



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, dos (02) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación N°.: 73001-33-33-004-2016-00275-00
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: ELBER PENAGOS YAIMA Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –
POLICÍA NACIONAL; NACIÓN - RAMA
JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE
ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Tema: Privación Injusta de la Libertad

I- ASUNTO A DECIDIR

Agotadas las etapas procesales previstas en la norma, procede el Despacho a dictar el fallo que en derecho corresponde, dentro del presente medio de control de REPARACIÓN DIRECTA promovido por ELBER PENAGOS YAIMA (q.e.p.d.), AMPARO FERIA BRIÑEZ, quien actúa en nombre propio y en nombre y representación del menor ELVER NICOLAS PENAGOS FERIA, así como los señores y señoras, NANCY PENAGOS YAIMA, LUZ MARINA PENAGOS YAIMA, ESPERANZA PENAGOS YAIMA, FRANCY ASTRID PENAGOS YAIMA, JOVANNA PENAGOS YAIMA, MARLENE PENAGOS YAIMA, OLGA MARIA PENAGOS YAIMA, FRANKLI PENAGOS YAIMA y ABRAHAM PENAGOS YAIMA en contra de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL.

II- CUESTIÓN PREVIA – SUCESIÓN PROCESAL

Revisado el expediente, se advierte que a folio 377 obra copia auténtica del Registro Civil de Defunción del demandante y víctima directa en las presentes diligencias, señor ELBER PENAGOS YAIMA (q.e.p.d.), quien según consta en dicho documento, falleció el día 28 de abril de 2017.

Al efecto se ha de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 68 del Código General del Proceso que dispone en relación con la situación expuesta en precedencia:

“ARTÍCULO 68. SUCESIÓN PROCESAL. Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador.

(...)” (Negrillas del despacho)

En el presente proceso obra igualmente copia del registro civil de nacimiento de su heredero forzoso, el joven menor de edad ELVER NICOLÁS PENAGOS FERIA¹, quien concurre al cartulario representado por su señora madre, la señora Amparo Feria Briñez, quien a su vez concurre a las presentes diligencias en calidad de compañera permanente del fallecido.

También acuden como demandantes dentro de la presente actuación, los hermanos del causante, NANCY PENAGOS YAIMA, LUZ MARINA PENAGOS YAIMA, ESPERANZA PENAGOS YAIMA, FRANCY ASTRID PENAGOS YAIMA, JOVANNA PENAGOS YAIMA, MARLENE PENAGOS YAIMA, OLGA MARIA PENAGOS YAIMA, FRANKLI PENAGOS YAIMA y ABRAHAM PENAGOS YAIMA, quienes eventualmente tendrían vocación hereditaria.

De ésta manera, resulta evidente el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 68 del CG.P, lo cual es suficiente para tener a los herederos del demandante inicial como sus sucesores procesales, condición que se reconocerá de manera genérica, sin individualizar a las personas que ostentan tal calidad, dado que, como de tiempo atrás lo ha sostenido la Sección Tercera, *el derecho a la reparación de los perjuicios ocasionados en vida a una persona se considera como un elemento integrante del patrimonio herencial, de ahí que su asignación solo pueda hacerse a través del respectivo juicio de sucesión.*²

Así pues, el Despacho tendrá a los herederos del señor ELBER PENAGOS YAIMA como sus sucesores procesales.

III- ANTECEDENTES

1. Pretensiones (fls. 133 a 138):

“2.1. Que se declare que LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLÍCIA NACIONAL DE COLOMBIA, son responsables administrativa y patrimonialmente de los perjuicios morales, daños a la vida de relación y perjuicios materiales (traducidos en daño emergente y lucro cesante), que le fueron ocasionados a los demandantes por la detención física e injusta de la que fue objeto el señor ELBER PENAGOS YAIMA entre el veintitrés (23) de Julio de dos mil trece (2013) y el veintidós (22) de abril de dos mil catorce (2014) , por cuenta del Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de El Espinal que a instancias de una Delegada de la Fiscalía de General de la Nación, lo afectó con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, imputado injustamente de las conductas punibles de FABRICACIÓN,

¹ Folio 14

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, veintitrés (23) de enero de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 05001-23-31-000-2009-00821-02(57763)A.

TRÁFICO, Y PORTE DE ARMAS DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS Y FABRICACIÓN, TRAFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, cargos por los que posteriormente fuera acusado por la FISCAL CUARTA ESPECIALIZADA de la ciudad de Ibagué que concluyó con sentencia absolutoria proferida por el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO de la ciudad de Ibagué, por cuanto no se demostró que la conducta investigada hubiera sido ejecutada por PENAGOS YAIMA.

2.2. Que como consecuencia de la anterior declaración de responsabilidad, se CONDENE a las entidades accionadas, a pagar a favor de mis poderdantes, los perjuicios del orden material y moral, objetivados y subjetivados, actuales y futuros, los cuales estimo en la cantidad de MIL SETENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$1.076.447.657) discriminados así:

(...)

2.3 Conforme a lo explicado en los acápite anteriores, la cuantía total de los perjuicios causados con el hecho dañoso a los convocantes, se estiman en la cantidad de MIL SETENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$1.076.447.657).

Los anteriores valores a los que se concilien, serán actualizados de conformidad con el índice de precios al consumidor que emita el DANE, ente la fecha de los hechos y la de su posible pago, a efectos de que los mismos no pierdan su poder adquisitivo frente a la devaluación de la moneda nacional.

2.4. Que sobre el total de las sumas que se vayan a pagar a favor de los demandantes, se aplique la indexación que establece el Art. 192 del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, ley 1437 del 2011.

2.5. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia conforme lo dispone y dentro de los términos de artículo 192 de la ley 1437 del 2011.

2.6. Que se condene a la parte demandada a pagar las costas del proceso conforme a lo dispuesto en el artículo 188 de la misma obra.

2.7. Que se disponga que las sumas a pagar devenguen intereses moratorios desde su ejecutoria, hasta el momento en que se dé cumplimiento a la sentencia.”

2. Fundamentos fácticos (fls.339 a 340):

Se establecieron como hechos relevantes dentro del medio de control los siguientes:

1. El día 22 de julio de 2013, sobre la 01:06 horas de la mañana, luego un incidente y persecución por parte de una patrulla de la Policía Nacional, el señor ELBER PENAGOS YAIMA, fue capturado por los delitos de DAÑO EN

BIEN AJENO Y VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO, momento en el cual se incautó por parte de los uniformados el vehículo de placas MWL 571, en el cual el señor Penagos se desplazaba.

2. En las instalaciones de la Estación de Policía, el señor PENAGOS YAIMA fue encalabozado, y se realizó el registro del mencionado vehículo, encontrando por parte de los uniformados 106 cartuchos calibre 5.56, tres cartuchos 9 milímetros y tres cartuchos calibre 38 al interior del vehículo, situación que conllevó a la lectura de derechos como capturado por el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, Y PORTE DE ARMAS DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS Y FABRICACIÓN, TRÁFICO PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES.
3. El día 23 de julio de 2013, se realizó la audiencia preliminar de legalización de captura, de incautación de elementos materiales de prueba, de formulación de imputación y de imposición de medida de aseguramiento, efectuada por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías del Espinal Tolima, dentro de la cual se legalizó la captura del señor ELBER PENAGOS YAIMA, y se dispuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.
4. El día 10 de octubre de 2013, se llevó a cabo audiencia de Formulación de Acusación contra el señor ELBER PENAGOS YAIMA por los delitos de FABRICACIÓN, TRÁFICO, Y PORTE DE ARMAS DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS Y FABRICACIÓN, TRÁFICO PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES.
5. Los días 03, 04 y 21 de abril de 2014, se realizó audiencia de juicio oral donde se informa a las partes el sentido del fallo absolutorio a favor del señor ELBER PENAGOS YAIMA por duda probatoria de conformidad con el artículo 449 de la Ley 906 de 2004.
6. El día 16 de mayo de 2014, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado con Función de conocimiento, emitió sentencia absolutoria en razón a que la responsabilidad en los hechos del acusado ELBER PENAGOS YAIMA, no se demostró en un grado tal de conocimiento que eliminara la duda probatoria.
7. En contra del mencionado fallo se interpuso en término el recurso de apelación por parte de la Fiscal Cuarta Especializada, quien luego desistió del mismo, desistimiento que fue aceptado por el Tribunal Superior Distrito Judicial de Ibagué Sala de Decisión Penal mediante providencia del 01 de octubre de 2014.
8. El día 22 de abril de 2014 el señor ELBER PENAGOS YAIMA, obtuvo su libertad de conformidad a oficio al No. 639—COIBA-AJUR-DIR-1745.
9. Consideran los demandantes que la mencionada actuación de la Policía Nacional como la privación de la libertad les acarreó perjuicios de índole

material y moral que ameritan ser reparados por parte de las entidades demandadas.

3.- Contestación de la demanda

3.1. NACIÓN - RAMA JUDICIAL (fls. 176 a 187).

A través de vocero judicial, y encontrándose dentro de la oportunidad procesal correspondiente presentó escrito de contestación en los siguientes términos:

Manifestó que respecto a los hechos se atiene a lo probado en el proceso y se opuso a todas y cada una de las pretensiones.

En defensa de esa entidad citó diversos pronunciamientos del Consejo de Estado frente a la responsabilidad objetiva en el caso que nos ocupa, y manifestó que en la audiencia de imputación e imposición de medida de aseguramiento que tuvo a su cargo el Juzgado de Control de Garantías, con base en las pruebas aportadas, se podía inferir de manera razonada la responsabilidad del imputado en el delito endilgado lo que llevó a la imposición de la medida de aseguramiento contra el convocante (art. 308 ley 906); por manera que el resultado dañoso resulta imputable a la actuación en cita y de allí que se diga desde ya, que se presenta carencia absoluta de responsabilidad de la rama judicial, por ausencia del nexo causal, pues resulta evidente que la privación de la libertad del señor **ELBER PENAGOS YAIMA**, desde el punto de vista de la causalidad material, fue producto de la actuación del ente investigador, lo que rompe el nexo de causalidad entre el acto jurisdiccional de privación de la libertad y el daño que se alega como irrogado.

Concluyó entonces manifestando que la teoría presentada por la Fiscalía al inicio del juicio oral no encontró respaldo en las pruebas legalmente recaudadas y arrojadas al proceso de las cuales no se obtuvo certeza suficiente para impartir condena conforme con lo establecido en la ley 906 de 2004.

Propuso como medios exceptivos: *i) inexistencia de perjuicios y ii) ausencia de nexo causal.*

3.2. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fls. 195 a 212).

A través de vocera judicial, y encontrándose dentro de la oportunidad procesal correspondiente presentó escrito de contestación en los siguientes términos:

Argumentó que la actuación de la Fiscalía General de la Nación, se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de las cuales no resulta ajustado a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ni la incursión en alguna clase de error, ni mucho menos privación injusta de la libertad del señor **ELBER PENAGOS YAIMA**.

