

Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: Reparación Directa
Demandantes: Donaldo Alberto Mayorga Bermúdez y otros
Demandados: Nación – Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación
Radicación: 73001-33-33-003-2017-00429-00

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 Donaldo Alberto Mayorga Bermúdez, quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo menor Samuel Mayorga Rodríguez; Leidy Marcela Rodríguez Polo; Lucerito Mayorga Bermúdez, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos Luis Fernanda Montes Mayorga y Enmanuel Montes Mayorga; María Hermencia Mayorga de Perdomo; Edwin Hernando Mayorga Echeverry; Yadira Mayorga Bermúdez; María Soir Bermúdez Nieto; Hernando Mayorga Cubillos; Darlina Bermúdez Nieto; Sama Mayorga Bermúdez y Gloria Tafur Mayorga, en contra de la Nación – Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, en adelante FGN.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES (Fol. 76)

- 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 Donaldo Alberto Mayorga Bermúdez, desde el día 26 de mayo de 2013 y hasta el 2 de diciembre de 2015.
- 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. 77-80)

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

- 2.1. Pedro Pablo Mayorga y Paulina Cubillos tienen como hijos a Pedro Eliseo, Hernando y María Hermencia Mayorga Cubillos.
- 2.2. Eduardo Bermúdez y Ana Nieto son los padres de Darlila y María Soir Bermúdez Nieto.
- 2.3. Pedro Eliseo Mayorga Cubillos (q.e.p.d.) y Darlila Bermúdez Nieto sostuvieron una relación de la cual nacieron Samara, Yadira, Lucerito y Donaldo Alberto Mayorga Bermúdez.
- 2.4. El señor Donaldo Alberto Mayorga Bermúdez y la señora Leidy Marcela Rodríguez Polo contrajeron matrimonio y de esa unión nació Samuel Mayorga Rodríguez.
- 2.5. Los señores Hernando Mayorga Cubillos y Gladys Echeverry Castrillón son los padres de Edwin Hernando Mayorga Echeverry.
- 2.6. Samara Mayorga Bermúdez y Yury Tafur Sánchez son los padres de Gloria Tafur Mayorga.
- 2.7. Lucerito Mayorga Bermúdez y Fernando Montes Holguín son los padres de Luisa Fernanda Montes Mayorga y Enmanuel Montes Mayorga.
- 2.8. Donaldo Alberto Mayorga Bermúdez debió soportar un proceso penal que culminó con sentencia de primera instancia proferida el día 2 de diciembre de 2015 por el Juzgado Penal del Circuito de Chaparral, por el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego en concurso con hurto calificado y agravado.
- 2.9. El demandante, estuvo privado de la libertad bajo detención intramural y domiciliaria desde el 26 de mayo de 2013 hasta el 27 de noviembre de 2014, es decir, 18 meses y 1 día, lo que ocasionó perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación a este y su núcleo familiar.
- 2.10. Dado el proceso penal, el señor Mayorga Bermúdez se vio en la necesidad de contratar los servicios profesionales de un abogado para que ejerciera su defensa, cuyos honorarios fueron pagados conforme la tabla establecida por "CONALBOS" correspondiente a 13 SMLMV para el 2013.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. NACIÓN – RAMA JUDICIAL (Fol. 98-104)

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando frente a los hechos, que no le constan y por tal razón se atiende a lo que resulte probado en legal forma dentro del proceso.

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 con Función de conocimiento, profirió sentencia absolutoria a favor del aquí demandante, por no existir mérito para condenar, lo que indica que la FGN no logró la demostración más allá de toda duda razonable, lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley 90 de 2004. Así las cosas, la teoría presentada por la FGN al inicio del juicio oral, no encontró respaldo en las pruebas legalmente recaudadas y arrimadas al proceso, por cuanto, además tuvo falencias de tipo probatorio, que conllevaron a que el Juez no pudiese emitir sentencia condenatoria.

En la audiencia de imputación e imposición de medidas de aseguramiento que estuvo a cargo del Juez con Funciones de Control de Garantías, de conformidad con las pruebas aportadas, se podía inferir de manera razonada la

responsabilidad del imputado en el delito indilgado, lo que conllevó a la imposición de medida de aseguramiento contra el accionante, de manera que el resultado dañoso no es responsabilidad de la Rama Judicial por ausencia de nexo causal, toda vez que la privación de la libertad, desde el punto de vista material, fue producto de la actuación del ente investigador.

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. 109-132)

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 o 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 daño emergente debe ser denegado porque el demandante no prueba ni aporta documento que acredite el pago de honorarios de abogado; en igual sentido el denominado daño a la vida en relación, pues el mismo se refiere a aquellas prerrogativas que sobrepasan la esfera de lo corporal del sujeto afectado, tales como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, entre otras.

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 Donaldo Alberto Mayorga Bermúdez, pues a este, se le brindaron todas las garantías procesales durante la instrucción.

