



Rama Judicial

República de Colombia

## JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, veintiuno (21) de mayo de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: Reparación Directa

Demandantes: Marcos Andrés Hernández Monroy y otros

Demandados: Nación – Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación

Radicación: 73001-33-33-003-2017-00081-00

### ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Reparación Directa impetrado por Marcos Andrés Hernández Monroy, Yeferson Estid Rodríguez Díaz, Víctor Manuel Hernández, María del Carmen Monroy Díaz, José Gregorio Hernández Monroy, Oscar Giovanny Hernández Monroy quien actúa en nombre propio y en representación de Giovanny Stick Hernández Caicedo y German Eduardo Hernández Caicedo; María Isabel Monroy Díaz, Ana Delia Monroy Díaz, Sandra Isabel Monroy, Marlody Monroy Díaz y Jemy Carolina Chacón Monroy en contra de la Nación – Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, en adelante FGN.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. PRETENSIONES (Fol. 105-106)

- 1.1. Que se declare que la Nación – Rama Judicial y FGN, son solidaria, administrativa y extracontractualmente responsables de la totalidad de los perjuicios morales, materiales y de daño a la vida de relación causados a los demandantes, con ocasión de la detención sufrida por el señor Marcos Andrés Hernández Monroy, desde el día 16 de marzo de 2016 y hasta el 7 de septiembre de 2016.
- 1.2. Que como consecuencia del pronunciamiento anterior, se condene a las demandadas a pagar a los demandantes todos los perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación que se detallan como pretensión en la estimación razonada de la cuantía.
- 1.3. Que se ordene a las demandadas, que cumplan la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.
- 1.4. Que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

## 2. HECHOS (Fol. 106-109)

Los hechos en que se fundaron las pretensiones de la demanda se sintetizan así:

- 2.1. Que el señor Marcos Andrés Hernández Monroy, familiar de los demás demandantes, debió soportar un proceso penal por el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, el cual terminó con sentencia absolutoria proferida el 22 de noviembre de 2016 por parte del Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del Guamo.
- 2.2. Que el señor Marcos Andrés Hernández Monroy estuvo privado de su libertad con detención intramural y domiciliaria desde el 16 de marzo al 7 de septiembre de 2016, lo que le ocasionó perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación a este y los demás demandantes.
- 2.3. Que con el fin de ejercer su defensa en el referido proceso penal, el señor Marcos Andrés Hernández Monroy contrató los servicios de un profesional del derecho, cuyos honorarios de acuerdo con la tarifa de CONALBOS, ascendieron a la suma de 13 SMLMV.
- 2.4. Que dicha privación de la libertad que debió soportar el señor Marcos Andrés Hernández Monroy, causó perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación del detenido, compañero permanente y de sus demás familiares – también demandantes-, lo que se agravó porque el actor debió dejar sus labores como vendedor durante dicho lapso y tiempo después, labores por las que devengaba la suma mensual de \$1.300.000.

## 3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

### 3.1. NACIÓN – RAMA JUDICIAL (Fol. 135-139)

Luego de reseñar ampliamente lo expuesto en la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de unificación adiada 17 de octubre de 2013, C.P Dr. Mauricio Fajardo Gómez radicado 52001233100019967459-01 (23.354), concluyó que dicha providencia *“otorga al Artículo 90 de la Constitución Política, (...) significado más amplio, y la supremacía como norma constitucional, frente al resto de ordenamiento jurídico. Es así como del análisis de la sentencia se concluye que cuando una persona es sometida a una medida privativa de la libertad y posteriormente es absuelta, sin importar la ley penal bajo la cual se tramitó el respectivo proceso penal, o la causal por la cual se profirió la absolución, habrá lugar a responsabilidad del Estado, en aplicación de la teoría del daño especial, entendido éste como aquel que el individuo no estaba obligado a soportar, sin que en estos casos, tenga relevancia la juridicidad de la conducta del agente estatal”*.

A renglón seguido señaló que no obstante lo allí determinado, dicha posición ha variado. tal y como se advierte en la sentencia proferida el 10 de agosto de 2015 Consejero Ponente Dr. Jaime Alberto Santofimio Gamboa, dentro del expediente con radicado 54001233100020000183401 (30134), en la que se adoptó otra posición, cuyo eje central se encuentra enfocado en realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustentan la exoneración penal como podría ser la aplicación del principio in dubio pro reo,

esconde deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son las que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación penal en su favor.

Afirmó que en el asunto que se analiza, el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del Guamo, dictó sentencia absolutoria. *"por no existir mérito para condenar, que la Fiscalía no logró demostrar más allá de toda duda razonable, a los dispuesto por el artículo 7 de la Ley 906 de 2004"*, es decir que la teoría presentada por la fiscalía no encontró respaldo probatorio, lo que conllevó al juez a no poder emitir sentencia condenatoria puesto que no se demostró la participación del ahora demandante en los hechos.