Respecto a la cuantía de los perjuicios incoados en la demanda, se mostró inconforme, pues la considera excesiva, además no es procedente de conformidad con el criterio establecido por el Consejo de Estado.

Finalmente expuso que no existe nexo causal, si se tiene en cuenta que no puede la administración, particularmente la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN entrar a responder por el daño inferido al hoy demandante, como quiera que la Fiscalía General de la Nación, obró con diligencia en todo el trámite procesal de la investigación penal en contra del señor ELBER PENAGOS YAIMA, así las cosas al no configurarse daño antijurídico alguno ni falla del servicio atribuible a la Fiscalía General de la Nación, el Despacho debe proferir sentencia absolviendo de todo tipo de responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación.

Como excepciones de mérito presentó las que denominó: *i)* ausencia del daño antijurídico e inimputabilidad del mismo a la Fiscalía General de la Nación, *ii)* inexistencia del nexo causal y *iii)* falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.3 NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL (fls. 224 a 234)

A través de vocero judicial, y encontrándose dentro de la oportunidad procesal correspondiente presentó escrito de contestación en los siguientes términos:

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que a esa entidad no le asiste responsabilidad alguna en el presente hecho toda vez que esa institución cumplió con su función preventiva del delito y puso a disposición de autoridad competente a la persona posiblemente involucrada y los elementos encontrados en el vehículo de placas MWL 571, los cuales fueron entregados a la Fiscalía 30 Seccional del Espinal para que indagara y esclareciera este hecho y la responsabilidad del presunto involucrado, por lo tanto, la detención que se hizo no se generó por fuera del sistema judicial, de ahí que no fue indiscriminado ni se desconocieron los principios de la proporcionalidad y razonabilidad.

Sostuvo que en el caso que nos ocupa, el hecho dañoso no es responsabilidad de la Policía Nacional y es exclusivamente atribuible a la autoridad judicial que profirió la decisión en contra del señor PENAGOS YAIMA. Manifestó que la tesis de la declaración del juzgado penal en cuanto a la presunción de inocencia, hace alusión a que la Fiscalía General de la Nación no pudo probar su tesis y que por ello quedaron dudas, que edificaban la presunción de inocencia contra el ahora demandante, no que hubiese quedado demostrada su inocencia que es un aspecto diametralmente diferente.

Además, argumentó que consta en el oficio No.S-2016-041597 SUBIN GRAIC del 07 de septiembre de 2016 suscrito por el Jefe del Grupo de Análisis y Administración de Información Criminal SIJIN DETOL, que el señor ELBER PENAGOS YAIMA C.C. 93.133.986 se ha visto vinculado en muchos casos del mismo tipo, por lo tanto su honra y su buen nombre se encuentra en entre dicho NO por el actuar de las diferentes autoridades involucradas en el presente caso, sino por su mismo actuar y algunos de sus mismos familiares quienes también han sido vinculados en varios procesos penales en calidad de Indiciados.

Resaltó que no existe investigación disciplinaria en contra del personal policial al mando del TE. WILMER ORLANDO ANTELIZ GONZÁLEZ quien estuvo involucrado en la captura del señor ELBER PENAGOS YAIMA, en donde se hubiera

probado que este incurrió en alguna falta que haya ameritado alguna sanción. Así mismo puso en conocimiento del despacho que el señor ELBER PENAGOS YAIMA está privado de la libertad en la cárcel del Espinal Tolima, desde el pasado 15 de diciembre de 2016 por hechos ocurridos el 13 de octubre de 2015 *por el Delito de tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones a órdenes del juzgado 2 penal municipal del Espinal Tolima.*

Presenta como medios exceptivos la de *i) ausencia de relación de causalidad entre el hecho y el daño y ii) falta de legitimación en la causa por pasiva.*

4. ACTUACIÓN PROCESAL

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial para su correspondiente reparto el día 05 de agosto de 2016, correspondió el mismo a éste Juzgado, quien mediante auto de fecha 22 de agosto de 2016, admitió la demanda³.

Una vez notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, dentro del término de traslado de la demanda, la parte demandada – NACIÓN – RAMA JUDICIAL contestó e igualmente allegó las pruebas que pretendía hacer valer⁴; en los mismos términos lo realizó la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN⁵, y la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL⁶.

Luego, mediante providencia de fecha 20 de febrero de 2017⁷, se fijó fecha para llevar a cabo la respectiva audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, la cual se llevó a cabo el día 09 de mayo de 2017⁸, agotándose en ella las instancias previstas en legal forma, y en la cual se fijó fecha para la realización de la audiencia de pruebas de conformidad al artículo 181 del CPACA, la cual se desarrolló el día 06 de julio de 2017⁹, en el que se practicó la declaración de parte de la señora AMPARO FERIA BRIÑEZ y los testimonios de MARIA CAMILA MALAMBO VELAZQUEZ, GREISY KATHERINE BARRERO FERIA, JADER RUBEN SILVA MOLINA, LUIS JAIR SOTO OSPINA, WILMER ORLANDO ANTELIZ y LEANDRO MESIAS VALERO.

En razón a que se hizo necesaria la realización de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, se fijó fecha para la misma, la cual se llevó a cabo el día 17 de agosto de 2017¹⁰, en donde las partes realizaron sus correspondientes alegaciones. Mediante auto de fecha 12 de marzo de 2018¹¹, éste Despacho en virtud del cambio de titular del Juzgado y habiéndose realizado la audiencia de alegaciones y juzgamiento por parte del funcionario saliente, ante la eventual configuración de la causal de nulidad establecida en el numeral 7º del artículo 133 del C.G.P, dispuso, en aplicación de los principio de celeridad y economía procesal así como a lo

³ Ver folios 156

⁴ Ver folios 176 a 187

⁵ Ver folios 195 a 212

⁶ Ver folios 224 a 234

⁷ Ver folio 314

⁸ Ver folios 337 a 345

⁹ Ver folios 360 a 366

¹⁰ Folios 385 a 388

¹¹ Folios 390 a 391

dispuesto en el inciso final del artículo 181 del C.P.A.C.A, ordenar a las partes para que presentaran sus escritos de alegatos de conclusión.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL (fol. 393)

Mediante apoderado judicial, manifestó que se ratifica en lo ya esbozado en sede de audiencia de alegaciones celebrada el pasado 17 de agosto de 2017, en la cual expuso lo siguiente:

Solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda, poniendo al efecto en contexto la calidad humana del señor ELBER PENAGOS YAIMA, puesto que tiene un historial de conductas delictivas en materia penal, similares al hecho punible por el cual fue privado de su libertad, objeto del presente proceso. Reiteró que no se tiene ningún tipo de reproche, un fallo disciplinario o penal que pusiera en entre dicho el procedimiento realizado por la Policía Judicial, los cuales realizaron la incautación de los elementos. Frente a los perjuicios, mencionó que la parte demandante no fue contundente en demostrarlos, pues el señor ELBER PENAGOS YAIMA estaba permanentemente incurso en procesos de carácter penal que implicaban la privación de la libertad. Además, mencionó que la Policía Nacional no tiene la facultad de restringir el derecho fundamental a la libertad y sólo puede regular el orden y velar por la seguridad de la población.

5.2. PARTE DEMANDANTE (fol. 394)

Mediante apoderada judicial, manifestó que se ratifica en lo ya esbozado en sede de audiencia de alegaciones celebrada el pasado 17 de agosto de 2017, en la cual expuso lo siguiente:

Solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda, reiteró los argumentos expuestos en el escrito introductorio, insistiendo en la diferencia de los elementos plasmados en el acta de incautación y lo verificado en la prueba balística, esto sumado a los testimonios allegados, los que afirmó, demuestran que el señor ELBER PENAGOS YAIMA fue objeto de un falso positivo, pues no se logra demostrar que cargaba tal munición en el vehículo razón por la cual fue absuelto en sede penal. Mencionó que la Policía Nacional engañó a la Fiscalía General de la Nación y al Juez de Control de Garantías, para que impusiera la medida de aseguramiento, asegurando que dicho ente fabricó el delito e hizo una creación artificial. Reiteró que el Juez debió revisar los elementos probatorios con los cuales se solicitó la medida de aseguramiento, por lo tanto incurrió en una falta de cuidado, lo que ocasionó una privación injusta de la libertad.

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Este Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por la naturaleza de éste, los órganos que según la demanda produjeron el hecho objeto de indemnización, la cuantía y por el factor territorial, es decir, por ser este Departamento el lugar donde ocurrieron los hechos que según el escrito de demanda, causaron perjuicios de índole material y moral a los demandantes, según voces del artículo 156 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al definir que en los procesos de reparación directa se determinará la competencia por el lugar donde se produjeron los hechos.

2. Problema Jurídico.

Corresponde al Despacho determinar, si se configuran o no todos y cada uno de los elementos constitutivos de responsabilidad administrativa en contra de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL y de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por los presuntos daños y perjuicios reclamados por los demandantes, como consecuencia de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva dictada en contra del señor ELBER PENAGOS YAIMA.

Para resolver el problema jurídico este estrado judicial desarrollará su análisis así: *i)* hechos probados *ii)* De la responsabilidad patrimonial del Estado en privación injusta de la libertad, *iii)* Caso concreto *iv)* costas.

i) De lo probado en el proceso.

Al expediente fue allegado el siguiente material probatorio relevante:

- Poderes otorgados por los demandantes¹².
- Copia de los Registros Civiles de Nacimiento de ELBER PENAGOS YAIMA, AMPARO FERIA BRIÑEZ, ELVER NICOLAS PENAGOS FERIA, NANCY PENAGOS YAIMA, LUZ MARINA PENAGOS YAIMA, ESPERANZA PENAGOS YAIMA, FRANCY ASTRID PENAGOS YAIMA, JOVANNA PENAGOS YAIMA, MARLENE PENAGOS YAIMA, OLGA MARIA PENAGOS YAIMA, FRANKLI PENAGOS YAIMA, ABRAHAM PENAGOS YAIMA¹³.
- Declaración juramentada, suscrita por la señora AMPARO FERIA BRIÑEZ, en donde certifica que desde hace 16 años convive con el señor ELBER PENAGOS YAIMA del cual depende en todos los aspectos económicos y

¹² Folios 1 a 11

¹³ Folios 12 a 23

que de esa relación procrearon un hijo de nombre ELVER NICOLAS PENAGOS FERIA¹⁴.