Propuso además las de "*Ausencia del daño antijurídico e inimputabilidad del mismo a la Fiscalía General de la Nación*", "*Falta de legitimación material en la causa por pasiva*" "*cumplimiento de un deber legal*", y "*Culpa Exclusiva de la víctima*", ésta última argumentada en que el demandante tuvo responsabilidad en la privación, pues finalmente hizo los retiros de las víctimas de extorsión y su sentencia absolutoria no fue producto de su inocencia, sino porque no logró demostrarse que tenía conocimiento de la procedencia de los dineros; las restantes excepciones 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 18 de diciembre de 2017, admitida por el Juzgado a través de auto fechado 12 de febrero de 2018, disponiendo lo de Ley (Fol. 88). Vencido el término para contestar la demanda, mediante auto del 14 de diciembre de 2018, se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (Fol. 157), la cual se llevó a cabo el día 2 de abril de 2019, en ella se realizó el saneamiento del proceso, se analizaron los requisitos de procedibilidad, se fijó el litigio, se evacuó el trámite correspondiente a las posibles fórmulas de conciliación, sin que las partes llegaran a un acuerdo y se decretaron pruebas, instalándose el mismo día la audiencia de pruebas recaudándose las pruebas testimoniales (Fol.161-163) y al quedar pendiente únicamente el recaudo de pruebas documentales se corrió traslado por escrito de las mismas en fecha posterior(Fol.169).

Al considerarse innecesario el adelantamiento de audiencia de alegaciones y juzgamiento, se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión (Fol.170) dentro de los 10 días siguientes, conforme lo dispone el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, derecho del cual hicieron uso las partes así:

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Parte demandante (Fol. 2171-185)

Reiteró los argumentos esgrimidos en el libelo introductorio, igualmente trajo a colación diversas providencias del Consejo de Estado en las que se ha condenado a la Nación al pago de perjuicios por haberse declarado su responsabilidad patrimonial en casos de privación injusta de la libertad y sobre los conceptos que a título de reparación solicita.

5.2. Rama Judicial (Fol. 187)

El apoderado se ratificó en todas y cada una de las razones de hecho y de derecho expuestas en la contestación de la demanda y reitera su petición de absolver de todo cargo a la entidad que representa.

5.3. Fiscalía General de la Nación (Fol. 188-194)

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.

Así las cosas, 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 *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Se concentra en determinar si la privación de la libertad del señor Donaldo Alberto Mayorga Bermúdez, puede considerarse como injusta y como consecuencia de ello si la Nación- Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación son administrativas, patrimoniales y solidariamente responsables de los perjuicios pecuniarios y no pecuniarios, que se alega sufrieron los demandantes.

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.

4.1. 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 *Ibídem*, 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 decisión¹.

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 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 sindicado 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.

¹ 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 (...)”.

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 sindicado, 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, siendo proferida sentencia de reemplazo el 6 de agosto del año en curso.

Durante el lapso transcurrido entre la sentencia de tutela y el fallo de reemplazo, 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 2019², 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

² Ver los fallos del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C, Radicados: 25000-23-26-000-2009-00250-01 (48393), 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 RODRÍGUEZ NAVAS y Radicación: 05001233100020110135401 (49447) del 11 de diciembre de 2019 C.P. NICOLÁS YEPES CORRALES.

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 concreto³.

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 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 culposo 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”⁴.

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

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

⁴ Ídem

“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”⁵.

Finalmente, en sentencia del 6 de agosto del año en curso, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, profiere sentencia de reemplazo en la que hace un recuento de las providencias que sobre privación injusta de la libertad ha dictado la Honorable Corte Constitucional, para concluir:

“Así las cosas, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Como se advirtió en precedencia, el daño es el primer elemento que debe acreditarse en el análisis de imputación⁶, por cuanto constituye la causa de la reparación; no obstante, pese a su existencia, es posible que no haya lugar a declarar la responsabilidad estatal, en las hipótesis en que “existe pero no se puede atribuir al demandado (...), el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre”⁷.

En la providencia, el Consejo de Estado hace un análisis de los requisitos de la medida de aseguramiento y los coteja con los elementos materiales probatorios y la evidencia física recaudada por parte de la Fiscalía General de la Nación dentro de la investigación penal y que la llevaron a solicitar ante el Juez de Garantías la imposición de medida de aseguramiento y de la imposición de esta por parte del juez, todo con el fin de que el Juez de lo

⁵ Ídem

⁶ El daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil” (Hinestrosa, Fernando: “Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa”, citado por HENAO, Juan Carlos: “El daño”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 36).

⁷ HENAO, Juan Carlos: *Op. Cit.*, p. 38.

contencioso administrativo pueda determinar “si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada, o en otros términos, si devino o no en injusta”, es así como indicó:

“Así las cosas, es evidente que aunque no se citó Ley 600 de 2000, para precisar los requisitos de la medida de aseguramiento, lo cierto es que al cotejar estos últimos con los medios de prueba que tenía la Fiscalía hasta ese momento de la instrucción, cabe concluir que aún de haberlos invocado, sí cumplió con la exigencia del Código de Procedimiento Penal aplicable, puesto que tenía los suficientes elementos probatorios e indiciarios (incluso más de los 2 exigidos en el artículo 356) que le permitían inferir razonablemente la posible participación de la demandante en la comisión de las conductas delictivas antes mencionadas, tal como se ha precisado”. (Resaltado del Despacho)

(...)

Así las cosas, resulta evidente que la medida restrictiva de la libertad impuesta a la citada señora, con independencia del debate relacionado con la normativa que gobernaba el asunto, no desbordó los criterios de proporcionalidad ni de razonabilidad inherentes a la adopción de este tipo de decisiones, toda vez que existían varios indicios serios de responsabilidad y pruebas en su contra que la justificaban, tal como se ha revelado.