Respecto de la actuación del juez en función de control de garantías, la Rama Judicial sostuvo que la decisión de imponer medida de aseguramiento al demandante, obedeció a principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación en una etapa en la que solo se cuenta con elementos probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, que no son suficientes para discutir la responsabilidad penal, aspecto que es de discusión posterior y frente a lo cual, acotó que cuando la Fiscalía incumple con sus deberes probatorios y el juez debe absolver al procesado, no surge la responsabilidad del Estado frente a la Nación – Rama Judicial, porque la privación de la libertad, tuvo origen en el caudal probatorio allegado inicialmente por el ente investigador, el cual posteriormente no reunió los requisitos para convertirse en plena prueba y ser el soporte de una decisión condenatoria.

Propuso a título de excepciones de mérito, las que denominó *"Inexistencia de Perjuicios"* y *"Ausencia de nexo causal"*.

### **3.2. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (Fol. 144-163)**

La apoderada de la entidad accionada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, indicando que no es posible declarar su responsabilidad, toda vez que no se evidenció una actuación arbitraria, ni mucho menos existió error judicial y un defectuoso funcionamiento de la administración como pretende hacer ver la parte actora.

Luego se refirió a las pretensiones indemnizatorias, solicitando que ante una eventual condena, se tengan en cuenta las pautas fijadas por el Consejo de Estado para la tasación de los perjuicios morales; también indicó que el lucro cesante debe ser denegado porque el demandante no prueba sus ingresos y que en gracia de discusión, debe ser calculado pero sobre el SMLMV y que el daño emergente no puede ser reconocido, porque no se aporta documento que acredite el pago de honorarios de abogado.

Enseguida citó el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia y las funciones que allí se asignan a la FGN, luego con cita del artículo 66 de la Ley 906, recordó que como titular de la acción penal, está obligada a realizar las investigaciones de

los hechos que revistan características de delito, aún de oficio, por lo que en el caso concreto obró con base en su deber legal y sus decisiones se ajustaron a presupuestos jurídicos, fácticos y probatorios, no fue subjetiva, caprichosa, arbitraria ni violatoria del derecho a la defensa del señor Marcos Andrés Hernández Monroy, pues a este, se le brindaron todas las garantías procesales durante la instrucción.

Sobre la actuación adelantada en contra del mencionado señor Hernández Monroy, señaló que si bien fue la Fiscalía quien solicitó la medida de aseguramiento en contra del demandante, también lo es que conforme lo dispone la Ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal- todas las decisiones que impliquen la privación de libertad son proferidas por los jueces penales y las de medida de aseguramiento, por los jueces penales en función de garantías (art. 308 Ley 906), argumento en el que edifica la excepción de *Falta de Legitimación material en la causa por pasiva*.

Propuso además las de *Ausencia del daño antijurídico e inimputabilidad del mismo a la Fiscalía General de la Nación* e *Inexistencia del nexo de causalidad*, las cuales en un todo comparten la tesis de la ausencia de responsabilidad de la FGN por no ser la que decide sobre la restricción de la libertad que se le impuso al demandante.

#### 4. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 17 de marzo de 2017 (Fol. 1), siendo admitida por el Juzgado a través de auto fechado 28 de marzo de 2017, disponiendo lo de Ley (Fol. 125). Vencido el término para contestar la demanda, mediante auto del 23 de marzo de 2018, se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (Fol. 175), la cual se llevó a cabo el día 7 de junio de 2018, en ella se realizó el saneamiento del proceso, se analizaron los requisitos de procedibilidad, se fijó el litigio únicamente respecto de las pretensiones del señor Marcos Andrés Hernández Monroy decisión que no fue atacada por la parte actora, se evacuó el trámite correspondiente a las posibles fórmulas de conciliación, sin que las partes llegaran a un acuerdo y se decretaron pruebas, (Fol. 176-179). Mediante auto del 23 de julio de 2018 se ordenó el desglose de las piezas procesales correspondientes a las pretensiones del señor Yeferson Estid Rodríguez Díaz (fl.189) El 25 de octubre de 2018 se llevó a cabo audiencia de pruebas quedando pendiente la recolección de unas pruebas documentales (Fol. 201-204), las cuales fueron puestas en conocimiento de las partes mediante providencia calendada 8 de abril de 2019 (218); luego, al no presentarse objeción alguna y al considerarse innecesario el adelantamiento de audiencia de alegaciones y juzgamiento, se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes, conforme lo dispone el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo mediante auto del 29 de abril de 2019 (fl. 219), derecho del cual hicieron uso las partes así:

#### 5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

##### 5.1. Parte demandante (Fol. 221-235)

Se ratificó en los argumentos esgrimidos en el libelo introductorio, igualmente trajo a colación diversas providencias del Honorable Consejo de Estado en las que se

ha condenado a la Nación al pago de perjuicios por haberse declarado su responsabilidad en casos de privación injusta de la libertad.

Así mismo hizo una mención respecto de la prueba documental y testimonial recaudada en el proceso, para demostrar que los demandantes se encuentran legitimado en la causa para accionar e igualmente que sufrieron los perjuicios deprecados en el escrito de demanda.

### **5.2. Nación – Rama Judicial (Fol. 220)**

Señaló la apoderada judicial que se ratificaba en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho esgrimidos en la contestación de la demanda y pidió tener en cuenta el precedente fijado en la sentencia del Consejo de Estado del 10 de agosto de 2015 rad (30134) de la Sección Tercera.