- Certificado suscrito por la DISTRIBUIDORA DE CARNES SURTIMAX, en donde consta que el señor ELBER PENAGOS YAIMA, para el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2012 a 23 de julio de 2013, laboró como ayudante de carnicería, recibiendo como contraprestación la suma de (\$800.000) ¹⁵.
- Certificado de matrícula mercantil, de persona natural a nombre del señor YOVANNY GARCIA SOTO, en donde aparece como propietario del establecimiento de comercio DISTRIBUIDORA DE CARNE SURTIMAX.¹⁶
- RUT, a nombre del señor YOVANNY GARCIA SOTO¹⁷.
- CD – Contenido: Análisis de evidencia prueba de balística (defensa)¹⁸:
- CD – Contenido: audio de audiencias preliminares, audiencia de acusación y audiencias preparatorias, en donde consta lo siguiente¹⁹:

“Legalidad de la captura: Fiscalía: Para efectos de establecer la unidad de tiempo señor Juez, me permito indicar que la persona aprehendida esto es el señor ELBER PENAGOS YAIMA es capturado en situación de flagrancia el día lunes 22 de julio de 2013 a eso de la 01:25 horas, es dejado a disposición comunicada a esta delegada a partir de las 01:45 de la mañana del mismo día, momento en el cual es trasladado a las instalaciones del comando de la estación de Policía donde funcionan los investigadores de policía judicial en desarrollo de los actos urgentes quienes en el día de ayer a la 01:30 de la tarde radican ante esta delegada el informe ejecutivo y es a partir de allí en que se tiene total conocimiento de los elementos materiales probatorios adelantados en los actos urgentes y en consecuencia de dichas actividades se hace necesario escuchar a los agentes captores siendo la última actividad realizada a través del asistente de la Fiscalía el señor Carlos Arturo Malambo Cárdenas, la recepción de la declaración bajo juramento del Policial Richard Tovar Muñoz a las 16:40 del día de ayer, analizadas dichas declaraciones es que dicha funcionaria procede a elevar la solicitud de audiencias preliminares. (...)

En el informe de policía y vigilancia en caso de captura en flagrancia suscrito el 22 de julio de 2013, consta que es aprehendido en situación de flagrancia el señor ELBER PENAGOS YAIMA a la altura de la carrera 2 entre calle 16 y 17 del barrio Rondon en la vía pública del Municipio de Espinal Tolima en las siguientes circunstancias:

¹⁴ Folio 24

¹⁵ Folio 25

¹⁶ Folio 26

¹⁷ Folio 27

¹⁸ Folio 27

¹⁹ Folio 27

“En el día 22 de julio de 2013, el señor agente de policía nacional Richard Tovar y el suscrito nos encontramos patrullando por el sector del parque mitológico cuando siendo aproximadamente las 01:06 horas observamos por la calle 16 entre carrera 2 y 3 en el barrio Rondon un sujeto de aproximadamente 1.80 de estatura de contextura delgada el cual vestía de pantalón jeans y buso de color negro quien aborda una camioneta de color rojo de marca Renault Duster emprendiendo maniobras peligrosas por la vía, de inmediato nos dirigimos con dirección al vehículo logrando detenerlo en la carrera 2 entre calle 16 y 17 a la cual el señor patrullero Tovar Muñoz le solicitó al conductor que descendiera del vehículo para realizarle una requisita, a lo cual la reacción de esta persona fue arrancar de forma violenta el vehículo arrollando y pasando por encima de la motocicleta uniformada de la institución de placas JDP 12C de lo cual de inmediato se solicitó apoyo a la central de radio y seguimos en la persecución del vehículo sin perderlo de vista el cual se apreciaba de acuerdo al velocímetro de nuestra motocicleta a una velocidad de 110 K/H, tomando la carrera 4 sin frenar, sin reducir velocidad poniendo en riesgo la vida de motocicletas y vehículos que transitaban por esta vía lográndolo alcanzar en la calle 1 con carrera 4 del barrio la Esperanza donde este sujeto se bajó de la camioneta tocó la puerta del inmueble nomenclatura 4-08 observamos cuando este sujeto de la pretina del pantalón saca un arma de fuego similar a un revolver calibre 38, nuevamente le solicitamos que se detuviera, abrieron la puerta de la casa de nomenclatura 4-08 y este arrojó el arma al interior del inmueble el sujeto se devolvió y se abalanzó encima lanzándome en repetidas ocasiones golpes, llegando al momento más patrullas uniformadas de apoyo, tratamos de reducirlo pero este puso resistencia, tratando de entrar a la casa de nomenclatura 4-08, de la cual salieron varias personas armadas con cuchillos y machetes, insultando a los uniformados y agrediéndolos físicamente de lo cual el conductor del vehículo queda reducido y se le pusieron las esposas. El conductor del vehículo o agresor se identificó como ELBER PENAGOS YAIMA con C.C 93.133.986 de Espinal, de inmediato siendo la 01:25 horas el patrullero Tovar Muñoz Richard le informa a ELBER PENAGOS YAIMA el motivo de la captura, el capturado fue trasladado hasta las instalaciones de la Policía al igual que el vehículo con el fin de evitar asonada por parte de la comunidad y salvaguardar la integridad de los Policías, una vez en el distrito de Policía en presencia de ELBER PENAGOS YAIMA el suscrito efectuó un registro a la camioneta, encontrando una bolsa plástica color negro que al destapar se hallaba una bolsa plástica color blanco la cual contenía 106 cartuchos calibre 7.62 de diferentes lotes al revisar la guantera 3 cartuchos 9 mm y 3 cartuchos calibre 38, es de anotar que al señor ELBER PENAGOS YAIMA se le percibió aliento alcohólico tornándose agresivo e insultando con palabras soeces a los Policiales, de igual manera se le informó de su captura a su señora esposa Amparo que hizo presencia en el Distrito, se deja constancia que los familiares y personas allegadas al capturado se aglomeraron en la entrada de la estación de Policía armando escándalo y tratando de impedir el procedimiento Policial siendo la 01:45 a.m. se le informa a la señora Fiscal que se encuentra en turno (...)”

- Copia de formato de acta de incautación, de fecha 13 de julio de 2013, suscrita por el señor LEANDRO VALERO RODRIGUEZ, donde consta que se incautaron (106) cartuchos calibre 5-56 marca IM de diferentes lotes, (3) cartuchos 9mm marca Indumil sin lote, (3) cartuchos calibre 38 especial marca Indomil, y donde se deja como observación que la persona capturada ELBER PENAGOS YAIMA, se negó a suministrar datos del lugar de su residencia y número de celular²⁰.
- Informe investigador de laboratorio –FPJ–13, de fecha 22 de julio de 2013, en donde consta el estado de conservación de la munición incautada²¹.
- Registro de continuidad de los elementos materia de prueba o evidencia²².
- Formato de investigador de campo –FPJ– 11, de fecha 11 de septiembre de 2013, en donde se realizan labores de verificación, y verificación de identidad del señor ELBER PENAGOS YAIMA²³.
- CD – Contenido: Audio audiencias de Juicio Oral y lectura de fallo²⁴.
- Copia acta audiencias preliminares, de fecha 23 de julio de 2013, realizadas por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, - Legalización de captura, Incautación EMP, Formulación de imputación y Medida de aseguramiento, en donde consta²⁵:

“1.IMPARTIR LEGALIDAD A LA CAPTURA realizada el día 22 de julio de 2013, a las 1:25 horas al indiciado antes mencionado en la Estación de Policía de El Espinal Tolima. Sin recursos.

2.- IMPARTIR LEGALIDAD a la incautación de 106 cartuchos calibre 5.56 maca IM de diferentes lotes; tres cartuchos 9 milímetros Indumil sin lote y otros tres cartuchos calibre 38 Especial marca Indumil; con fines probatorios; como el vehículo marca Renault de placas MWL571. Con fines de comiso. Sin recursos.

3.- IMPARTIR LEGALIDAD A LA FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN realizada por la Fiscalía General de la Nación en contra del indiciado antes a indicado, EN CALIDAD DE AUTOR DEL DELITO FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE, TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES (Art. 365; 366, C.P.). La cual no fue aceptada por el Imputado.

4.- IMPONE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO CONSISTENTE EN DETENCIÓN PREVENTIVA EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO. Sin recursos.”
- Acta de audiencia preliminar, de fecha 18 de diciembre de 2013, precedida por el Juzgado Segundo Penal Municipal Con Funciones de Control de

²⁰ Folio 28

²¹ Folios 29 a 32

²² Folios 33 a 34

²³ Folios 35 a 56

²⁴ Folio 57

²⁵ Folios 58 a 59

Garantías de Ibagué, en donde se suspendió la diligencia a fin de estudiar el caso ante la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento dictada en contra del señor ELBER PENAGOS YAIMA²⁶.

- Acta de audiencia preliminar, de fecha 7 de enero de 2014, en donde se resolvió²⁷:

“1- NEGAR LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EECTUADA POR LA DEFENSORA DEL ACUSADO ELBER PENAGOS YAIMA. SIN RECURSOS.”

- Copia audiencia formulación de acusación, de fecha 10 de octubre de 2013, en contra del señor ELBER PENAGOS YAIMA, en donde la Fiscalía acusó al imputado del delito de Fabricación y porte de armas y municiones de uso privativo de las FF.MM. artículo 366, con el agravante del inciso 3 del artículo 365 y el agravante del numeral 3 del 365, en concurso con la Fabricación y Porte de armas de fuego accesorios partes y municiones artículo 365, con el agravante de usar medios motorizados y el numeral 3 poner resistencia de forma violenta a los requerimientos de las autoridades. De la misma manera la Fiscalía realizó el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, los cuales no tuvieron objeción alguna²⁸.
- Copia acta de audiencia preparatoria, de fecha 14 de marzo de 2014, en la misma, el apoderado judicial del señor ELBER PENAGOS YAIMA, realizó el descubrimiento de los elementos materiales probatorios. El Juez decreta todas las pruebas de la Fiscalía y de la defensa²⁹.
- Copia audiencia juicio oral, de fecha 03 de abril de 2014, en la cual se practican los testimonios decretados y se dejan como probados los siguientes hechos³⁰:

“Instalados los elementos, las partes han declarado como probados 5 hechos: La plena identificación del señor ELVER PENAGOS YAIMA, la no tenencia de permiso de autoridad para el porte de armas, el arraigo e individualización la fijación fotográfica que se le hizo al vehículo y el experticio técnico realizado al vehículo”

- Acta continuación audiencia de juicio oral, de fecha 04 de abril de 2014, en la misma consta que se recibieron las declaraciones de los señores CARLOS ALBERTO TOVAR MARTINEZ, MARIA CAMILA MALAMBO VASQUEZ, WILSON GUTIERREZ DIAZ, LUIS JAIR SOTO OSPINA, GREYSI CATHERINE BARRERO FERIA, EFRE KENNEDY CAPERA RIOS, NANCY PENAGOS YAIMA, JOSÉ DAVID DE LA PAZ ALVAREZ³¹.

