda, también se hallaban el menor Luis Felipe Montaña Montaña (demandante) y una joven de nombre Yurani Ramírez Charry; y el declarante José Vicente Galindo indicó que en el momento de la diligencia “se encontraba el señor Montaña con tres menores de edad, porque yo los alcance a visibilizar cuando ellos salían de la vivienda”.

Si bien de la prueba testimonial se puede inferir que el menor Luis Felipe Montaña Montaña se hallaba en la vivienda, lo cierto es que su dicho se contrapone con lo consignado en el acta de registro y allanamiento firmada de manera voluntaria por el señor Horlin Fermin Montaña, documento en el que no se consignó la presencia de personas diferentes a él y su hija Daicy Jimena Montaña Montaña, ésta última, demandante en el presente asunto, documento frente al cual la parte demandante no formuló tacha en la oportunidad procesal respectiva, y que, en todo caso, fue objeto de análisis por la autoridad judicial

competente, en la audiencia de control de legalidad posterior al procedimiento de allanamiento y registro sin que hubiesen interpuestos los recursos de ley o al menos cuestionados en cuanto a su contenido.

Ahora bien, el daño moral alegado, en lo que atañe a la menor Daicy Jimena Montaña Montaña, debe precisar la Sala el artículo 28 Constitución Política de 1991, consagra como fundamental el derecho de inviolabilidad del domicilio garantía que deriva del derecho a la libertad personal y que busca proteger los lugares en donde una persona desarrolla su privacidad.

Esta garantía también se encuentra protegida por el derecho internacional, así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, en su artículo 17, protege a las personas y su familia de injerencias arbitrarias o ilegales sobre su vida privada y extiende esta protección a "su domicilio", protección que debe ser establecido por la ley contra "injerencias o ataques".

Del mismo modo, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en su artículo 12, establece que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia", ni en "su domicilio", derecho para el cual podrá invocar "la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

Como puede verse el derecho a la inviolabilidad del domicilio deriva del derecho a la libertad personal y busca proteger los lugares en donde una persona desarrolla su privacidad, es decir, no salvaguarda un espacio físico en sí mismo considerado, sino principalmente al individuo en su seguridad, libertad e intimidad, en el entendido de que constituyen una esfera propia de autonomía personal que al ser sede de sentimientos, afectos y actividades, deben estar a salvo de cualquier tipo de intrusión, molestia, interferencia o invasión externa, tanto de otras personas como de las mismas autoridades.

En este punto debe precisar la Sala que, en materia de graves vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014 (expediente 32.988), precisó el carácter autónomo de este daño, y anotó que el mismo se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario, siempre y cuando se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, para la Sala resulta natural y comprensible que la irrupción en la vivienda de Daicy Jimena Montaña Montaña por parte de miembros de la Policía Nacional el 6 de septiembre de 2012, le hubiere generado una sensación de incertidumbre e inseguridad, en la medida que sus intereses, sentimientos y actividades de carácter reservado se vuelven públicos sin su consentimiento; lo que se traduce en el daño reclamado en la demanda, sin embargo, para que resulte indemnizable, es necesario que este sea antijurídico, esto es, que la aquí demandante no tuviera el deber jurídico de soportarlo.

A criterio de la Sala el daño moral alegado en el presente asunto carece de antijuridicidad, toda vez que para la irrupción en el inmueble ubicado en la calle 8 B No. 34-B –19 de la ciudad de Neiva mediaba una orden escrita de autoridad judicial, siendo el motivo que justificó el allanamiento la realización de una investigación penal, por lo tanto, la joven Daicy Jimena Montaña Montaña tenía el deber jurídico de soportarla.

Adicionalmente, porque dentro del proceso no se acreditó circunstancia alguna que vislumbre la existencia de un abuso por parte de los agentes que ingresaron a la vivienda de Daicy Jimena Montaña Montaña, pues no obra en el proceso documental que así lo corrobore, máxime cuando la actuación fue objeto de control de legalidad por la autoridad

competente y los testigos fueron enfáticos en señalar que no presenciaron lo ocurrido al interior de la vivienda durante la diligencia de allanamiento.

Es así que la testigo Rosalba Marroquín, quien manifestó presenciar desde su casa el allanamiento a la vivienda de los demandantes, declaró que no tuvo conocimiento de lo que sucedió al interior de la vivienda al momento de la diligencia, argumentando además que la policía cercó el lugar para la práctica de la misma sin permitir el paso de personas, hecho éste que se plasmó en la demanda al señalarse que la madre de la aquí demandante – señora Alba Luz Montaña Reyes, no pudo ingresar a la vivienda hasta tanto no terminara el allanamiento.