### **5.3. Fiscalía General de la Nación (Fol. 236-242)**

Señaló la apoderada judicial que se ratificaba en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho esgrimidos en la contestación de la demanda, así como en las excepciones propuestas, con especial énfasis en la de falta de legitimación en la causa por pasiva, reiterando que la decisión de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva, no fue adoptada por la FGN sino por el juez de control de garantías.

Surtido todo lo anterior, al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia conforme a las siguientes...

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. COMPETENCIA**

Es competente este despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 6º y 156 numeral 6º *ibidem*.

### **2. PROBLEMA JURÍDICO**

Se concentra en determinar si la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación son administrativa, patrimonial y solidariamente responsables por privación injusta de la libertad del señor Marcos Andrés Hernández Monroy ocurrida entre el 16 de marzo y el 7 de septiembre de 2016, atendiendo que se dictó medida de aseguramiento privativa de la libertad en su contra, pero posteriormente se dictó sentencia absolutoria a su favor.

### 3. DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Existe una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, cuyo fundamento constitucional está consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política que preceptúa: "*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*", lo cual supone la responsabilidad de cualquier autoridad pública, no solo por el actuar antijurídico de sus agentes, sino también por sus acciones lícitas que aunque estén encaminadas a la satisfacción de los fines esenciales del estado, devienen en antijurídicas, cuando imponen a los coasociados, una carga que no están en el deber jurídico de soportar.

Bajo este entendido, para que exista responsabilidad del Estado se requiere de la concurrencia de varios elementos, a saber: (i) el daño antijurídico, (ii) la imputabilidad jurídica y fáctica del daño a un órgano del Estado y, (iii) el nexo causal entre el daño y el hecho de la administración.

A partir de la disposición constitucional trascrita, la jurisprudencia y la doctrina contencioso administrativa han desarrollado distintos regímenes de responsabilidad imputables al Estado, como (i) el subjetivo, que se basa en la teoría de la falla del servicio y (ii) el objetivo, que obedece a diferentes situaciones en las cuales la entidad estatal está llamada a responder, por un lado, con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, caso en el cual se habla del régimen del riesgo excepcional, y por otro, debido a la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, caso en el cual estamos en presencia del régimen del daño especial, por ende, corresponde determinar en cada caso, el régimen de responsabilidad aplicable.

### 4. LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Siendo el derecho a la libertad personal un derecho de carácter *ius fundamental* y estando así previsto en el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia, resulta claro advertir que el Estado tiene una primerísima obligación de garantizar el goce efectivo de ese derecho a todas y todos los habitantes del territorio nacional.

Sin embargo, se trata de un derecho que no es absoluto, pues el Estado en ejercicio del *ius puniendi*, puede limitar el derecho a la libertad personal aún sin que exista sentencia de condena en firme, eso sí, mediando orden de autoridad judicial competente y por motivos previamente definidos en la ley, como es el caso de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad.

#### 5.1. Posición del Consejo de Estado

En tratándose de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, en un primer estadio, la jurisprudencia del Consejo de Estado consideró que la responsabilidad patrimonial por privación injusta de la libertad, operaba siempre y cuando se comprobara la existencia de un error de la administración de justicia (Gil Botero, 2013; pág. 483), error que debía demostrarse respecto de la providencia

que había dispuesto la medida de aseguramiento, lo que se traducía en una falla del servicio.

Luego, en una segunda etapa, se indicó por el Consejo de Estado que cuando una persona privada de la libertad resulta absuelta por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, esto es: porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, se configuraba un evento de detención injusta, considerando que lo injusto, no estaba en el actuar de los agentes del Estado, sino en el sufrimiento desproporcionado que se le causaba al administrado y, por lo tanto, procedía la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política, esta vez, bajo el régimen de responsabilidad objetiva.

Con la expedición de la Ley 270 de 1996, se estableció en su artículo 65 una cláusula especial de responsabilidad patrimonial del Estado por *"los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales"* siendo uno de los títulos de imputación, *"la privación injusta de la libertad"* y en el artículo 68 Ibidem, se indicó que *"Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios"*

Frente al anterior título de imputación, el Consejo de Estado consideró en varias oportunidades, que a pesar de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, las hipótesis establecidas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 antes citado, al margen de su derogatoria, debían continuar siendo aplicadas a hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sin que ello implicara una aplicación ultractiva del citado precepto legal, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, pues, en virtud del principio *iura novit curia*, el juez contencioso administrativo podía acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar su decisión<sup>1</sup>.

En lo que podría considerarse una tercera etapa luego de la expedición de la Constitución Política de 1991, el Consejo de Estado señaló en sentencias como la del 29 de enero de 2012, de la Sección Tercera, Subsección A, con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón, Radicación No. 250002326000199510714-01, que había lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado en virtud de sentencia absolutoria derivada de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, de manera tal que aunque la privación de la libertad se hubiere producido con el lleno de las exigencias legales, *"lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso al reconocimiento de la obligación a cargo del Estado de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos –cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho*

<sup>1</sup> En este sentido, la Sección Tercera, Subsección C en Sentencia de 19 de octubre 2011, Exp. 19.151, precisó: "...no se avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. No quiere ello significar, entonces, que se estén modificando los efectos en el tiempo de una norma que se encuentra claramente abrogada. Sin embargo, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio *iura novit curia*, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma (...)"

*exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la medida de aseguramiento"*

A partir de allí, resultó que en aquellos casos en los cuales resultaba aplicable el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 (el hecho no existió, el sindicato no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible), por haberse configurado la libertad de una persona bajo los supuestos previstos en dicha norma, o en el caso de la absolución por la aplicación del *in dubio pro reo*, se acogía el criterio objetivo, con fundamento en que la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluye la investigación o es absuelta por estas causales, sin que resultara relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia.

No obstante lo anterior, si se presentaba un evento no contemplado dentro de aquellas cuatro (4) causales, debía analizarse si la medida que afectó la libertad fue impartida "injustamente" (C-037/96), caso en el cual el ciudadano debía ser indemnizado por no estar en el deber jurídico de soportarla, acudiendo entonces al régimen de la falla del servicio.

Esta postura hizo camino en la Sección Tercera, con especial énfasis a partir de la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013 (expediente 23.354), en la que se aclaró que el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 era un referente que precisaba los eventos de privación injusta de la libertad, pero que no podía entenderse como una limitante a la responsabilidad del Estado, ya que dicha responsabilidad surge directamente del canon constitucional previsto en el artículo 90, eficaz por sí mismo para edificar la responsabilidad del Estado en esta materia. Esta sentencia indicó que por regla general, bastaba con acreditar el daño, esto es, la privación de la libertad, que se consideraba antijurídica, cuando luego se precluía la investigación o se absolvía por las causales arriba citadas, sin que fuera necesario realizar un análisis respecto de la existencia de una falla del servicio, cuyo estudio se consideró entonces, excepcional.

Luego el 15 de agosto de 2018, se dictó la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46.947), que modificó y unificó la jurisprudencia en relación con la responsabilidad del Estado en casos de privación de la libertad, enfocando la responsabilidad del Estado a partir de la demostración de la antijuridicidad del daño (la detención) y haciendo obligatorio para el juez administrativo, la evaluación de la conducta del sindicato, para determinar si este había obrado con dolo o culpa grave, desde la perspectiva del derecho civil.

Esta sentencia de unificación fue dejada sin efectos por la sentencia de tutela de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección B del 15 de noviembre de 2019, al interior de la radicación 11001-03-15-000-2019-00169-01, y no se conoce que se haya emitido una sentencia de reemplazo.

Sin embargo, se sabe de al menos cuatro decisiones posteriores emanadas de la misma Sección Tercera, esta vez la Subsección C, dictadas entre los meses de

noviembre y diciembre de 2019<sup>2</sup>, en las que el Consejo de Estado, vuelve a señalar la necesidad de acreditar la antijuridicidad del daño de privación injusta de la libertad, señalando que la antijuridicidad no deviene automáticamente dada por una decisión de preclusión o de absolución en favor del sindicado, para lo cual se requiere analizar en primer lugar, la actuación judicial que dispuso la privación de la libertad y además se debe valorar la conducta del detenido. Específicamente, uno de tales fallos señaló:

*"Bajo la óptica de la cláusula general de responsabilidad contenida en la Constitución, no existe fundamento para favorecer un régimen de tinte marcadamente objetivo como el previsto en la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013 (Rad.23354) (...) en cuya ocurrencia la antijuridicidad del daño se consideraba de antemano presente y por tanto el análisis de la responsabilidad se simplificaba y con ello el de los elementos estructurales de la responsabilidad debiendo probarse únicamente la ocurrencia del daño mismo, es decir, de la privación material de la libertad, dejando de lado verificar si con la medida se contradice el ordenamiento jurídico o si esta se produjo al margen del derecho, régimen bajo el cual la única manera para el Estado de librarse de una condena era lograr probar alguna causal de justificación y, en particular, la culpa o hecho de la propia víctima, rompiendo la imputación de la responsabilidad y desestimando el deber de responder para la Administración.*

*Es en ese aspecto que se ha encontrado necesario reconducir esta fuente de responsabilidad buscando mayor cercanía y armonía con la teleología del artículo 90 Constitucional y por ello el análisis debe partir no solo de la verificación de la existencia del daño bajo su condición de elemento estructural, sino también de su antijuridicidad como condición sine qua non de la lesión indemnizable, que de suyo implica consultar el apego al ordenamiento jurídico de la orden de detención o privación, así como de la conducta de quien padece el daño en carne propia, para luego acreditar, si ello llega a hacerse necesario, los demás elementos de la responsabilidad, sin que de antemano, en tal juicio, deba privilegiarse alguno de los títulos de atribución en particular, que lo escogerá el juez en cada caso dependiendo de las particularidades del proceso en concreto"*<sup>3</sup>.