²⁶ Folio 60

²⁷ Folio 61

²⁸ Folios 62 a 54

²⁹ Folios 65 a 71

³⁰ Folios 72 a 78

³¹ Folios 76 a 78

- Acta continuación audiencia de juicio oral, de fecha 21 de abril de 2014, en donde rindió declaración el señor ALBERTO SALAS, además, las partes presentan sus alegatos finales, y se dicta por parte del Juez sentido del fallo de carácter absolutorio por duda probatoria, tal como lo expone el art 449 de la Ley 906 de 2004, disponiendo inmediatamente la libertad del señor ELBER PENAGOS YAIMA.³²
- Acta audiencia de lectura de fallo, de fecha 16 de mayo de 2014, en donde el Juez efectuó la lectura del fallo en el cual ABSOLVIO al señor ELBER PENAGOS YAIMA, por los delitos de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS con concurso heterogéneo con el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO PARA USO DE DEFENSA PERSONAL, con circunstancias de mayor punibilidad por los numerales 1 y 3 (utilización de medios motorizados y agresión contra servidor público)³³.
- Sentencia dentro del proceso con número de radicado 732686000452201380193 NI 26511, adelantado contra ELBER PENAGOS YAIMA³⁴:

“SENTIDO DEL FALLO: concluido el debate probatorio, este despacho establece **que por un error de procedimiento en la aprehensión del acusado** que impide apreciar la tesis de la fiscalía, tampoco dar por probada la tesis de la defensa. Por ende, lo mínimo que debe advertir es que la presunción de inocencia se encuentra incólume y como quiera que existe duda probatoria que impide llegar afirmar con certeza una postura, se debe favorecer los intereses de quien está siendo sometido a la acción penal. En ese contexto se absuelve por duda probatoria al señor ELBER PENAGOS YAIMA por las conductas por las cuales fue acusado, establecidas en el artículo 365. Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego, Accesorios, Partes o Municiones y el artículo 366. Fabricación, Tráfico y Porte de Armas de uso privativo de las fuerzas armadas y explosivos, con las siguientes circunstancias “1. Utilizando medio motorizados” y “3. Cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimiento de las autoridades”. Como quiera que se dictará fallo de carácter absolutorio se dispone la libertad del acusado hasta tanto no se emita el fallo respectivo.

(...)

Para este funcionario judicial, se presentó un error de procedimiento y que el mismo genera una duda, pues no se logra desvirtuar la tesis de la defensa, en atención a que concurren pruebas a favor y en contra, de cargo y descargo, de afirmaciones y negaciones, los cuales como fenómenos proyectan sus efectos de incertidumbre de esta presidencia respecto a la responsabilidad del acusado, que debe ser cobijado con esa prerrogativa de la presunción de inocencia. Lo

³² Folios 79 a 80

³³ Folio 81

³⁴ Folios 82 a 97

anterior surge de apreciar las pruebas en conjunto, pues enfrentada a la tesis de la flagrancia, se debe determinar si tales presupuestos se han consolidado.

(...)

Efectivamente hay hechos probados y sobre los cuales no cabe discusión, el encuentro entre los policiales PT RICHARD TOVAR MUÑOZ y el PT LEANDRO VALERO RODRIGUEZ, y se puede precisar, por lo menos, en dos lugares, en la vivienda de la hermana del enjuiciado y en la estación de policía. De la misma forma, y así lo enseña el médico legista, hubo en ese encuentro, dos personas lesionados, lo que demuestra que si hubo una acción forzada. Igualmente, que el vehículo fue trasladado a la estación de policía. Estos hechos, son puntos confluentes de las dos partes.

(...)

Ahora bien, la defensa parte del hecho de la existencia de un móvil, y que tiene que ver con la posibilidad de ser unos agentes del orden que estaban involucrados en una conducta punible, valga aclarar, por parte de otros miembros de la institución. Este aspecto lleva a la conclusión indefectible que se trata de una solidaridad de gremio, pues, de ser válida esta postura, se trata de otros policiales diferentes de quienes intervinieron en este operativo, si bien de la conducta ilícita y buscaban ocultar lo acaecido para favorecer a otros compañeros, algo que se queda en la apreciación subjetiva, pues nada de ellos se aportó y, como lo indica la fiscalía, resulta inverosímil.

(...)

De manera objetiva y desprevenida, es incuestionable que no se le puede dar la razón a alguna de las dos partes en contienda jurídica. Hay un margen de duda, específicamente y en referencia con los ilícitos por los cuales fue acusado, si el enjuiciado realmente transportaba dichos elementos. Tampoco se puede concluir que hayan sido los agentes que allí los plantaron, se trata de una situación que, desde el ámbito argumentativo, entra en posibilidades, empero, no lo es menos que tal inferencia racional, de acuerdo a lo probado en el juicio oral, no se ha demostrado eliminando la duda razonable. Lo anterior en razón a que resulta inverosímil que se acuda a tan deleznable practica sin elementos de juicio alguno para implantar tal cantidad de elementos de guerra.

(...)

No se tienen elementos de juicio para decir que las partes faltaron a la verdad, dada las inconsistencias advertidas. Lo que si se pone de presente es que hay un desarrollo no claro del procedimiento policial adelantado, tal como se indicó anteriormente, y que empaña su práctica, pues en verdad **sí hubo una resistencia al operativo policial, si todo estaba licito, ¿por qué hubo resistencia u oposición violenta?** allí es donde no se debe dejar de exigir la norma constitucional citada, frente a las autoridades públicas, valga decir, hubo

un motivo que, por lo menos en el juicio oral no se aportó, llevó a la intervención policial, empero que, dadas las particularidades precisadas, no puede establecer que haya sido propio del estado de flagrancia que se ha alegado. Es más allí están otros hechos que deberá determinarse, tal como fue el de la **violencia que se ejerció contra los servidores públicos y el daño en bien ajeno**, hechos que no son objeto de este proceso penal, pero que, en respaldo de la tesis de la fiscalía, pudieron facultar la intervención de los agentes de policía. No obstante, frente al hallazgo de la munición, no se puede concluir de tal manera, pues como se concluyó precedentemente, hay hechos que empañan dicho procedimiento y general la incertidumbre que se ha concretado.

En ese contexto, concluye el despacho que la responsabilidad del acusado no se demostró cabalmente, empero, se advierte que tampoco lo aducido por la defensa, y como quiera que dentro del proceso se dieron inconsistencias, considera este funcionario judicial que lo acaecido para el día 22 de julio de 2013, concretamente refiere el actuar del señor PENAGOS a quien se le imputaron los delitos de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS, MUNICIONES DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS en concurso heterogéneo y sucesivo con el punible de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS , PARTES O MUNICIONES no se demostró en un grado de conocimiento que elimina la duda probatoria.

En este orden de ideas y con fundamento en lo normado en el artículo 7 de la Ley 906 de 2004 y que en el caso en concreto adquiere ímpetu, el favorecimiento del acusado, se absolverá al enjuiciado ELBER PENAGOS YAIMA por los delitos por los cuales fue acusado.” (Negrillas del despacho)

- Recurso de apelación, propuesto por la Fiscalía General de la Nación, en contra de la sentencia proferida el 16 de mayo de 2014, que absolvió al señor ELVER PENAGOS YAIMA³⁵.
- Desistimiento del recurso de apelación, en virtud de que cursan denuncias penales contra un oficial que al parecer colocó dolosamente los proyectiles por los que el juzgado absolvió³⁶.
- Oficio N° SPA 04034 por medio del cual el Tribunal Superior – Sala Penal – Secretaria Ibagué – Tolima, aceptó el desistimiento del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento³⁷.
- Oficio 639-COIBA-AJUR-DIR-1745 de fecha 04 de marzo de 2015, suscrito por el INPEC, donde consta que el señor ELBER PENAGOS YAIMA ingresó al establecimiento carcelario el 23 de julio de 2013 mediante boleta de

³⁵ Folios 98 a 108

³⁶ Folio 109

³⁷ Folios 114

detención emitida por el Juzgado Segundo Penal Municipal del Espinal, y se dio de baja por libertad de autoridad el día 22 de abril de 2014³⁸.

- Oficio 639-COIBA-VIS, de fecha 25 de noviembre de 2011, mediante el cual el INPEC realiza un reporte de visitas al interno ELBER PENAGOS YAIMA, durante su permanencia en el Complejo Penitenciario y Carcelario COIBA³⁹.
- Noticia periodística, periódico El Nuevo Día, de fecha 23 de julio de 2013⁴⁰.
- Noticia periodística, periódico Extra Girardot, de fecha 23 de julio de 2013⁴¹.
- Noticia periodística, Diario Ecos del Combeima⁴².
- Noticia periodística, Diario Ecos del Combeima, de fecha 22 de abril de 2014⁴³.
- Noticia periodística, Diario Extra Girardot, de fecha 15 de octubre de 2015⁴⁴.
- Certificación, suscrita por el abogado JABER RUBEN SILVA MOLINA, en el que consta que el señor ELBER PENAGOS YAIMA, le canceló la suma de (\$20.000.000) por concepto de pago de honorarios, por la representación de sus intereses dentro del proceso penal con radicado N° 7326860004522013801193⁴⁵.
- Certificación, suscrita por el investigador privado EFRE KENNEDY CAPRERA RIOS, en donde consta que el señor ELBER PENAGOS YAIMA le canceló la suma de (\$5.000.000) por concepto de servicios profesionales como investigador privado dentro del proceso penal con radicado 7326860004522013801193⁴⁶.
- Certificación, suscrita por el señor JOSE DAVID DE LA PAZ ALVAREZ, en el que consta que el señor ELBER PENAGOS YAIMA, le canceló la suma de (\$3.000.000) por concepto de honorarios, servicios profesionales como investigador privado, dentro del proceso con radicado 7326860004522013801193⁴⁷.
- Constancia de conciliación extrajudicial, de fecha 12 de agosto de 2016, Procuraduría 163 Judicial II para Asuntos Administrativos⁴⁸.
- Oficio No. S-2016-041597 SUBIN GRAIC del 07 de septiembre de 2016, suscrito por el Jefe del Grupo de Análisis y Administración de Información Criminal SIJIN DETOL, en donde informan sobre antecedentes penales y

³⁸ Folio 114

³⁹ Folios 115 a 117

⁴⁰ Folios 118 a 119

⁴¹ Folios 120 a 121

⁴² Folio 122

⁴³ Folio 123

⁴⁴ Folio 126

⁴⁵ Folio 128

⁴⁶ Folio 129

⁴⁷ Folio 130

⁴⁸ Folio 131

contravencionales del señor ELBER PENAGOS YAIMA, AMPARO FERIA BRIÑEZ, RENE MURILLO CRUZ, YOVANNY GARCIA SOTO, LUIS JAIR SOTO OSPINA, MARÍA CAMILA MALAMBO VELASQUEZ, NANCY PENAGOS YAIMA, LUZ MARINA PENAGOS YAIMA, ESPERANZA PENAGOS YAIMA, FRANCY ASTRID PENAGOS YAIMA, JOVANNA PENAGOS YAIMA, MARLENE PENAGOS YAIMA, OLGA MARIA PENAGOS YAIMA, ABRAHAM PENAGOS YAIMA⁴⁹.