En cuanto al testimonio del señor José Vicente Galindo, éste también indica que no tuvo acceso a la vivienda, pues fue claro en que no ingresó durante la diligencia sino luego de que la misma terminó. Si bien aduce que los policías se expresaron vulgarmente con groserías, lo cierto es que su aseveración no tiene la entidad de desvirtuar el acta de la diligencia de registro y allanamiento a la vivienda de los demandantes, y en esa medida, contrario a lo afirmado por la parte recurrente, dicho documento es prueba contundente de los hallazgos en el curso del procedimiento.

En este orden, considera la Sala que en el sub lite no se encuentra demostrado que el daño moral padecido por Daicy Montaña Montaña, en cuanto a la alteración de su intimidad y la angustia y sosiego tenga la connotación de antijurídico.

En gracia de discusión, de aceptarse que el daño alegado en la demanda pudiera estar revestido de antijuridicidad, a criterio de la Sala el mismo no sería imputable a las entidades demandadas a título de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, régimen de imputación en el que están comprendidas todas las acciones u omisiones que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de

impartir justicia en que incurran no sólo los funcionarios sino también los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, los empleados judiciales, los agentes y los auxiliares judiciales<sup>13</sup>.

Lo anterior, en razón a que, de conformidad a los hechos probados que se relacionaron en acápite anterior, la diligencia de allanamiento estuvo precedida de labores investigativas y fue atendida por su padre, quien suscribió acta de registro de manera libre y voluntaria; y, luego de su realización, fue objeto de control posterior por parte del Juez Penal de Control de Garantías, cuya decisión no fue impugnada.

En efecto, la Fiscalía General de la Nación tenía conocimiento, a partir de la información de una fuente humana, que en la casa donde residían la señora Alba Luz Montaña Reyes y sus hijos Daicy Jimena y Luis Felipe Montaña Montaña, se almacenaban armas de fuego, circunstancia que dio lugar a que, con apoyo de la Policía Judicial (Sijin), se realizaran las labores de vigilancia y seguimiento necesarias para la identificación e individualización de las personas involucradas en la comisión del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones.

Así, según informe de policía judicial del 5 de septiembre de 2012 visto a folio 95, el agente encargado señaló que *“El día 04-09-2012 siendo las 08:40 horas se desplazó el Patrullero Cristian Gutiérrez Puentes y el suscrito, hacia la comuna siete con el fin de ubicar la vivienda, en el momento de la verificación se observa inmueble con nomenclatura Calle 8B No. 34B-19”*.

---

<sup>13</sup> Sentencia de 22 de noviembre de 2001, Exp.13164. “En el derecho comparado se afirma que “se trata de un funcionamiento anormal debido a la actividad de los juzgados y tribunales, tanto de los propios jueces y magistrados en el ejercicio de su actividad jurisdiccional como de la oficina judicial a través de los secretarios judiciales que la dirigen y el resto de personal al servicio de la Administración de Justicia”. Ver también sentencia del catorce (14) de julio de dos mil diecisiete (2017). Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente radicación número: 73001-23-31-000-2005-00871-01(36516)

En dicho informe, se indicó, además, que *“según labores de vecindario (...) su morador es un hombre de unos 23 a 28 años de edad aproximadamente, tez trigueña, como de unos 1.65 mts, contextura obesa y conocido como alias EL GORDO el cual se dedica a guardar, almacenar y comercializar armas de fuego.(...) Se constató con algunos residentes aledaños del inmueble antes relacionado, donde sus moradores manifiestan que en esta vivienda ingresan sujetos reconocidos en el sector, estos son conocidos como apartamenteros, hurtan motocicletas empleando el método de intimidar a sus víctimas con armas de fuego las cuales adquieren de este inmueble antes referenciado.”*

Con fundamento en las manifestaciones de la fuente humana, la información recolectada en el informe de Policía y un álbum fotográfico relacionado con el inmueble en cuestión, el 5 de septiembre de 2012 la Fiscalía Tercera Local consideró que esos elementos constituían serios motivos para presumir que en ese lugar se encontrarían armas de fuego; la persona descrita por el informante como almacenadora de dichas armas; o elementos que evidenciaran la comisión del delito investigado, por lo que ordenó el registro y allanamiento de la vivienda ubicada en la calle 8B No. 34B-19 del barrio Las Brisas de Neiva.