(...)

En ese orden de ideas, se concluye que no se demostró que las entidades demandadas hubieran incurrido en falla alguna en el servicio, pues las decisiones y medidas que restringieron la libertad de la señora Martha Lucía Ríos Cortés, lejos de ser arbitrarias e irracionales, se sustentaron para la época en que se impusieron, en la ley y en las pruebas legal y oportunamente aportadas al proceso penal, en armonía con las circunstancias y elementos con los que se contaba al momento de proferirlas. Finalmente, como lo revela el análisis precedente, no se hace necesaria la valoración de la culpa exclusiva de la víctima, como causal eximente de responsabilidad, tal como lo indicó el fallo de tutela que ha ordenado emitir este nuevo pronunciamiento, toda vez que en el presente asunto no se superó el supuesto de acreditar el título de imputación⁷⁵, aspecto que es necesario para el análisis ordenado, y que tal como lo mencionó el mismo juez del amparo, escapa al ámbito de esa decisión.”

4.2. 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 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)⁸.

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 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.

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 Donaldo Alberto Mayorga Bermúdez fue capturado en flagrancia por integrantes de la Policía Nacional el **26 de mayo de 2013** en el corregimiento Santiago Pérez del municipio de Ataco Tolima. (Fol.157 cdo. pruebas parte demandante)
- 6.2. El día **27 de mayo de 2013** se realizó ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Chaparral, audiencia concentrada, en donde se legalizó la captura, se formuló imputación e impuso medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria al señor Mayorga Bermúdez. (Fol 156-162 cdo. pruebas parte demandante)
- 6.3. En la ya antes mencionada audiencia, se solicitó por parte de la FGN la medida de aseguramiento en centro carcelario, pedimento de privación transitoria de la libertad que fue acogido por el Juez Segundo Penal Municipal con Función de Garantías, sin embargo se impuso detención domiciliaria. (fl.161-162 cdo pruebas parte demandante)
- 6.4. Que los hechos materia de investigación en el proceso penal, tuvieron su origen en hechos ocurridos en la estación de gasolina La Maye en Santiago Pérez, siendo víctimas Yuli Magaly Rodríguez y Campo Elías Díaz, quienes fueron amenazados con un revolver por un individuo que llegó a tanquear la moto y en el momento en que hacían el arqueo,

⁸ Ver artículos 308 y ss de la ley 906 de 2004.

amenazó a la persona que atendía la estación de servicio y a un menor de edad y luego huyó en una moto de placas WRI-15C. siendo perseguido y capturado con otra vestimenta, hallándosele en su poder e incautándosele \$225.000 pesos, además de ser reconocido por las víctimas cuando este ya se encontraba en la estación de policía (fl. 157 cdo pruebas parte demandante)

- 6.5.** La solicitud hecha por la FGN y la decisión tomada por el Juez de control de garantías de imponer la medida de aseguramiento, tuvo como fundamento, según el acta de la audiencia, que la solicitud del Fiscal se hizo *“de acuerdo al art. 313 numeral 2 y Art. 304, 310 el imputado es un peligro para la sociedad, hace alusión al Art., 308 y por lo anterior es necesaria la medida de aseguramiento que solicita esta fiscalía por estas razones el señor DONALDO ALBERTO MAYORGA BERMÚDEZ es un peligro para la sociedad”*, y por su parte sobre la decisión adoptaba por el Juez de Garantías se lee: *“Hace mención del Art. 28 de la Constitución Nacional relacionado con el derecho fundamental a la LIBERTAD personal. Realiza un análisis conjunto de normas para establecer que los amplificadores del tipo penal si modifican el tipo penal básico y que dada la gravedad y modalidad de la conducta considera que se reúnen los presupuestos señalados en los Art. 306,308,310,313,314 de la Ley 906/2004, modificado por la Ley 1453/2011 Art. 60, 65 para imponer a DONALDO ALBERTO MAYORGA BERMÚDEZ, MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD consistente en DETENCIÓN DOMICILIARIA ...”* (fls 161-162 cdo. pruebas parte demandante)

Pese a que en el plenario no obra el registro audiovisual de la audiencia concentrada, el despacho debe realizar, conforme lo ha señalado el Consejo de Estado en la providencia del 6 de agosto de 2020, un análisis detallado de las pruebas que obran dentro del plenario.

Así entonces, dentro de los EMP, EF y la información legalmente obtenida, que obra en el proceso penal, se encuentra el informe ejecutivo FPJ-3- elaborado por parte del PT Alejandro Tique Martínez, en el que se narran los hechos y frente a la captura del señor Mayorga Bermúdez, se dice allí: *“SIENDO APROXIMADAMENTE LAS 20:30 HORAS DEL DÍA 25-05-13 LLEGO UN CIUDADANO A LA ESTACIÓN DE POLICÍA INFORMANDO MEDIANTE VOCES DE AUXILIO QUE EN LA ESTACIÓN DE SERVICIO LA MAYE LA HABÍAN HURTADO, DE INMEDIATO NOS DESPLAZAMOS AL LUGAR INDICADO DONDE TOMAMOS CONTACTO CON EL SEÑOR CESAR AUGUSTO DÍAZ, ADMINISTRADOR DE LA ESTACIÓN DE SERVICIO Y LA SEÑORA YULY MAGALLY RODRÍGUEZ CÓNYUGE DEL ANTES MENCIONADO, ESTOS NOS INFORMAN QUE FUERON VÍCTIMAS DE HURTO CON ARMA DE FUEGO TIPO REVOLVER, POR UN SUJETO QUE VISTE ROPA NEGRA, DE PLACAS UIR-15C; MISMA FORMA MANIFIESTAN QUE ESTA PERSONA LLEGO A SOLICITAR SERVICIO DE TANQUEO MOMENTOS EN QUE LA VÍCTIMAS SE ENCONTRABAN REALIZANDO ARQUEO DEL DÍA, ACUDIENDO A ESTE LLAMADO EN ESE MOMENTO LA SEÑORA YULY MAGALLY RODRÍGUEZ ABRE LA PUERTA Y ESTE LE PASA UN SOBRE DE CARTA CON UN DOCUMENTO Y DE LA MOCHILA DE*