- Oficio No. 341 del 27 de septiembre de 2016, suscrito por el Escribiente S.P.A del Centro de Servicios Judicial – Sistema Penal Acusatorio de Ibagué⁵⁰.
- Oficio S-2016-004314 INSGE INDER del 15 de noviembre de 2016, suscrito por el Inspector Delegado Regional de Policía No. 2, en donde consta que no se adelantó investigación disciplinaria alguna en contra del señor teniente WILMER ORLANDO ANTELIZ GONZALEZ por los hechos dados a conocer por el señor ELBER PENAGOS YAIMA, para la madrugada del 22/07/2013, cuando se desplazaba por el centro del Espinal en el vehículo de placas MWL571 y fue perseguido hasta su vivienda por unidades de la SIJIN de la Policía Nacional⁵¹.
- Oficio S-2016-059047 REGIN SIJIN del 26 de noviembre de 2016, suscrito por el Responsable de Talento Humano SIJIN DETOL, donde informa que verificado el archivo intermedio físico de esa seccional y la UBIC Espinal, no se halló ningún antecedente de personal adscrito a esta Seccional quienes hubiesen conocido y/o participado en procedimiento Policial alguno con el señor ELBER PENAGOS⁵².
- Oficio S-2017-002417 COMAN GUGED del 20 de enero de 2017, suscrito por el Responsable de Archivo DETOL⁵³.
- Oficios S-2017 001255 SEGEN UNDEJ de fecha 12 de enero de 2017, por medio del cual se pide información del señor ELBER PENAGOS YAIMA⁵⁴.
- Correo electrónico de fecha 20 de enero de 2017, mediante el cual al oficina de reseña del COIBA Picalaña - Ibagué hace saber la situación actual del señor ELBER PENAGOS YAIMA, se encuentra recluido en el establecimiento carcelario EPMSC ESPINAL desde el día 15 de diciembre de 2016, sindicado por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Armas de Fuego o Municiones, a órdenes del Juzgado 2 Penal Municipal del Espinal, con fecha de captura 13 de octubre de 2015⁵⁵.
- Oficio No. S-2017- SEGEN-UNDEJ-29 del 01 de junio de 2017, suscrito por el Teniente JORGE ANDRES ALVARADO ALONSO, en donde pone en conocimiento el oficio S-2017-01090 DIUNO-ESESP de fecha 29 de mayo

⁴⁹ Folios 245 a 253

⁵⁰ Folio 254 a 273

⁵¹ Folio 274

⁵² Folio 275

⁵³ Folio 276 a 279

⁵⁴ Folio 280

⁵⁵ Folio 282

de 2017, firmado por el señor Capitán Juan Pablo Mosquera Oviedo comandante estación de Policía Espinal DETOL, en el cual se hacen llegar copia de poligrama No. 00286 de fecha 28 de abril de 2017 donde se hace referencia a la novedad presentada el 28 de abril de 2017 en el Espinal Tolima – donde fallece el señor ELBER PENAGOS YAIMA⁵⁶.

- Certificado de registro civil de defunción No. D 3911249, ELBER PENAGOS YAIMA⁵⁷.
- Oficio No. S-2017-/ SEGEN-UNDEJ-29 de 05 de julio de 2017, suscrito por el Teniente JORGE ANDRES ALVARADO ALONSO, Jefe Unidad de Defensa Judicial Tolima, mediante el cual allega el proceso Oficio 0198 del 27 de junio de 2017, firmado por el señor Carlos Gustavo Tapia Guzmán, asistente de la Fiscalía 23 Seccional Espinal Tolima, en el cual allegan información referente al deceso del señor ELBER PENAGOS YAIMA⁵⁸.

“Oficio No. 0198

En cumplimiento a lo ordenado por la Fiscalía 23 Seccional de Espinal Tolima, me permito informarle que en esta Delegada Seccional, se adelanta investigación por los hechos ocurridos el pasado 28 de abril de 2017, en horas de la tarde en la calle 1 No. 5 - 13 del barrio San Rafael de esta ciudad, en donde sujetos desconocidos portando armas de fuego le cegaron la vida al señor ELBER PENAGOS YAIMA, CC. No. 93.133.986, y dejaron lesionado al señor EDWIN DUBAN MONTAÑA PENAGOS, C.C No. 1.105.691.798, dichas diligencias se encuentran en Etapa de Indagación”

DECLARACIÓN DE PARTE

- **AMPARO FERIA BRIÑEZ** (*Min. 12:54 a 27:30 CD. Fol. 369 Aud. Pruebas*), expuso que actúa en el proceso como esposa del señor ELBER PENAGOS YAIMA (q.e.p.d), del que dependía económicamente junto a su hijo. De la misma manera expresó que su esposo al momento de la captura trabajaba en una fama, *trabajador de Don Giovanny*, aunque señaló que no sabe exactamente el lapso en el cual trabajó allí. Depuso acerca de la conformación de su núcleo familiar afirmando que estaba conformado por el señor ELBER PENAGOS YAIMA y sus dos hijos. Expuso que el señor ELBER PENAGOS YAIMA fue capturado 3 veces.

TESTIMONIOS

➤ *A instancia de la parte demandante*

- **MARIA CAMILA MALAMBO VELÁZQUEZ** (*Min. 29:30 a 43:37 CD. Fol. 369 Aud. Pruebas*), declaró acerca de los hechos, manifestando:

⁵⁶ Folio 350

⁵⁷ Folio 357 y 377

⁵⁸ Folios 358 a 359

“Despacho: Conoce usted a la familia Penagos Yaima? **Contestó:** la conozco porque enseguida de la casa vive la señora Marleny Penagos y Marina Penagos, que son las hermanas del señor ELBER PENAGOS YAIMA. (...)

Preguntado: Podría manifestar cómo fue la captura del señor ELBER PENAGOS YAIMA? **Contestó:** Esa captura fue a la media noche, escuchamos voces, gritos y nos asomamos a ver y cuando vimos fue que estaban sacando al señor ELBER PENAGOS YAIMA de la casa de la hermana Marleny, la Policía y lo estaban halando, y la Policía le echó gases lacrimógenos a los hermanos. **Preguntado:** Recuerda usted los delitos por lo que fue acusado el señor ELBER PENAGOS YAIMA? **Contestó:** A él lo estaban acusando era por armamentos, armas, pero en ese momento la Policía abrió la camioneta pero ahí no habían armas, cuando lo cogieron en la casa de la hermana, ahí no habían armas, simplemente abrieron la camioneta y no sacaron nada, la camioneta se la llevó un funcionario de la Ley y a él lo echaron en la camioneta de la Policía. **Preguntado:** Sabe usted si aparte del allanamiento del vehículo que dice que no encontraron ningún armamento se hizo allanamiento en alguna otra parte? **Contestó:** La única parte donde yo vi que hicieron allanamiento fue donde lo capturaron, en la casa de la hermana. **Preguntado:** Dónde o en qué lugar estaba usted observando cuando sacaban al señor ELBER PENAGOS YAIMA de la casa de la hermana? **Contestó:** En la esquina. **Preguntado:** A qué distancia estaba usted de la camioneta mientras la requisaban? **Contestó:** Pues en la esquina, no estaba tan lejos, tres casas de distancia. Los Policías entraron a la camioneta, miraron, pero no sacaron nada y se montaron y se fueron, no vi nada más. **Preguntado:** el procedimiento fue pasivo o existió alguna alteración o la gente no estuvo conforme o la familia del señor ELBER PENAGOS YAIMA protagonizó algún desorden frente a la captura? **Contestó:** La hermanas preguntaban por qué se estaban llevando al hermano, ahí la SIJIN sacó gases y les mandó a ellas, ahí no se podía decir nada porque a ellas le ardían los ojos. **Preguntado:** Manifieste si las personas tenían algo que las identificara como SIJIN. **Contestó:** No, no llevaban ningún chaleco, ahí en el espinal se conoce que la SIJIN siempre son de civil, por eso decimos que es la SIJIN. **Preguntado:** usted vio que el Policía ingresó a la camioneta y no sacó nada o usted vio que dentro de la camioneta no había nada? **Contestó:** Abrieron la camioneta, porque le abrieron todas las puertas, yo lo que observé es que ellos miraron y pues de ahí no sacaron nada. **Despacho:** La detención no se produjo en la casa del señor ELBER PENAGOS YAIMA. **Contestó:** fue donde una hermana. **Despacho:** Cuál fue la hora de los hechos y porqué los presencié? **Contestó:** Para ese tiempo yo estaba embarazada, había un Circo en el barrio, ese circo se acabó tarde la función, como a la media noche y ya al momentico comenzó”

- **GREISY KATHERINE BARRERO FERIA** (Min. 45:20 a 01:01:42 CD. Fol. 369 Aud. Pruebas), declaró acerca de los hechos:

“Despacho: Cuál es su parentesco con el señor ELBER PENAGOS YAIMA? **Testigo:** Ninguno, sólo era la sobrina de la esposa. Apoderada de la Fiscalía: presenta la tacha del testimonio, pues por razón del parentesco se podría ver afectada la imparcialidad u objetividad del mismo. **Despacho:** usted sabe porqué ha sido llamada a declarar?. **Testigo:** sí por un falso positivo que le hicieron a ELBER PENAGOS YAIMA, por una cosa que él no hizo, **Despacho:** qué elementos de juicio tiene para afirmar eso. **Testigo:** eso fue lo que dijeron. **Preguntado:** Dónde se encontraba usted para el momento en que fue capturado el señor ELBER PENAGOS YAIMA. **Contestó:** yo me encontraba afuera hablando con una amiga. **Preguntado:** usted se dio cuenta si el señor ELBER PENAGOS YAIMA se le

encontró material armamento o munición dentro de la camioneta que manifiesta haber visto? **Contestó:** No señor, cuando yo llegué al distrito la camioneta estaba con las cuatro puertas abiertas, la puerta de atrás del carro abierta, yo estaba grabando con mi celular y en ese momento no, después de que se montaron los uniformados a revisarla. **Preguntado:** qué vio que bajaran del vehículo? **Contestó:** en ese momento nada. **Preguntado:** a qué distancia se encontraba de la camioneta? sí alcanzaba a observar el interior de la camioneta? **Contestó:** A 2 metros, sí alcanzaba a ver todo, el carro tenía todas las puertas abiertas, no tenía nada adentro, sí me di cuenta que un señor que estaba de civil llegó con unos guantes negros y una bolsa en la mano, y era el único que se subió al carro, y abrió el capó y vació lo que llevaba en la bolsa ahí, no sé qué era lo que traía en la bolsa. **Preguntado:** El Policía que estaba registrando el vehículo era uniformado o de civil? **Contestó:** de civil. **Preguntado:** usted conserva la grabación cuando revisaban el vehículo? **Contestó:** no señor, cuando veo que lo están cargando yo empiezo a gritar y él se da cuenta que estoy grabando, me insulta y le dice a los otros uniformados que me quiten el celular, fue cuando todos se me vienen encima y con un bolillo me pegan en la mano cuando yo estaba grabando y el celular salió volando y ellos lo cogieron, hasta el otro día mi mamá fue a decir que me entregaran el celular y me lo entregaron al otro día sin memoria, **Preguntado:** en términos de distancia cuantas cuadras hay del lugar donde vio la camioneta pasar, al lugar donde vio que la revisaban? **Contestó:** ni idea cuántas cuadras.”