Se evidencia entonces que las actuaciones de los investigadores de la Policía Judicial estuvieron encaminadas, conforme lo solicitó la Fiscalía, a rastreo información relacionada con el inmueble en el que presuntamente se almacenaban armas de fuego, y que la solicitud de allanamiento estuvo soportada en la denuncia, indicios y sospechas derivados de la tarea investigativa, siendo el objetivo principal de la diligencia, irrumpir en el domicilio de la persona conocido con el alias “El Gordo” para verificar si contaba con armamento almacenado en ese lugar.

Frente al argumento de la parte recurrente en cuanto afirma que las demandadas no realizaron una labor de inteligencia, pues las

características de la persona hallada en el inmueble no correspondían a las de quien realizaban la investigación, debe señalar la Sala que la diligencia estuvo soportada en la denuncia, indicios y sospechas derivados de la tarea investigativa de los agentes de policía judicial, siendo el objetivo principal de la misma, irrumpir en el domicilio de la persona conocido con el alias "El Gordo" para verificar si contaba con armamento almacenado en ese lugar, pues se tenía información que además de otras personas, el implicado moraba o residía en el lugar.

El hecho que en la vivienda allanada no hubiese sido encontrada la persona que fue descrita por la información suministrada por fuente humana ante la Fiscalía y por personas del sector como almacenadora de dichas armas; ni elementos que evidenciaran la comisión del delito investigado, no configura un desconocimiento de las reglas y principios normativos que regulan la práctica de la diligencia de allanamiento.

Por el contrario, reafirma que la misma se practicó en cumplimiento de un deber legal, pues corresponde a la Fiscalía General de la Nación investigar la comisión de delitos, máximo si se trata de una conducta punible contra la seguridad pública tipificada en el artículo 365 del Código Penal como Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones-.

En cuanto al cargo que hace alusión a que el A quo dio prevalencia a un informe de policía judicial y no a la prueba testimonial, valga precisar que, si bien, en la sentencia de primera instancia se restó credibilidad a la declaración de los señores Rosalba Marroquín y José Vicente Galindo en razón a que el juzgador no encontró correspondencia entre las nomenclaturas de sus viviendas en relación con la de los demandantes, lo cierto es que esa discusión es irrelevante, pues en últimas lo que cuenta es establecer si los testigos tuvieron conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos durante la diligencia de allanamiento practicada por agentes de la Policía Nacional.

Al respecto, la Sala reitera que del relato de los deponentes tampoco puede inferirse – como pretende el recurrente- que el proceder de los agentes de la Policía Nacional que realizaron la diligencia de allanamiento fue abusivo o desproporcionado, mucho menos que transgredió la órbita de la intimidad de la menor aquí demandante, en la medida que, conforme se expuso en precedencia, los testigos no presenciaron lo ocurrido al interior de la vivienda durante el allanamiento.

Además, porque en el proceso está acreditado que el señor Horlin Fermín Montaña - representante legal de la menor Daicy Jimena Montaña Montaña -, atendió la diligencia y suscribió el acta de registro y allanamiento respectiva de manera libre y voluntaria; sin que en dicho documento se hubiesen consignado las irregularidades de la policía judicial reprochadas en el sub lite, ni los perjuicios inmateriales deprecados en el libelo.

Por otra parte, la diligencia de allanamiento fue sometida al examen del juez de control de garantías, quien valoró aspectos formales y materiales de la mismas, sin que en este caso se determinara que el consentimiento dado por el señor Horlin Fermín Montaña fue producto de un acto arbitrario o abusivo, y en todo caso, contra la decisión de la autoridad judicial respectiva no se interpusieron los recursos de ley.

Es de resaltar que la captura del señor Horlin Fermín Montaña no tuvo lugar por razón de la conducta investigada, sino que obedeció a la orden de aprehensión previa que recaía sobre este ciudadano por el delito de inasistencia alimentaria, y que fue constatada por la autoridad policial al momento de consultar los antecedentes del citado, cuando verificó que contra éste pesaba una orden de captura; por lo que fue puesto a disposición del Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas de Neiva (folio 104) autoridad judicial que lo requería, previa suscripción a través de acta de derechos del capturado (folio 105).