FIQUE COLOR AMARILLA UN ARMA DE FUEGO COLOCÁNDOSELA A LA (ILEGIBLE) DEL ABDOMEN DE LA SEÑORA YULY Y EXIGIENDO LE ENTREGARAN TODO EL DINERO, EN MOMENTOS SE LE ACERCO EL HIJO DE LA SEÑORA DE APROXIMADAMENTE 2 AÑOS DE EDAD Y LE (ILEGIBLE) REVOLVER EN LA CABEZA AL MENOR CON EL FIN DE INTIMIDARLOS SIN OPENER (SIC)

(...)

DEL CORREGIMIENTO DE SANTIAGO PÉREZ CONDUCE AL MUNICIPIO DE ATACO MINUTOS DESPUÉS EN LA VEREDA LAS SEÑORITAS NOS INFORMAN QUE EL SUJETO EFECTIVAMENTE ACABABA DE PASAR POR ESE SECTOR DONDE MANIFIESTAN QUE UNA CAMIONETA DE COLOR BLANCO DONDE SE MOVILIZA EL SEÑOR CAMPO ELÍAS DÍAZ, PROPIETARIO DE LA ESTACIÓN DE SERVICIO LA MAYE ESTA TRAS EL SUJETO, APROXIMADAMENTE A LAS 20:45 HORAS SE LE DIO ALCANCE A LA CAMIONETA A LA ALTURA DE LA VEREDA MESA DE POLE, IGUALMENTE A LA MOTOCICLETA UIR-15C CONDUCTIDA POR UN SUJETO DONDE EFECTIVAMENTE SE ENCONTRABA LA VESTIMENTA DESCRITA POR LAS VICTIMAS, AL NOTAR LA PRESENCIA DE LA PATRULLA POLICIAL EL SUJETO EN UNA MANIOBRA RÁPIDA ABANDONA LA MOTOCICLETA DEJÁNDOLA TIRADA EN LA VÍA Y EMPRENDE LA HUIDA INGRESANDO POR UN SOLAR Y POSTERIORMENTE A LA ZONA BOSCOSA, SE PROSIGUE CON LA BÚSQUEDA HACIA DONDE INGRESO EL SUJETO ENCONTRANDO SOBRE EL TRAYECTO UN CASCO CERRADO, COLOR NEGRO Y MAS ADELANTE (01) MOCHILA EN FIQUE, COLOR BEIS LA CUAL CONTIENE (02) DOS CHALECOS REFLECTIVOS MARCA AKT Y (01) UN IMPERMEABLE DE COLOR NEGRO CON FRANJAS FLUORECENCENTES (SIC) EN LAS SUBMANGAS, ; CONTINUANDO LA BÚSQUEDA DEL SUJETO POR UN TIEMPO DE DOS HORAS, EN LA ZONA BOSCOSA DEL SECTOR EN COMPAÑÍA DE MORADORES DEL SECTOR, NOS INFORMA LA CIUDADANÍA DE ESTA VEREDA QUE ESA PERSONA FUE VISTA VÍA A LA VEREDA LA CEIBA, AVERIGUAMOS CON LOS MORADORES DEL SECTOR HACIA QUE SITIO QUEDABA ESTA VEREDA QUIENES MANIFIESTAN QUE ES UN POCO RETIRADO Y QUE LA ENTRADA ES POR EL SECTOR DE LAS HAMACAS Y QUE POSIBLEMENTE SE ENCUENTRA EN LA FINCA LOS OLIVOS DONDE RESIDE EL SEÑOR TOBÍAS, GUARDANDO LOS RIESGOS CALCULADOS NOS DESPLAZAMOS HACIA MENCIONADA VEREDA, REALIZANDO LABORES DE VECINDARIO FINCA A FINCA QUE NOS INDICARAN DONDE QUEDABA UBICADA LA FINCA DE DON TOBÍAS, LLEGANDO AL LUGAR INDICADO, EFECTIVAMENTE SE ENCONTRABA UN SUJETO QUE SALE DE LA RESIDENCIA Y NOS ABORDA QUIEN VISTE PANTALONETA ROJA, CAMISETA A RAYAS CON FRANJAS ROJAS, AZUL Y BLANCO Y COLOR NEGRO, IDENTIFICÁNDOSE COMO **DONALDO ALBERTO MAYORGA BERMÚDEZ**, IDENTIFICADO CON CC N° 18.401.574 DE CALARCÁ QUINDÍO, MANIFESTANDO QUE ERA EL DUEÑO DE LA MOTOCICLETA Y QUIEN CONDUÍA LA MISMA QUE HABÍA DEJADO ABANDONADA SOBRE LA VÍA EN LA VEREDA MESA DE POLE, AL ENTREVISTARNOS CON LA SEÑORA **YISELA MOLANO** IDENTIFICADA CON CC N° 28.538.266 DE IBAGUÉ, 32 AÑOS DE EDAD, RESIDENTE EN LA FINCA LOS OLIVOS, NOS MANIFIESTA QUE ESA PERSONA NO ES DE ESE SECTOR Y QUE LLEGO A SU RESIDENCIA SOLICITANDO AYUDA MANIFESTÁNDOLE QUE UNOS TIPOS DE UNA CAMIONETA DE COLOR BLANCA LO ESTABAN SIGUIENDO PARA HURTARLE LA MOTOCICLETA, MISMA