- **JABER RUBEN SILVA MOLINA** (Min. 01:02:54 a 01:17:00 CD. Fol. 369 Aud. Pruebas), declaró acerca de los valores que se le cancelaron por la defensa técnica del señor ELBER PENAGOS YAIMA, en lo que manifestó:

“Preguntado: en qué calidad conoció al señor ELBER PENAGOS YAIMA **Contestó:** Lo conocí en calidad de usuario de un contrato de prestación de servicios de abogado en una investigación penal que se le inicia al señor YAIMA en el municipio del Espinal Tolima si mal no recuerdo en el año 2013 o 2014. **Preguntado:** cuál fue el costo de la contratación. **Contestó:** si mal no recuerdo fue de \$20.000.000. **Preguntado:** dentro del proceso hubo algo que le llamara la atención?. **Contestó:** me llamó la atención el caso, por las inconsistencias que presentó el proceso desde sus inicios, el acta de incautación que presentó la Policía daba cuentas de municiones del calibre 5.56 en tanto que las que se remitieron a balística fueron del calibre 7.62 m.m, me llamó también la atención que dentro del informe pericial que envió el balístico de la Policía Nacional indicó que había descompuesto alrededor de 18 o 19 cartuchos para establecer el estado de conservación, cuando a instancia de la defensa se hizo ese experticio se encontró que la totalidad de los cartuchos estaban en las mismas condiciones. También me llamó la atención que dentro de la investigación que hicimos nosotros para defender los intereses y digo nosotros porque a cargo de la defensa también habían dos investigadores, el señor David de la Paz Álvarez y F. Kenny Capera Ríos, también participó en la defensa un balístico, Wilson Rodríguez, y se logró establecer que las municiones que presuntamente se le habían incautado al señor ELBER PENAGOS YAIMA habían sido adquiridas por la Policía Nacional a la Industria Militar de Colombia, lo que no se logró determinar es exactamente a que unidad pertenecían a esas municiones y merced a eso el Juez absolvió de todo cargo a mi representado. **Despacho:** usted manifiesta un contrato de prestación de servicios, fue verbal o escrito? **Contestó:** Fue verbal.”

- **LUIS JAIR SOTO OSPINA** (Min. 01:18:20 a 01:29:55 CD. Fol. 369 Aud. Pruebas), declaró acerca de los hechos :

“Preguntado: sabe usted porqué capturaron al señor YAIMA. **Contestó:** lo capturaron porque dicen que le habían encontrado unas municiones en la camioneta. **Preguntado:** qué recuerda de esa captura? **Contestó:** al señor lo ultrajaron, dándole puños unas personas de civil, lo echaron a la camioneta y se lo llevaron y esculcaron la camioneta y yo vi que no sacaron absolutamente nada. **Preguntado:** a qué distancia estaba de la camioneta? **Contestó:** a unos 10 metros. **Preguntado:** Cómo sabe que no sacaron nada del vehículo. **Contestó:** porque abrieron las puertas de la camioneta y no sacaron nada. **Preguntado:** desde donde se encontraba tenía visión plena al interior de la camioneta? **Contestó:** yo estaba a 10 metros, no vi nada, solo vi que esculcaron y no sacaron nada, no tenía visión al interior de la camioneta.”

➤ A instancia de la parte demandada

- **TENIENTE. WILMER ORLANDO ANTELIZ GONZALEZ** (Min. 01:32:01 a 01:51:50 CD. Fol. 369 Aud. Pruebas), declaró acerca del procedimiento realizado el día 22 de julio de 2013, circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la captura del señor ELBER PENAGOS YAIMA:

“Preguntado: manifieste si para el 22 de julio del 2013 usted participó en la captura del señor ELBER PENAGOS YAIMA. **Contestó:** No señor. **Preguntado:** sabe usted los motivos por los cuales usted fue nombrado en este proceso? Firmó algún documento frente a la captura de ELBER PENAGOS YAIMA? **Contestó:** No señor, pero sí sé porqué me relacionan. En esa época yo era jefe de la SIJIN del Tolima y manejaba una comisión donde se investigaba unos factores delincuenciales que se llevaban en esa región; cuando capturan al señor ELBER PENAGOS YAIMA, en esa diligencia salió herido el Mayor Reyes, le atravesaron un puñal en la espalda, se lo atravesó la señora YAMILE PENAGOS, ahí es donde me dan la orden de investigar lo que sucede con esta familia porque hicieron una asonada en ese lugar, así es como se inicia una investigación, por lo tanto se empezaron a recoger los elementos materiales de prueba, recolectar fuentes y vemos cómo esta organización criminal interviene o tenía cierto poder delincencial en el Espinal Tolima, tan así es, que se logró una fuente familiar de ellos que en estos momentos es protegido por la Fiscalía, se llama EBER EDUARDO YAIMA, posteriormente empezamos a indagar a qué se dedicaban, y nos damos cuenta que al parecer tenían relación con el micro tráfico, con el porte de estupefacientes, con incautación de armas de fuego, al darse cuenta de que los estábamos investigando, al darse cuenta de que el suscrito era el que llevaba la información, por eso me vi en esta situación y en otras en las que ellos de forma mal intencionada han hecho en contra mía, tan así es que la Fiscalía General de la Nación le tocó sacar este proceso, que todavía sigue en contra de algunos delincuentes del Espinal, se lo llevó para Bogotá, y tiene su reserva, tengo entendido que al señor ELBER PENAGOS YAIMA lo asesinaron. También sé que después de esa captura volvió a ser capturado por estupefacientes, volvió a ser capturado por porte ilegal y por tentativa de homicidio, el número de radicados si quieren se los doy, pero también pueden ser verificados y siempre es la misma situación y siempre es lo mismo: colocan a 3 o 4 personas a decir una serie de mentiras, a tergiversar las cosas, y a decir que “el Policía me cargó”, por eso sé que me mencionan ahí, aparte de eso me vi obligado a pedir protección porque sabía que me querían asesinar, máximo cuando hay unos audios de una interceptación que se le hizo a una de las líneas de los Penagos, no recuerdo muy bien si fue a la línea de Marina Penagos o Marleny Penagos, donde le dan parte al señor ELBER PENAGOS YAIMA estando en la cárcel de Picafeña, sacaron

una lista de intimidación. Me enteré por reportes de prensa que el señor ELBER PENAGOS YAIMA estuvo inmerso en el homicidio de un comerciante famoso del Espinal. Dejo constancia que las personas de la familia Penagos no me conocían, se puede constatar que cuando llegué no me identificaron, solo el apellido por eso me tomaron fotos.”

- **PATRULLERO LEANDRO MESIAS VALERO RODRIGUEZ** (Min. 01:52:58 a 02:08: CD. Fol. 369 Aud. Pruebas), declaró acerca del procedimiento realizado el día 22 de julio de 2013, circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la captura del señor ELBER PENAGOS YAIMA:

“Preguntado: Manifiéstele al Despacho qué sucedió el día 22 de julio de 2013
Contestó: Ese día nos encontrábamos en el sector del parque mitológico del Espinal, nos encontrábamos de patrulla para el cierre de establecimientos públicos, observamos una persona que se sube a un vehículo color rojo, emprende su desplazamiento y empieza a hacer maniobras peligrosas en la vía. Con mi compañero Richard, abordamos a esta persona muy amablemente le solicitamos un registro, una identificación a la cual la persona violentamente arrancó la camioneta y nos la echó encima tumbando la motocicleta de la Policía Nacional, de ahí mi compañero me la ayudó a levantar, yo era el que iba manejando, iniciamos la persecución de esta persona, mi compañero empieza a reportar a la central de radio que un sujeto desconocido nos impactó con la camioneta al solicitar un registro de identificación, llegando a la calle 1 con carrera 4 en el barrio La Esperanza, este sujeto de baja del vehículo, le pedimos que se detenga y empezó a insultarnos, cuando observo que el señor sacó un revólver de la pretina del pantalón golpeó a una puerta, abrieron la puerta, tiró el revólver y en ese momento se me vino encima y empezamos a forcejear. En ese momento empezaron a salir gente de esa casa, y de las demás, a agredirnos a nosotros los Policías, ahí mi compañero empezó a llamar a la central porque era demasiada gente con palos, terrible, entonces llegaron nuestros compañeros uniformados a acompañarnos en el procedimiento, ahí ya se logró controlar a esas personas, logramos capturar al señor y subirlo al vehículo de la Policía, de ahí salimos en caravana para la estación, allí se le informó que se iba a incautar el vehículo como prueba de que usted nos arrolló con el vehículo, ahí nos empezó a insultar, nos escupió la cara, ahí fue cuando con mi compañero y en presencia de él empezamos a hacerle el registro al vehículo y ahí fue cuando encontré en la parte de atrás hallé una bolsa negra, dentro de la bolsa negra una bolsa blanca, en su interior contenía unos cartuchos calibre 7.62 que ya los contamos, y en la misma situación empezó a insultarnos, que nos iba a mandar a matar, seguí haciendo el procedimiento y en la guantera encontré 3 cartuchos calibre 38 y tres cartuchos calibre 9 m.m, en ese momento empezó a llegar la familia de él a querer llevarse la camioneta, otra persona en la estación a quererse llevar al capturado ... fuera de eso mi Mayor Reyes se encontraba ahí y una familiar de él le metió una puñalada en el brazo, en el hombro y pues llegaron ahí a hacer una gresca, a armar problema en la estación, **Despacho:** usted estaba uniformado o de civil. **Contestó:** uniformado. **Preguntado:** Al momento de solicitar apoyo, llegó apoyo de la SIJIN? **Contestó:** llegaron unos pocos compañeros, ayudaron a controlar la situación. **Preguntado:** manifiéstele al despacho si en el lugar donde el señor ELBER PENAGOS YAIMA detuvo el vehículo fue posible registrar el mismo. **Contestó:** No se pudo realizar, porque estas personas salieron con palos, tirándonos piedras, insultándonos, no se pudo hacer el registro al vehículo en ese lugar. **Preguntado:** puede manifestar dónde registraron el vehículo? **Contestó:** fuera de la estación de Policía de Espinal. **Preguntado:** manifieste si por estos hechos ustedes fueron investigados penal o disciplinariamente por alguna

irregularidad durante el procedimiento policial?, **Contestó:** no señor. **Preguntado:** cuando usted abre la bodega de la camioneta, hay alguna persona que esté grabando? **Contestó:** que recuerde no. **Preguntado:** hubo algún incidente con alguna persona que estuviera grabando en ese momento? Para quitarle el celular? **Contestó:** No. **Preguntado:** ustedes denunciaron estos hechos de violencia contra servidor público? O qué delitos pusieron en conocimiento de la autoridad? **Contestó:** a mí me hicieron un examen en el hospital San Rafael un médico legista, me golpeó la espalda y una de las piernas.”