Dice más adelante la misma providencia:

*"...si la detención se realizó de conformidad con el ordenamiento jurídico, se entenderá que el daño carece de antijuridicidad y por lo tanto quien lo sufrió no tendrá derecho a que se le indemnicen los perjuicios por su padecimiento. Así, cuando el operador jurídico o el ente acusador levanta*

<sup>2</sup> Ver los fallos del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C, Radicados: 25000-23-26-000-2009-00250-01 (18393), 76001-23-31-000-2010-02027-01 (46921) y 25000-23-26-000-2011-00472-01 (47041) del 29 de noviembre de 2019 C.P. JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS y Radicación: 05001233100020110135401 (49447) del 11 de diciembre de 2019 C.P. NICOLÁS YEPES CORRALES.

<sup>3</sup> Sentencia del 11 de diciembre de 2019, radicación 05001233100020110135401 (49447) C.P. NICOLÁS YEPES CORRALES.

*la medida restrictiva de la libertad que pesaba sobre una persona, independientemente de la causa de dicha decisión, debe realizarse el análisis pertinente bajo la óptica del artículo 90 Superior, con el fin de identificar la antijuridicidad del daño que se discute.*

*En el anterior sentido, el primer examen debe hacerse sobre la medida cautelar misma, pues su apego a la normatividad implica la juridicidad de la afectación, que tiene un efecto definitorio de la solución jurídica que se otorgue a la demanda (...). Deberá establecerse si el detenido causalmente contribuyó y determinó con su actuar doloso o gravemente culposos la detención, para estimar si debe asumir las consecuencias de su actuación que pudo sentar las bases para que se adoptara la medida restrictiva de su libertad”<sup>4</sup>.*

Para no incurrir tampoco en el yerro de privilegiar un solo régimen de responsabilidad (el de la falla del servicio), la misma providencia señaló:

*“Esta concepción de la fuente de responsabilidad en comento, si bien encuentra amplia aplicación y desarrollo en la falla del servicio, que exige el estudio de la adecuada actuación del Estado a la hora de dictar la orden de detención contra una persona y por tanto el apego de dicha medida al ordenamiento jurídico, no excluye la posibilidad de estudiar la responsabilidad derivada de la restricción a la libertad de las personas bajo alguno de los otros títulos de atribución como ocurre con el daño especial, en eventos en los cuales el sindicado sufre injustificada e inmerecidamente los rigores de la medida adoptada en debida forma por el órgano competente, pero, en tales casos, ello resulta de aplicación residual frente a la falla del servicio y puede presentarse en situaciones en las cuales el mismo reo no dio pie a la adopción de la medida dictada en su contra, donde la actuación del Estado se ajustó al ordenamiento jurídico, pero se causó un desequilibrio de las cargas públicas respecto del administrado”<sup>5</sup>.*

## **5.2. Posición de la Corte Constitucional**

Por su parte, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia SU-072/18 del 05 de julio de 2018, advirtió, luego de hacer un recorrido histórico por las diferentes tesis que se han manejado al interior del Consejo de Estado en materia de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, que como valor, derecho y principio, la libertad no es absoluta, en tanto el derecho punitivo tiene la obligación de su protección, pero también la facultad de restringirla en casos puntuales a saber: para garantizar la comparecencia del investigado, para preservar las pruebas y cuando se busque proteger a la comunidad, especialmente a las víctimas.

En tal sentido, dijo la Corte Constitucional, que la medida de detención preventiva no se equipara a la pena, en tanto comporta un juicio menos riguroso y con ella no se busca sancionar a la persona por la comisión del delito, sino garantizar la

---

<sup>4</sup> Idem

<sup>5</sup> Idem

protección de unos fines constitucionales, sin que ello comporte una agresión al principio de presunción de inocencia.

Indicó también, que es posible predicar que la decisión de privar al investigado de la libertad ante eventos donde el hecho no haya existido o la conducta sea atípica, puede advertirse como irrazonable y desproporcionada, y en tales casos es factible aplicar el título de imputación objetivo, al demostrarse sin dificultad el daño antijurídico, en cuanto en estos eventos los jueces y fiscales tienen las herramientas jurídicas para definir con certeza y prontitud la existencia de estos eventos.

Ahora, en cuanto a los casos en donde se concluya que el procesado no cometió la conducta o se dé aplicación al in dubio pro reo, resulta de mayor cuidado el estudio del caso, pues ello exige un esfuerzo mayor, por lo que una condena automática del Estado, en estos supuestos, no sería adecuada. En síntesis indicó que *"el artículo 90 Superior permite acudir tanto a la falla del servicio como a un título de imputación objetivo, de esa manera, para decidir diferentes casos ha matizado posturas rígidas afirmando que el daño antijurídico no excluye la posibilidad de exigir la demostración de una actuación irregular del Estado"*.

Con las tesis imperantes, corresponde al Juez un estudio más juicioso y profundo alejado de fórmulas automáticas, que implica analizar de entrada la antijuridicidad del daño que se aduce irrogado como primer elemento de responsabilidad estatal en cualquiera de los regímenes de imputación, de cara a la legalidad de la decisión de privación de la libertad y la conducta asumida por quien fue privado de la libertad, para determinar si obró con culpa grave o dolo que hubiere dado lugar al inicio del proceso penal y a la decisión restrictiva de su libertad.