FORMA NOS MANIFIESTA QUE ESTA PERSONA LLEGO VESTIDA DE JEAN OSCURO, BOTAS PANTANERAS COLOR NEGRO, SUETER DE COLOR OSCURO MANGA LARGA Y ELLOS LE PRESTARON LA COLABORACIÓN DE DEJARLO EN SU RESIDENCIA, LA SE;ORA (SIC) ANTES EN MENCIÓN NOS PERMITE EL INGRESO A LA HABITACIÓN DONDE SE ENCONTRABA ALOJADO EL SUJETO ENCONTRANDO ALLI LA VISTEMENTA (SIC) CON LA CUAL FUE VISTA Y QUE CORRESPONDÍA CON LAS CARACTERÍSTICAS DEL HURTO, AL VERIFICAR LAS PERTENENCIAS SE HALLO LA SUMA DE \$227.000, EN EFECTIVO (...) DENTRO DEL PANTALÓN DE JEAN AZUL OSCURO EN EL BOLSILLO DERECHO DE IGUAL FORMA DENTRO DEL PANTALÓN QUE SE ENCONTRABA MOJADO, LICENCIA DE TRANSITO DE N° 10004308356 DE PLACA UIR15C MARCA AKT MODELO 2013 DE COLOR NEGRO PROPIETARIO MAYORGA BERMÚDEZ DONALDO ALBERTO (...) UN SUETER DE COLOR OSCURO EL CUAL SE ENCONTRABA MOJADO, CAMISETA A RAYAS CON FRANJAS ROJAS, AZUL Y BLANCO BOTAS PANTANERAS COLOR NEGRO, NO HALLANDO EL ARMA DE FUEGO UTILIZADA PARA COMETER EL HECHO(...)(fls 183-186 cdo pruebas parte demandante)

Se encuentra igualmente la entrevista realizada por la Policía Judicial a la señora Yuly Magaly Rodríguez Gutiérrez en la que narra los hechos así: (...) EL DÍA 15 DE MAYO SIENDO LAS 20:00 HORAS, YO ME ENCONTRABA HACIENDO REGISTRO DE LAS MAQUINAS EN COMPAÑÍA DE MI ESPOSO CESAR AUGUSTO DÍAZ Y DE MI HIJO, CUANDO ESCUCHE QUE LLEGO UNA MOTOCICLETA Y TOCARON LA PUERTA, MI ESPOSO DIJO “A LA ORDEN” Y NADIE DIJO NADA, VOLVIERON Y GOLPEARON Y MI ESPOS (SIC) NUEVAMENTE DIJO “A LA ORDEN” UNA VOZ DE SEXO MASCULINO DIJO GASOLINA, YO ABRÍ LA PUERTA CUANDO OBSERVE UN INDIVIDUO CON CASO PUESTO, QUE DE MANERA TEMBLOROSA, MOSTRANDO MIEDO ME ENTREGO UN SOBRE DE MANILA Y ME DIJO “HAY LE MANDARON ESTO Y QUE ME ENTREGUE TODA LA PLATA QUE TIENE HAY (SIC), CUANDO LE RECIBE EL SOBRE ME SACO UN REVOLVER Y ME APUNTO EN EL ESTOMAGO, YO ME QUEDÉ QUIETA Y LE DIJE QUE CUAL PLATA, EL ME DECÍA LA PLATA QUE TIENE HAY (SIC), DESPUÉS MI HIJO SALIÓ, YO ME QUITE PARA QUE EL NIÑO NO SE ENTRARA A LA CASA, ESTE INDIVIDUO LE APUNTO A MI HIJO Y AL VER QUE YO ME QUITE SE ENTRO, CUANDO ENTRO VIO A MI ESPOSO CONTANDO LA PLATA, MI ESPOSO LE PASO LA PLATA, ESTE SEÑOR SE DEVOLVIÓ SE DIRIGIÓ HACIA SU MOTOCICLETA Y NOS DIJO QUE NO NOS FUÉRAMOS A PONER DE SAPOS... EL RESTO NO LO ESCUCHE, ESTE SEÑOR PRENDIÓ SU MOTOCICLETA Y SE FUE CON DIRECCIÓN HACIALA VÍA QUE CONDUCE A ATACO, UN VECINO QUE SALIA DE SU CASA, MI ESPOSO LO VIO Y LE GRITO QUE LE DIJERA A LA POLICÍA QUE HABIA UN LADRÓN Y QUE NOS ROBO TODA LA PLATA, MI ESPOSO SACO LA MOTO Y SE FUE A AVISARLA A LA POLICÍA, MINUTOS DESPUÉS PASO LA POLICÍA EN PRESECUCION (SIC) DE DEL LADRÓN YA QUE NOSOTROS LE PREGUNTAMOS A BUS ESCALERA QUE VENIA DE CHAPARRAL SI HABIA VISTO UNA MOTO EN EL CAMINO Y EL CONDUCTOR MANIFESTÓ QUE EL CEMENTERIO DEL CORREGIMIENTO Y HUIDA YO VI LAS PLACAS LAS CUALES ERAN UIR 15 C. MINUTOS DESPUÉS LLEGO LA POLICÍA EMPUJANDO UNA MOTOCICLETA CON CARACTERÍSTICAS