Bien, enlistado el material probatorio allegado el expediente, se tiene que la parte actora pretende que se declare administrativamente responsables a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL y a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por los perjuicios morales y materiales causados a los demandantes, con ocasión a la privación injusta de la libertad a la que se vio sometido el señor ELBER PENAGOS YAIMA.

ii) De la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y 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 la actuación u omisión de la administración.

Sobre este tema, la Ley 270 de 1996⁵⁹, establece:

“ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

“En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la **privación injusta de la libertad.**

(...)

“ARTÍCULO 68. PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”

(...)

“ARTÍCULO 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado”. (Resalta la Sala fuera del texto original).

⁵⁹ La Ley 270 de 1996 entró en vigencia el 7 marzo de 1996.

El H. Consejo de Estado había venido considerado en reiterada y profusa jurisprudencia, que a pesar de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad era absuelta por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991⁶⁰, se configuraba un evento de detención injusta y, por lo tanto, procedía la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud de lo normado en el artículo 90 de la Constitución Política, aplicando un régimen de responsabilidad objetivo como título de imputación.

Así, el Alto Tribunal llegó a exponer que las hipótesis establecidas en el artículo 414 antes citado (el hecho no existió, el hecho no constituyó delito o la persona privada de la libertad no lo cometió), al margen de su derogatoria, continuaban 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 podía acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar su decisión⁶¹.

De esta forma, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, el Órgano de Cierre había determinado que el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables en aquellos eventos en los que una persona era privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego, puesta en libertad en consideración a que se configuraban los supuestos legales que determinaban su desvinculación de la investigación penal, bien porque el **hecho imputado no existió o porque el sindicado no lo cometió o porque el hecho no es punible**, pues se consideró que el daño causado por esa privación de la libertad, se tornaba prima facie antijurídico y debía ser reparado por el Estado.

Se argumentó al efecto que la medida preventiva que hubiere privado al administrado del ejercicio del derecho fundamental a la libertad, de hallarse inmerso en alguna de tales causales, constituía una carga que ningún ciudadano estaba obligado a soportar.

Se consideraba además que la **presunción de inocencia** como un principio de categoría constitucional, consagrado en el inciso cuarto del artículo 29 de la Carta Política, según el cual *"Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable"*, implicaba el deber de las autoridades judiciales

⁶⁰ El tenor literal del precepto en cuestión es el siguiente: "Artículo 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave".

⁶¹ 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 (...)"

competentes de obtener las pruebas que acreditaran la responsabilidad del implicado⁶², de tal suerte que como garantía consustancial a la condición humana y de la cual, en este tipo de casos, *el sindicado goza al momento de ser detenido, la mantiene durante todo el tiempo por el cual se prolonga su privación de la libertad y, en la medida en que nunca puede ser desvirtuada por el Estado, cuando se pone término, definitivamente, al procedimiento penal, la conserva incólume*, la presunción referida se mantenía sin solución de continuidad, por lo que se enunciaba, a una persona a la que la Carta Política le atribuye y le ha mantenido, sin ambages, la condición de inocente, no tuvo nunca que soportar injusta y antijurídicamente *quizás la más aflictiva de las restricciones a su derecho fundamental a la libertad*⁶³.

Ampliando aún más el espectro de los eventos preclusivos de la investigación penal, la Sección Tercera del Consejo de Estado previó luego la posibilidad de que se pudiese declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente cuando la absolución deviniese en virtud de la aplicación del principio universal de *in dubio pro reo*, de manera tal que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se la medida de aseguramiento se expidiese con el lleno de las exigencias legales, se consideró que si el imputado no resultaba condenado, debía abrirse paso el reconocimiento de la obligación a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encontrara 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 detención preventiva-⁶⁴.

Por último es del caso indicar que el Alto Tribunal siempre consideró que si el daño es causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima, de conformidad con lo previsto en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, el Estado queda exonerado de responsabilidad.

La posición precitada fue revaluada por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, **Sala Plena de la Sección Tercera, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera de fecha quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018)**, radicado interno 46947, en la que se explicitaron las siguientes conclusiones:

a) En primer lugar señaló la Corporación que no basta con acreditar simplemente la existencia de la privación de la libertad y la ausencia de una condena, sino que es necesario ir más allá, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, para determinar, entre otras cosas, si el daño padecido con la privación de la libertad fue o es antijurídico o no.

Interpretarlo de otro modo implicaría, en palabras de la Corte Constitucional, en sentencia C-037 de 1996, que “... *se estaría permitiendo que en todos los casos en*

⁶² Al efecto puede consultarse la sentencia C-774 de 25 de julio de 2.001 de la Corte Constitucional.

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, a partir de la sentencia del 17 de octubre de 2013 (expediente 23.354).

⁶⁴ Sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp 13.168; sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 15.463, reiteradas por esta Subsección en sentencia de mayo 26 de 2011, exp 20.299, entre muchas otras.

que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención” (Resaltado de la Corporación).

b) Rectificó la tesis conforme a la cual la medida de aseguramiento de detención preventiva, aun cuando constitucional, pugna con la **presunción de inocencia**, puesto que según reseñó la Sala Plena de la Sección Tercera, en primer lugar, la libertad no es un derecho absoluto y, en segundo lugar, por cuanto *aquella forma de restricción de la libertad no tiene relación alguna con esta última presunción, ni mucho menos comporta un desconocimiento de la misma, ya que, en la medida en que durante el proceso penal no se profiera una sentencia condenatoria, la inocencia del implicado se mantiene intacta. Añadió la Sección que de acuerdo con ello, si la terminación del proceso responde a su preclusión y si, por igual razón, la inocencia de la persona se sigue presumiendo, no hay cabida a hablar de un daño (mucho menos antijurídico) ni de una privación injusta de la libertad sobre la cual se pueda edificar un deber indemnizatorio fundamentado exclusivamente en la vulneración de dicha presunción.*

Por considerarlo relevante el Despacho recoge *in extenso* el planteamiento expuesto por la Sección Tercera:

“...por un lado, la imposición de esta clase de medida busca asegurar la comparecencia del sindicado al proceso (como lo admite el ordenamiento jurídico)⁶⁵ y, por otro lado, aquel principio sólo resulta desvirtuado una vez se agotan los trámites propios del proceso penal, mediante la decisión de declaratoria de responsabilidad en firme, pues, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución, “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”, garantía refrendada en tratados internacionales ratificados por Colombia como la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en el artículo 8, dispone que “toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”, y como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual prescribe que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” (artículo 14.2).

Entonces, como las medidas preventivas y las privativas de la libertad son de carácter cautelar, mas no punitivo -pues, según el numeral 3 del artículo 37 del Código Penal, “la detención preventiva no se reputa como pena”- puede asegurarse que no riñen, de manera alguna, con la presunción de inocencia, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, dado que esa presunción se mantiene intacta mientras a la persona investigada “no se le haya declarado judicialmente culpable” (art. 29 C.P.), esto es, “mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (Convención

⁶⁵ Artículo 250 de la Constitución, artículo 355 de la Ley 600 de 2000 y numeral 3 del artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

Americana sobre Derechos Humanos) o, lo que es lo mismo, "mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"⁶⁶, a pesar de lo cual es válidamente posible limitar su libertad en forma temporal, tal como lo prevén la Constitución (art. 28⁶⁷) y la ley (v.gr. artículo 308 del actual Código de Procedimiento Penal): en efecto, en sentencia C-689 de 1996, al decidir sobre la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 228 de 1995⁶⁸, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

"La presunción de inocencia, en la cual descansa buena parte de las garantías mínimas que un Estado democrático puede ofrecer a sus gobernados, no riñe, sin embargo, con la previsión de normas constitucionales y legales que hagan posible la aplicación de medidas preventivas, destinadas a la protección de la sociedad frente al delito y a asegurar la comparecencia ante los jueces de aquellas personas en relación con las cuales, según las normas legales preexistentes, existan motivos válidos y fundados para dar curso a un proceso penal, según elementos probatorios iniciales que hacen imperativa la actuación de las autoridades competentes.

"La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1 (sic), de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución.

"La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelante el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal"⁶⁹ (Subrayas de la Corporación).

Aclaró al efecto que aunque la prueba recaudada permita absolver al detenido o resulte insuficiente para establecer su responsabilidad penal, prevaleciendo en éste caso la presunción de inocencia *nada de ello implica, por sí mismo, que los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan sido necesariamente desvirtuados en el proceso penal y que la privación de la libertad haya sido, por tanto, injusta. Por esta razón, pretender que la imposición de una medida de aseguramiento, como la detención preventiva, se funde en la recaudación de una plena prueba de responsabilidad penal no es otra cosa que la contraposición a los postulados*

⁶⁶ Declaración Universal de derechos Humanos, artículo 11.

⁶⁷ "Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

"La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

"En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles" (se subraya).

⁶⁸ "Por la cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones".

⁶⁹ Al respecto, también se puede consultar, entre otras, la sentencia C-774 de 2001.

procesales dispuestos para tal fin por el legislador y a las atribuciones que la Constitución ha otorgado con ese mismo propósito a los jueces y a los órganos de investigación.

Explicó que durante las diferentes etapas en las que transcurre el proceso penal la exigencia de la prueba sobre la responsabilidad en la comisión de un hecho punible es mayor, de modo que, para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva, basta que obren en contra de la persona sindicada del hecho punible indicios graves de responsabilidad penal, según lo determinado en los artículos 388⁷⁰ del Decreto 2700 de 1991, 356⁷¹ de la Ley 600 de 2000 e, incluso, el 308⁷² del Código de Procedimiento Penal hoy vigente; otros los que se dan para calificar el mérito del sumario a través de la resolución de acusación (artículos 441 y 442 del Decreto 2700 de 1991, artículos 397 y 398 de la Ley 600 de 2000 y artículos 336 y 337 de la Ley 906 de 2004) y otros -bien distintos- los existentes para condenar, pues para esto último es preciso, como ya se dijo, tener total convicción, esto es, certeza plena de la responsabilidad del enjuiciado en la comisión del ilícito.

c) Consecuencia entonces de los anteriores planteamientos, la Sección modificó y unificó su jurisprudencia señalando que en adelante, será el funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio *iura novit curia*, quien deberá encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello.

En consonancia con esto, determinó que en los asuntos en los que se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, *cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.*

d) Además de ello, advirtió que el juez contencioso administrativo deberá verificar, de manera inexorable y aún de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

⁷⁰ "Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando (sic) contra del (sic) sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso ...".