Por ende, a continuación se hace una breve mención a los presupuestos de legalidad de las medidas de aseguramiento bajo el sistema procesal penal vigente.

## **5. IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO VIGENTE**

Con respecto a la privación de la libertad de manera preventiva, es necesario precisar que frente a los requisitos para proferir medida de aseguramiento, la **Ley 906 de 2004**, que rige para los delitos cometidos a partir del **01 de enero de 2005**, señala que la medida de aseguramiento, será decretada por el Juez de Control de Garantías, cuando aparezca una inferencia razonable de autoría o participación del imputado en la conducta punible que se investiga con base en los elementos materiales probatorios, evidencia física y en la información legalmente obtenida. Además, deben reunirse unos presupuestos subjetivos relacionados con los fines constitucionales de la medida de aseguramiento (protección a la comunidad o la víctima, conjurar el riesgo de fuga del imputado y/o evitar que pueda obstruir el desarrollo del proceso)<sup>6</sup>.

De tener por acreditados esos presupuestos de orden probatorio y subjetivo, el juez de control de garantías estudiará la procedencia de la medida de aseguramiento si

<sup>6</sup> Ver artículos 308 y ss de la ley 906 de 2004.

esta es restrictiva de la libertad en establecimiento carcelario, de cara a los presupuestos objetivos referidos en el artículo 313 de la ley 906, modificado por el artículo 60 de la ley 1453 de 2011, tales como el quantum mínimo de la pena previsto para el delito, el juez de conocimiento competente, entre otros, entre otros, pudiendo sustituir la detención intramural por la de detención en el lugar de residencia señalado por el imputado, en los eventos enlistados en el artículo 314 de la Ley 906, modificado por el artículo 27 de la ley 1142 de 2007.

## 6. HECHOS PROBADOS

### • DEL PROCESO PENAL Y LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.

De acuerdo con las piezas procesales allegadas, las cuales forman parte del correspondiente proceso penal, se puede precisar por parte del Despacho que se encuentran probados los siguientes hechos:

- 6.1. En el caso concreto se logró establecer que el señor Marcos Andrés Hernández Monroy y su compañero sentimental, fueron capturados en flagrancia el 16 de marzo de 2016, durante la realización de una diligencia de registro y allanamiento ordenada por la Fiscalía 47 Seccional de Guamo Tolima al inmueble ubicado en la Carrera 4 No. 1-68 Barrio El Carmen del Guamo, pues al interior de la vivienda habitada por la pareja en mención, se halló en la habitación de los capturados, sustancia estupefaciente que al ser sometida al estudio conocido como prueba preliminar homologada P.I.P.H., fue identificada como Cannabis y sus derivados (marihuana) en cantidad neta de 15.4 gramos y positivo para cocaína y sus derivados con un peso neto de 9.9 gramos. Una vez realizado el procedimiento de captura, los indiciados fueron dejados a disposición de la Fiscalía General de la Nación (fls. 4-11, 50-54 67, 146-154, 169-175 cuaderno pruebas pte demandante)
- 6.2. El 16 de marzo de 2016 en audiencia concentrada ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías del Guamo, , se realizó la *"Legalización de orden de registro y allanamiento, legalización incautación de elementos, legalización de capturas, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento"*, dentro del proceso con radicado 7331960004812016-00009-00 - 733194089003-2016-00062-00 siendo indiciados el señor Marcos Andrés Hernández Monroy y el otro capturado, a quienes se les legalizó la captura en flagrancia, se les formuló imputación como presuntos coautores del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes previsto en el art. 376 del Código Penal y se les impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad, consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario (fls 88-91 cdo. pruebas pte. demandante)
- 6.3. El día 20 de abril de 2016, el Fiscal 47 Seccional de Guamo radicó escrito de acusación en contra del señor Marcos Andrés Hernández Monroy y del otro imputado, explicando que el día de los hechos (16 de marzo de 2016), el hoy demandante Marcos Andrés Hernández Monroy y el señor Yeferson Estid Rodríguez Díaz fueron sorprendidos y aprehendidos al interior de su

residencia, al ser hallada en el inmueble, unas sustancias estupefacientes identificadas la primera como cocaína y sus derivados con un peso neto de 9.9 gramos y la segunda como Cannabis y sus derivados (marihuana) en cantidad de 15.4 gramos, la cual fueron encontrada en la casa de habitación de los capturados. (fis 33-43 cdo. pruebas pte. demandante)

- 6.4. Mediante sentencia proferida en audiencia celebrada el 22 de noviembre de 2016, el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del Guamo, dictó sentencia absolutoria a favor del señor Marcos Andrés Hernández Monroy y el otro imputado. El argumento central de absolución consiste en que la FGN no demostró que las sustancias halladas en el lugar de habitación del demandante y su compañero, estuvieran destinadas para la venta, distribución o suministro a terceros, además que no se tuvo en cuenta que en el sitio residía otra persona y que la casa era frecuentada por otras personas de la comunidad LGTBI a la que pertenece el actor, así como los cobradores "gota a gota", entre otros. (fis 183-213 del cuaderno de pruebas parte demandante).
- 6.5. Obra en el expediente, la constancia expedida por el Director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario del Guamo en la que consta que el señor Marcos Andrés Hernández Monroy permaneció privado de la libertad en establecimiento carcelario entre el 22 de marzo al 7 de septiembre de 2016, esta última, por la expedición de la boleta de libertad No. 017 (fl. 235 cuaderno pruebas parte demandante).