SIMILARES A LA MOTO UTILIZADA EN EL HURTO Y SEGUIDAMENTE VERIFIQUE LAS PLACAS Y ERAN LAS MISMAS QUE LE REPORTE A LA POLICÍA. EN HORAS DE LA MADRUGADA LA POLICÍA FUE A MI CASA Y ME DIGERON (SIC) QUE HABÍAN HALLADO UN INDIVIDUO QUE LOS ACOMPAÑARA PARA QUE LOS RECONOCIERA, AL LLEGAR A LA ESTACIÓN DE POLICÍA MIRE Y ERA EL MISMO INDIVIDUO QUE ME HABIA HURTADO, TENIA LAS MISMAS PRENDAS DE VESTIR. (...) TENIA UN CASCO OSCURO NEGRO TIPO SPORT, UN BOSO DE MANGA LARGA AZUL OSCURO, JEAN COLOR OSCURO Y BOTAS PLASTICAS Y UNA MOCHILA HECHA EN FIQUE DE DONDE SACO EL REVOLVER (...) ESTATURA ALTA, LA CARA NO LA PUDE VERA (SIC) YA QUE TENIA CASCO Y UNA TELA QUE LE TAPABA SUS FACIONES (...) LA MOTOCICLETA ERA DE COLOR TOTALMENTE NEGRA, ALTA CON PLACAS UIR 15 C(...)"(folios 187-188 cdo pruebas parte demandante)

Igualmente se encuentra dentro de la carpeta penal INFORME DE LA POLICÍA DE VIGILANCIA (fls 198- 201 cdo pruebas parte demandante), en donde se describen los hechos de la siguiente manera:

*“SIENDO APROXIMADAMENTE LAS 20:30 HORAS DEL DÍA 25-05-13 LLEGO UN CIUDADANO A LA ESTACIÓN DE POLICÍA INFORMANDO MEDIANTE VOCES DE AUXILIO QUE EN LA ESTACIÓN DE SERVICIO LA MAYE LA HABÍAN HURTADO, DE INMEDIATO NOS DESPLAZAMOS AL LUGAR INDICADO DONDE TOMAMOS CONTACTO CON EL SEÑOR **CESAR AUGUSTO DÍAZ**, ADMINISTRADOR DE LA ESTACIÓN DE SERVICIO Y LA SEÑORA **YULY MAGALLY RODRÍGUEZ** CÓNYUGE DEL ANTES MENCIONADO, ESTOS NOS INFORMAN QUE FUERON VICTIMAS DE HURTO CON ARMA DE FUEGO TIPO REVOLVER, POR UN SUJETO QUE VISTE ROPA OSCURA, CASCO NEGRO, BOTAS PANTANERAS, QUIEN EMPRENDIÓ LA HUIDA EN UN MOTOCICLETA DE COLOR NEGRA, DE PLACAS UIR-15C; MISMA FORMA MANIFIESTAN QUE ESTA PERSONA LLEGO A SOLICITAR SERVICIO DE TANQUEO MOMENTOS EN QUE LAS VICTIMAS SE ENCONTRABAN REALIZANDO ARQUEO DEL DÍA. ACUDIENDO A ESTE LLAMADO EN ESE MOMENTO LA SEÑORA YULY MAGALLY RODRÍGUEZ ABRE LA PUERTA Y ESTE LE PASA UN SOBRE DE CARTA CON UN DOCUMENTO Y SACO DE LA MOCHILA DE FIQUE DE COLOR AMARILLA UN ARMA DE FUEGO COLOCÁNDOSELA A LA ALTURA DEL ABDOMEN A LA SEÑORA YULY EXIGIENDO QUE LE ENTREGARAN TODO EL DINERO, EN ESOS MOMENTOS SE LE ACERCO EL HIJO DE LA SEÑORA DE APROXIMADAMENTE 2 AÑOS DE EDAD Y LE COLOCO EL REVOLVER EN LA CABEZA AL MENOR CON EL FIN DE INTIMIDARLOS SIN OPENER (SIC) RESISTENCIA HACEN ENTREGA DEL DINERO \$3.440.500. APROXIMADAMENTE, SEGUIDAMENTE EMPRENDEMOS LA BÚSQUEDA DEL SUJETO CON LAS CARACTERÍSTICAS ANTES MENCIONADAS VÍA QUE DEL CORREGIMIENTO DE SANTIAGO PÉREZ CONDUCE AL MUNICIPIO DE ATACO MINUTOS DESPUÉS EN LA VEREDA LAS SEÑORITAS NOS INFORMAN QUE EL SUJETO EFECTIVAMENTE ACABA DE PASAR POR ESE SECTOR (...) LLEGANDO AL LUGAR INDICADO, EFECTIVAMENTE SE ENCONTRABA UN SUJETO QUE SALE DE LA RESIDENCIA Y NOS*