Se observa entonces que las actuaciones de la Policía Judicial estuvieron encaminadas, conforme lo solicitó la Fiscalía, a rastreo información relacionada con el inmueble en el que presuntamente se almacenaban armas de fuego; que la solicitud de allanamiento estuvo precedida de las manifestaciones de un informante y de las labores desplegadas por el agente de policía encargado en las que se recibió información de residentes aledaños al inmueble en cuestión.

Asimismo, se encuentra acreditado que la diligencia de allanamiento se practicó conforme a los parámetros legales, fue atendida por el padre de la demandante, quien suscribió acta de registro y allanamiento de manera libre y voluntaria; por lo tanto, la joven Daicy Jimena Montaña Montaña tenía el deber jurídico de soportarla.

De este modo, el daño moral que la parte demandante hace consistir en la alteración de la intimidad y la angustia y sosiego que padeció Daicy Montaña Montaña, pese a ser cierto no tiene la connotación de antijurídico, y en todo caso, de considerarse que el daño alegado reviste tal calidad, no resultaría atribuible a la entidad demandada.

## **2.7. Conclusión**

Atendiendo las anteriores consideraciones, el problema jurídico se resolverá en el sentido de confirmar la sentencia del 31 de julio de 2017, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo que negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no se acreditó el daño antijurídico que reclaman los demandantes.

## **III.- COSTAS**

### **3.1.- Costas en primera instancia**

En la sentencia de primera instancia, el *A quo* condenó en costas a la parte demandante y vencida en el proceso, sin que en la alzada se

esbozaran argumentos tendientes a la revocatoria de dicha decisión, en consecuencia, la Sala no emitirá pronunciamiento al respecto.

### **3.2.- Costas en segunda instancia**

En relación con la procedencia de emitir condena en costas en segunda instancia, es preciso señalar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en materia de condena en costas<sup>14</sup> para acoger, en principio, la valoración objetiva frente a su imposición, liquidación y ejecución, tal y como se advierte de lo dispuesto en el artículo 188 de dicho estatuto<sup>15</sup>, preceptiva que remite a las normas del Código General del Proceso, normativa que en su artículo 365<sup>16</sup> consagra los elementos que determinan la imposición de costas así: i) objetivo en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) valorativo en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.

El artículo 365 del C.G.P. (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

---

<sup>14</sup> Erogaciones económicas que se constituyen en los gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

<sup>15</sup> “ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

<sup>16</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección B, sentencia del 27 de enero de 2017, Radicación: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter; Sección Cuarta, Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez, providencia del 21 de junio de 2018, radicación número: 05001-23-33-000-2012-00148-01(21898); Sección Cuarta, Consejero Ponente: Milton Chaves García, sentencia de 21 de junio de 2018, radicación número: 19001-23-33-000-2013-00442-01(22017); Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, providencia de 5) de julio 2018, radicación Número: 11001-03-15-000-2018-01606-00(Ac); providencia del 27 de enero de 2017, proferida dentro del expediente con radicación número: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14); providencia del ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018), radicación: 25000234200020120074201 (3695-2016)

"(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de desfavorablemente el recurso apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

(...) 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará en costas al recurrente en las costas de segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas en ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

**(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.**

(...)” (Resaltado por la Sala).

De lo anterior cabe resaltar que, según el citado numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), *"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*.

Precisado lo anterior, se advierte que, en el presente caso, una vez examinado el expediente, que no observan elementos de prueba que demuestren o justifiquen que efectivamente se hayan ocasionado erogaciones que hagan procedente a la imposición de costas en segunda instancia.

En efecto, al expediente no se allegaron medios de prueba que acrediten que con ocasión del presente proceso fueron asumidos gastos, o cualquier otra expensa susceptible de ser reconocida. Tampoco se allegó contrato de prestación de servicios profesionales o algún otro documento que acredite la causación de agencias en

derecho, razón por la cual, no resulta procedente la imposición de costas en esta instancia.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila Sala Quinta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **IV. FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 31 de julio de 2017, proferida por Juzgado Séptimo Administrativo de Neiva, conforme a las razones expuestas.

**SEGUNDO: NO CONDENAR** en costas en esta instancia.

**TERCERO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, una vez realizadas las anotaciones del software de gestión, esto es previas las constancias del caso.

#### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.



**BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS**  
Magistrado



**JOSÉ MILLER LUGO BARRERO**  
Magistrado



**GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA**  
Magistrado