## 7. ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD EN EL CASO CONCRETO

Luego de realizar las anteriores precisiones normativas y jurisprudenciales sobre el tema y de enlistar los hechos jurídicamente relevantes probados, es hora de analizar si en el presente caso están acreditados los presupuestos para imputar responsabilidad patrimonial al Estado, para lo cual conforme lo señala el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, se requiere de la concurrencia de varios elementos a saber: (i) el daño antijurídico sufrido por el extremo demandante, (ii) la imputabilidad jurídica y fáctica del mismo al Estado, en virtud de alguno de los regímenes tradicionalmente manejados por la jurisprudencia y, (iii) el nexo causal entre el daño y la actuación u omisión de la administración.

### ➤ ACREDITACIÓN DEL DAÑO

La jurisprudencia Contencioso - Administrativa ha definido el daño antijurídico como *"la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho"*, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que *"el ordenamiento jurídico no le ha*

*impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación*<sup>7</sup>.

También ha indicado que dicho daño tiene como características *que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable<sup>8</sup>, anormal<sup>9</sup> y que se trate de una situación jurídicamente protegida<sup>10</sup>.*

A su vez, la jurisprudencia constitucional considera *que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución"*<sup>11</sup>.

En el caso concreto se logró establecer que el señor Marcos Andrés Hernández Monroy fue capturado el 16 de marzo de 2016 y que estuvo privado de la libertad con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, con ocasión de un proceso penal adelantado en su contra, desde el día **16 DE MARZO AL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2016**— fecha esta última en que se dio cumplimiento a la orden de libertad emitida por el Juzgado Penal del Circuito de con funciones de conocimiento de Guamo.

Así las cosas, el daño se concreta en la privación de la libertad de la cual fue objeto el señor Marcos Andrés Hernández Monroy, durante el mentado periodo de tiempo, sin que pueda catalogarse como antijurídico, hasta tanto se analicen **las circunstancias de hecho y de derecho que conllevaron a la imposición de la medida de aseguramiento.**

Para ello, se tiene probado que el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal con función de control de garantías del Guamo, en audiencia preliminar celebrada el día 16 de marzo de 2016, impartió legalidad a la captura en situación de flagrancia del señor Marcos Andrés Hernández Monroy, a la formulación de imputación de cargos que le hizo la FGN por la presunta comisión del punible de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, a título de coautor y además impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión en contra del citado ciudadano.

En la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, el Fiscal 47 Seccional del Guamo pidió la imposición de detención preventiva en establecimiento carcelario, con base en los argumentos que se pueden escuchar en la audiencia preliminar en audio a folio 87 del cuaderno de pruebas de la parte demandante.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santalino Gamboa, Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012), Radicación número: 68001-23-15-000-1997-03572-01(22366).

<sup>8</sup> Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

<sup>9</sup> "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio", Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

<sup>10</sup> Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que "la antijuridicidad del dano no se produce porque exista violación de deberes jurídicos", definiéndose como *"violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere"*, DIEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual, ob. cit., p.298.

Del registro de la audiencia, se tiene que por parte de la Fiscalía se acreditó ante el Juez de garantías, los 3 presupuestos para la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad en contra del hoy demandante señor Marcos Andrés Hernández Monroy, señalados en los artículos 308, 310 y 313 de la Ley 906, estos son: i) la inferencia razonable de su autoría o participación en el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes que se le imputó a título de coautor, al acreditarse con los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos hasta entonces, que el señor Marcos Andrés Hernández Monroy residía en el lugar donde fueron halladas las sustancias estupefacientes (marihuana y cocaína) ii) la necesidad de la medida de aseguramiento para cumplir con el fin constitucional de protección a la comunidad cuya salud pública se había puesto en peligro, en especialmente de menores de edad y iii) la procedencia de la medida desde el punto de vista objetivo, dado el quantum de la pena mínima prevista para el delito imputado que superaba los 4 años de prisión, siendo una conducta perseguible de oficio. (minuto 1:39:17 a minuto 1:54:56 archivo de datos denominado 7331960004812016-00009-00 folio 87 cdo. pruebas de oficio)

Se destaca que, a favor del señor Marcos Andrés Hernández Monroy se dictó sentencia absolutoria por parte del Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento del Guamo, con base en que *"no hay certeza que el estupefaciente encontrado estuviera siendo conservado por ellos solo para el fin de expendir, cuando en el sitio vivía otra persona, y en particular ni siquiera los hallazgos se realizaron al interior del dormitorio de Marcos Andrés Hernández y Yeferson Estid Rodríguez, a su vez, esa residencia era frecuentada por amistades, luego, no hay certeza que la acción "conservar" estuviera siendo desarrollada por ellos, de otra parte se carecen de elementos probatorios que demuestren la antijuridicidad de las demás acciones imputadas y concomitantes con ello, la afectación al bien jurídico de la salud pública"*. (Fl. 183-211 C. pruebas parte demandante).