ABORDA QUIEN VISTA PANTALONETA ROJA, CAMISETA A RAYAS CON FRANJAS ROJAS, AZUL Y BLANCO Y COLOR NEGRO, IDENTIFICÁNDOSE COMO DONALDO ALBERTO MAYORGA BERMÚDEZ (...) MANIFESTANDO QUE ERA EL PROPIETARIO DE LA MOTOCICLETA Y QUIEN CONDUJÍA LA MISMA QUE HABÍA DEJADO ABANDONADA SOBRE LA VÍA EN LA VEREDA MESA DE POLE, AL ENTREVISTARNOS CON LA SEÑORA YISELA MOLANO (...) NOS MANIFIESTA QUE ESTA PERSONA NO ES DE ESTE SECTOR Y QUE LLEGO A SU RESIDENCIA SOLICITANDO AYUDA MANIFESTÁNDOLE QUE UNOS TIPOS DE UNA CAMIONETA DE COLOR BLANCA LO ESTABAN SIGUIENDO PARA HURTARLE LA MOTOCICLETA, MISMA FORMA NOS MANIFIESTA QUE ESTA PERSONA LLEGO VESTIDA DE JEAN OSCURO, BOTAS PANTANERAS COLOR NEGRO, SUETER COLOR OSCURO MANGA LARGA (...) ESATNDO (SIC) EN LAS INSTALACIONES SE PRESENTAN LOS AFECTADOS QUIENES MANIFIESTAN QUE EFECTIVAMENTE RECONOCEN DE INMEDIATO A ESTA PERSONA COMO LA CAUSANTE DEL HURTO QUE HABÍA SUFRIDO LA ESTACIÓN DE SERVICIO LA MAYE (...)

Al momento de imponer la medida, el Juez tuvo en cuenta lo anterior como EMP y EF, como fundamento fáctico y como fundamento jurídico, los fines constitucionales de la medida de aseguramiento, en concordancia con el artículo 250 constitucional, además de los artículos 308 a 311 de la Ley 906 de 2004, en donde se pudo inferir razonadamente que el imputado podía ser autor o partícipe de los delitos imputados.

6.6. Finalmente, los días **29 de abril y 27 de noviembre de 2014** se adelantó audiencia de juicio oral (fls. 84-90, 113-118) y el **2 de diciembre de 2015** se dictó sentencia absolutoria en favor del señor Donaldo Alberto Mayorga Bermúdez, por parte del Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Chaparral, al haber avizorado una incertidumbre por parte del juzgador sobre si este era o no el autor del hurto, como quiera que de los testimonios recaudados en etapa de juicio se pudo establecer la existencia de otra motocicleta y que el mismo procesado había alertado a su familia y a las mismas autoridades que era perseguido, además que las prendas de vestir que llevaba el ahora demandante son de uso común en la región, duda que debió resolverse a su favor. (Fol.132-136 cdo pruebas parte demandante)

La decisión el Juez con función de conocimiento, se basó en las pruebas practicadas en el juicio oral, pues según allí se dijo por parte de las víctimas del hurto, no pudieron reconocer a la persona que les hurtó el dinero, que nunca suministró la placa de la moto desmintiendo así la versión de los policiales, pues indicaron que le hicieron firmar la versión al día siguiente de los hechos cuando ya habían capturado al acusado y no prestó atención a la misma. Por otra parte otro testigo indicó que pasaron dos motocicletas, una alta velocidad y luego otra que correspondía a la de propiedad del señor Donaldo Alberto Mayorga

quien huyó del sitio refugiándose en una vivienda y dando aviso a su familia y policía por considerar que su vida estaba en peligro al ser perseguido. Además que la suma de dinero decomisado \$227.000 difiere a la reportada como hurtada \$3.400.000, sin que exista una explicación sobre el paradero de la demás suma de dinero. Finalmente señala el juez de conocimiento que no es prueba suficiente para declarar la culpabilidad del procesado el uso de una motocicleta, botas o el bolso que cargaba el señor Mayorga, puesto que en esa región al tratarse de una zona agrícola es común el uso de dichos elementos, así mismo el uso del casco para motocicleta que impidió que el testigo pudiera reconocer al asaltante y que tampoco la víctima observó las placas del vehículo en el que este se desplazaba. (Fol. 32-35 del cuaderno principal)

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”*⁹.

También ha indicado que dicho daño tiene como características *que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable*¹⁰, *anormal*¹¹ y *que se trate de una situación jurídicamente protegida*¹².

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*

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

¹⁰ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

¹¹ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

¹² Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

*patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución*¹³.

En el caso concreto se logró establecer que el señor Donaldo Alberto Mayorga Bermúdez fue capturado en flagrancia por miembros de la Policía Nacional el 26 de mayo de 2013 y puesto a disposición de las autoridades el mismo día y que estuvo privado de la libertad con medida de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de residencia, con ocasión de un proceso penal adelantado en su contra, desde el día **-26 DE MAYO DE 2013 AL 27 DE NOVIEMBRE DE 2014-** fecha esta última en que se ordenó su libertad por el Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Chaparral.

Así las cosas, el daño se concreta en la privación de la libertad de la cual fue objeto el señor Donaldo Alberto Mayorga Bermúdez 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, está probado que el Juzgado Segundo Penal del Municipal con Función de Control de Garantías de Chaparral, en audiencia preliminar celebrada el día 27 de mayo de 2013, impartió legalidad a la captura, a la formulación de imputación de cargos que le hizo la FGN al señor Mayorga Bermúdez por la presunta comisión del punible de *hurto calificado y agravado en concurso con fabricación, tráfico o porte de armas de fuego*, a título de autor, además imponiéndole medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en el lugar de residencia señalado por el imputado.

En la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, la FGN pidió la imposición de detención preventiva domiciliaria, con base en los argumentos ya descritos en el acápite de “hechos probados” de esta providencia y que se sustentó en lo fáctico, en los elementos materiales probatorios, evidencia física y en la información legalmente obtenida hasta ese momento.

Del acta de la audiencia, se tiene que por parte de la FGN 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 Mayorga Bermúdez, señalados en los artículos 308, 310, 313 y 314 de la Ley 906 de 2004, estos son: **i)** la inferencia razonable de su autoría o participación en los delitos de *tráfico, fabricación o porte de armas de fuego y hurto calificado y agravado* que se le imputó a título de autor; **ii)** la necesidad de la medida de aseguramiento para cumplir con el fin constitucional de protección a la comunidad, cuya seguridad y tranquilidad se había puesto en peligro por el actuar presunto del hoy demandante, con la utilización de un arma de fuego y de una motocicleta y **iii)** la procedencia de la medida desde el punto de vista

¹³ 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 daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “*violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere*”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

objetivo, por la calidad de los delitos imputados y el quantum mínimo de la pena a imponer.

Se destaca que, si bien a favor del señor Donaldo Alberto Mayorga Bermúdez se dictó sentencia absolutoria por parte del Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Chaparral al no haberse demostrado por la FGN que el aquí demandante era la persona que conducía la motocicleta en que se movilizaba el asaltante, lo que generó una duda que debía resolverse a favor del acusado, lo cierto es que a la hora de imponer la medida de aseguramiento, se contaba con EMP, EF e información legalmente obtenida suficiente, que permitían inferir que el entonces imputado podía ser autor del delito de *hurto calificado y agravado en concurso con tráfico, fabricación o porte de armas*, al ser señalado por parte de la señora Yuly Magally Rodríguez, víctima del hecho como la persona que se presentó en la estación de servicio y cometió el hecho, así como los informes de la policía de vigilancia y judicial, que daban cuenta que el señor Mayorga Bermúdez era el propietario de la motocicleta, que hasta ese momento se indicaba era en la que se movilizaba el presunto autor del hurto a la estación de servicio, como quiera que coincidía la vestimenta y el bolso que portaba el ahora accionante era la misma descrita por las víctimas, así como el número de la placa de la motocicleta en que se transportaba el delincuente.

Por ende, puede decirse con base en la libre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, que se tenía una inferencia razonable de autoría o participación del ahora demandante en los hechos objeto de investigación y por ende, al acreditarse además la necesidad de la medida, su razonabilidad y proporcionalidad, que tampoco ha sido cuestionada en este trámite y el aspecto objetivo para que fuera impuesta, obró en consecuencia el funcionario judicial en la audiencia al decretarla, por lo que concluye esta instancia, que tuvo total apego a la legalidad de la decisión de privación de la libertad, de allí que no pueda considerársele causante de un daño antijurídico.

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 la medida de aseguramiento, el Juez de Control de Garantías 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 podía ser autor o partícipe del delito imputado, así como que la medida era necesaria para proteger a la comunidad, conforme a los requisitos objetivos y subjetivos que se describen en la audiencia, en otras palabras, no se aprecia ninguna actuación irregular en la decisión judicial que restringió el derecho a la libertad del demandante.
2. Aunque se dictó sentencia absolutoria el 2 de diciembre de 2015, tal decisión fue producto de las pruebas practicadas en el juicio oral y por ende, aunque la FGN no logró convencer al Juez de conocimiento de la

responsabilidad penal del acusado más allá de toda duda y que es presupuesto para condenar; frente a la inferencia de autoría o participación que se requería para imponer medida de aseguramiento en contra del imputado, esta estaba debidamente acreditada en los términos del artículo 308 del C.P.P. al momento de la audiencia concentrada del 27 de mayo de 2013, por lo que se reitera su total apego a la legalidad al momento de ser proferida.

En consideración a lo anterior, la restricción del derecho a la libertad del señor Donaldo Alberto Mayorga Bermúdez, 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 2018¹⁴, 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, 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,

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

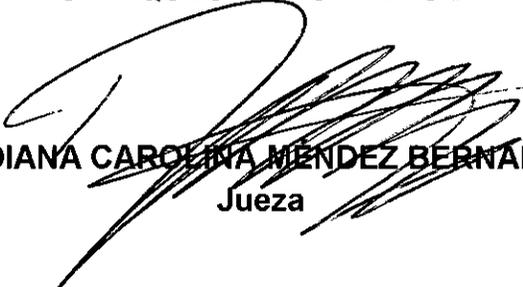
RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda promovida por Donaldo Alberto Mayorga Bermúdez 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