Sin embargo, a la hora de imponer la medida de aseguramiento, se contaba con elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, que permitían inferir que el entonces imputado podía ser coautor del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, al ser capturado al interior de su vivienda, en donde se halló la sustancia vegetal, que luego de ser sometida a la prueba de identificación conocida como PIPH, resultó positiva para cannabis y sus derivados en cantidad de 15.4 gramos (*dentro del límite de dosis personal fijado en 20 gramos*) y cocaína y sus derivados en cantidad de 9.9 gramos (*superior al límite de dosis personal fijado en 1 gramo*), lo que no daba a pensar otra cosa distinta a algún grado de participación del señor Marcos Andrés Hernández Monroy en el punible que fue advertido por los policiales que realizaron el allanamiento ordenado por la FGN como consecuencia de una denuncia ciudadana, por lo que puede decirse con base en las reglas de la sana crítica, que se reunían las exigencias de la flagrancia establecida en el artículo 301 numeral 1º de la Ley 906 y de contera, la inferencia de coautoría o participación del demandante y que determinaron junto con los aspectos objetivos y subjetivos ya vistos, que le fuera restringida su libertad.

Bajo este hilo conductor, el Despacho concluye que:

1. No aparece prueba de que la privación de la libertad del demandante hubiese constituido un daño antijurídico, toda vez que se aprecia que al momento de proferir el Juez de Control de Garantías la medida de aseguramiento valoró cabalmente los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida y aportada hasta ese momento por parte de la Fiscalía General de la Nación y que efectivamente permitían inferir que era coautor del delito imputado, así como que la medida era necesaria para proteger a la comunidad, en otras palabras, no se aprecia ninguna actuación irregular en la decisión judicial que restringió el derecho a la libertad del demandante.
2. El Despacho no puede entrar a catalogar como gravemente culposa y mucho menos dolosa la actividad desplegada por el señor Marcos Andrés Hernández Monroy, pues finalmente resultó que no se logró demostrar que las sustancias allí encontradas eran comercializadas o suministradas a terceros pese a que la cocaína hallada lo fue en una dosis superior a la permitida, y que en la vivienda residía otra persona, la misma no pasaría de ser la culpa leve que describe el Código Civil por no cerciorarse de lo que se guardaba dentro de su vivienda.
3. Sin embargo, aunque el actor no haya obrado con culpa grave o dolo, lo cierto es que en el sub lite la flagrancia estaba clara al momento de la captura y los requisitos objetivos y subjetivos para la imposición de la medida de aseguramiento fueron también acreditados ante el Juez de Control de garantías, quien valoró en debida forma todas las circunstancias conocidas hasta ese entonces y fue solo en etapa de juicio que se logró desvirtuar al teoría del caso presentada por la Fiscalía General de la Nación por cuanto el Juez de Conocimiento consideró que no existían los medios probatorios para establecer que el ahora actor era el responsable del delito imputado, puesto que no se logró establecer que las sustancias estuvieran siendo conservadas para fines de expendio o comercialización, más aun teniendo en cuenta que en la vivienda residía otra persona que no se encontraba al momento de la diligencia de allanamiento y que la sustancia no fue hallada en la habitación del señor Marcos Andrés Hernández Monroy.

En consideración a lo anterior, la restricción del derecho a la libertad del señor Marcos Andrés Hernández Monroy, fue razonada y justificada y no comportó una carga superior a la que como ciudadano debía soportar, al haberse adoptado con apego a la normatividad vigente y de cara a los elementos materiales probatorios con que se contaban en la audiencia preliminar de imposición de medida de aseguramiento, lo que trae como consecuencia la imposibilidad de catalogarla como antijurídica, como primer elemento de la responsabilidad del Estado.

En vista de lo anterior, habrán de denegarse las pretensiones de la demanda.

## **8. CONDENA EN COSTAS**

El artículo 188 del C.P.A.C.A. señala:

*“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.”*

Al resultar denegatorias las pretensiones de la demanda y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte accionada, ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018<sup>12</sup>, verificando en consecuencia que las entidades demandadas desplegaron actividades en pro de su defensa con la contestación de la demanda, asistencia de sus apoderados a las audiencias inicial y de pruebas y la presentación de alegatos de conclusión escritos para el caso de la FGN, razón por la cual se fija la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) por concepto de agencias en derecho a favor de las entidades demandadas en partes iguales, y se ordena que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE:

**PRIMERO: DENEGAR** las pretensiones de la demanda promovida por Marcos Andrés Hernández Monroy y otros contra la Nación – Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, conforme lo indicado en parte considerativa de este proveído.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte accionante. Tásense, tomando en cuenta como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) a favor de las demandadas en partes iguales. Líquidense por Secretaría.

**TERCERO:** Ejecutoriado el presente fallo, archívese el expediente, previa las anotaciones de rigor.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL  
Jueza

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 75001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).