⁷¹ "Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.

"Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso...".

⁷² "El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga ...".

En sentencia adiada 27 de septiembre de 2018, la Subsección A de la Sección Tercera, Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera, explicitó además, con base en la sentencia de unificación que se analiza, la forma en la que el juicio referido debe realizarse, indicando que el examen de la actuación de la víctima de la presunta privación injusta de la libertad, con el fin de determinar si la misma actuó con culpa grave o dolo y con ello dio lugar a la imposición de la medida, **se debe realizar previamente** a la determinación de responsabilidad de la administración con base en cualquiera de los títulos de imputación existentes, pues sólo cuando se hallare que el privado de la libertad no dio lugar con su conducta (gravemente culposa o dolosa) a la imposición de la medida, es factible analizar la responsabilidad del Estado.

El pronunciamiento es del siguiente tenor:

“La Sala indicó que, para tal fin, se torna imprescindible para el juez verificar, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad participó o incidió en la generación del daño alegado, es decir, si el demandante actuó con culpa grave o dolo, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Para el efecto, acudió al artículo 70 de la Ley 270 de 1996 que dispone que el daño “se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño.

En caso de que no se halle en el proceso ningún elemento que indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, se debe realizar el análisis de responsabilidad patrimonial bajo el título de imputación pertinente al caso concreto y se debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño⁷³. (Negritas y subrayas fuera de texto)

iii) Caso Concreto

El despacho entonces pasa a estudiar, de acuerdo con el material probatorio válidamente aportado al proceso, si existe responsabilidad por los daños causados a los demandantes, con ocasión de la privación de la libertad de la cual fue objeto el señor ELBER PENAGOS YAIMA.

En el caso bajo examen, se evidencia que: *i)* el día 22 de julio de 2013, en el Municipio de Espinal – Tolima, los patrulleros de la Policía Nacional LEANDRO MESÍAS VALERO y RICHARD ALFONSO TOVAR, persiguen al señor ELBER PENAGOS YAIMA quien se transportaba en un vehículo Duster marca Renault de placas MWL-571. El requerido no atendió el llamado de las autoridades,

⁷³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 76001-23-31-000-2002-03989 01(40112)

emprendiendo la huida, siendo capturado en la Calle 1ª con carrera 4 esquina debido a la posible comisión del delito de daño en bien ajeno y violencia contra servidor público *iii)* que el señor ELBER PENAGOS YAIMA, fue transportado junto a su vehículo, hacia la Estación de Policía *iv)* que en la Estación de Policía y una vez inspeccionado el vehículo, se incautaron 106 cartuchos calibre 5-56 marca IM de diferentes lotes, 3 cartuchos 9.9 mm Marca Indumil sin lote, 3 cartuchos calibre 38 especial Marca Indumil *v)* que los Policías Judiciales pusieron en conocimiento dicha situación a la Fiscalía General de la Nación, poniendo a disposición de esta entidad todos los elementos materiales probatorios. *vi)* que por solicitud de la Fiscalía General de la Nación, el Juez de Control de Garantías ordenó medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario al señor ELBER PENAGOS YAIMA, *vii)* que el 16 de mayo de 2014, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado con Función de Conocimiento, dictó sentencia dentro del proceso adelantado contra ELBER PENAGOS YAIMA, por las conductas punibles de Fabricación, Tráfico, y Porte de Armas, Municiones de Uso Restringido, de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas o Explosivos y Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego, Accesorios, Partes o Municiones, en la que absolvió al acusado por duda probatoria.

De la sentencia ante dicha, el Despacho resalta que el Juez Penal concluyó que la responsabilidad del acusado no se demostró cabalmente, resaltando que tampoco se encontró demostrado lo aducido por la DEFENSA, dejando en claro que se halló probado el encuentro entre los policiales Richard Tovar Muñoz y Leandro Valero Rodríguez con el señor ELBER PENAGOS YAIMA, en la vivienda de la hermana de este último y en la Estación de Policía. También señaló el Juez que conforme lo determinó el médico legista, de ese encuentro resultaron dos personas lesionadas, lo que en su criterio, demostró que sí existió una acción forzada. Encontró el togado igualmente demostrado, que el vehículo fue trasladado a la Estación de Policía.

De la misma manera, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado con Función de Conocimiento, respecto a la munición incautada, se refirió en los términos que el Despacho procede a dar en cita:

“Dígase, de manera adicional, que la defensa, en el fondo, acepta la existencia de tales elementos, es decir, unos cartuchos de armas de guerra o de la fuerza pública (Art. 8 del Decreto 2535 de 1993) y de uso personal, los cuales, según se mencionó por los testigos de la fiscalía, fueron hallados en la camioneta que conducía el acusado.

Esas pruebas determinan que se trata de elementos que, entre otros eventos, configura el transporte de munición de armas de fuego de uso privativo de la fuerza pública o de uso personal, situación que configura la tipicidad de los delitos por los cuales fue convocado a juicio criminal. Además que estaban aptos para afectar el bien jurídico de la seguridad pública.

Puesta así las cosas, el hecho que se trate de una inconsistencia en cuanto a la elaboración del acta de incautación de los elementos, en nada afecta el principio de mismidad, toda vez que, en conjunto, a juicio de este funcionario judicial, los elementos hallados al interior del rodante, son los mismos que se evocaron al interior del juicio oral. Situación que en nada afecta la tipicidad de las conductas imputadas.”

Así las cosas, si bien la exoneración de responsabilidad penal, del señor ELBER PENAGOS YAIMA, se produjo por duda probatoria, lo cierto es que en el presente asunto el Juzgado considera que se configura la causal eximente de responsabilidad consistente en la **culpa exclusiva de la víctima, toda vez que fue la conducta del demandante la que dio lugar a la investigación penal que se adelantó en su contra y que lo privó de su derecho fundamental a la libertad.**

Al respecto, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha definido los parámetros con base en los cuales resulta forzoso reconocer que la responsabilidad del Estado no puede quedar comprometida como consecuencia de la actuación de la autoridad pública en el caso concreto, en consideración a que el carácter de hecho causalmente vinculado a la producción del daño no es predicable de aquélla, sino del proceder *-activo u omisivo-* de quien sufre el perjuicio. Así pues, en punto de los requisitos para considerar que concurre, en un supuesto específico, el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad administrativa, Nuestro Órgano de Cierre ha expresado:

“Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño. Así, la Sala en pronunciamientos anteriores ha señalado:

‘... Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño...”⁷⁴ (resalta el Despacho)

De igual forma se ha dicho:

“... para que la culpa de la víctima releve de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir con los siguientes requisitos:

-Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si el hecho del afectado es la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es

⁷⁴ Consejo de Estado, Sentencia de 25 de julio de 2002 (exp. 13744), actor: Gloria Esther Noreña B.

total. Por el contrario, si ese hecho no tuvo incidencia en la producción del daño, debe declararse la responsabilidad estatal. Ahora bien, si la actuación de la víctima concurre con otra causa para la producción del daño, se producirá una liberación parcial, por aplicación del principio de concausalidad y de reducción en la apreciación del daño, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2357 del Código Civil.

-El hecho de la víctima no debe ser imputable al ofensor, toda vez que si el comportamiento de aquella fue propiciado o impulsado por el ofensor, de manera tal que no le sea ajeno a éste, no podrá exonerarse de responsabilidad a la administración..."⁷⁵⁻⁷⁶

En consonancia con lo anterior, para caracterizar los mencionados conceptos de **culpa grave y dolo**, la jurisprudencia⁷⁷ ha acudido a los criterios contemplados en el **artículo 63 del Código Civil**⁷⁸, de los cuales se extrae que el primero se corresponde con un comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, mientras que el segundo se equipara con la conducta realizada con la intención de generar daño a una persona o a su patrimonio.

En el presente asunto no puede menos que concluirse que con base en los elementos de prueba a los cuales se ha hecho alusión, está evidenciada la configuración de la causal eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima, señor ELBER PENAGOS YAIMA, en el acaecimiento del resultado en que se tradujo la decisión de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL al proferir una medida de aseguramiento en su contra, es decir, la pérdida de su libertad por solicitud de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, al recibir a su cargo elementos probatorios suficientes para determinarse que el señor ELBER PENAGOS YAIMA, era el presunto responsable del delito de Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego, Accesorios, Partes o Municiones y Fabricación, Tráfico, y Porte de Armas de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas y Explosivos, con el agravante de utilizar medios motorizados, y poner resistencia en forma violenta a los requerimiento de las autoridades.

Y es que, a juicio de éste Despacho, está plenamente acreditado la inexistencia del vínculo causal -desde la perspectiva de la causalidad adecuada-, entre la mencionada medida de aseguramiento y los perjuicios por cuya indemnización se

⁷⁵ Consejo de Estado, Sentencia de 2 de mayo de 2002 (exp. 13262, actor: Héctor A. Correa Cardona y otros.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veinte (20) de abril de dos mil cinco (2005), Radicación: 05001-23-24-000-1994-00103-01(15784), actor: Francisco Luis Vanegas Ospina y otros; Demandado: Municipio de Tarso.

⁷⁷ En este sentido se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias: Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente 17933; Subsección B, sentencia de 30 de abril de 2014, expediente 27414; Subsección C, sentencia de 2 de mayo de 2016, expediente 32126B; Subsección C, sentencia de 25 de mayo de 2016, expediente 35033; Subsección A, sentencia de 27 de enero de 2016, expediente 39311.

⁷⁸ ARTICULO 63. CLASES DE CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. // Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo. // Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. // El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. // Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. // El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

reclama en el *sub lite*, pues la privación de la libertad del señor ELBER PENAGOS ROJAS no tuvo su causa eficiente o adecuada en la actividad de la Administración de Justicia - *a pesar de ser la causa inmediata*- sino en la conducta asumida por la víctima.

En efecto, según lo demostrado en el proceso penal, el 22 de julio de 2013, los patrulleros Richard Tovar Muñoz y Leandro Valero Rodríguez, en medio de sus funciones de patrullaje en el sector del parque mitológico, observan a un ciudadano (ELBER PENAGOS YAIMA) sospechoso, presuntamente en estado de embriaguez, el cual se sube a una camioneta marca Duster, siendo alcanzado en la carrera 2 entre las calles 16 y 17 del Espinal, donde se le solicitaron los documentos de identificación, de repente arranca su huida a alta velocidad **derribando al Policial**, quien de inmediato pide apoyo a la central de radio informando lo sucedido, siendo alcanzado nuevamente en la Calle 1ª con carrera 4 esquina, en donde se presenta un enfrentamiento entre la fuerza pública y el señor ELBER PENAGOS YAIMA, razón por la cual es transportado junto con su vehículo a la Estación de Policía, lugar en donde el vehículo es inspeccionado, incautándose por parte del patrullero VALERO RODRIGUEZ, 106 cartuchos de diferentes lotes, 3 cartuchos 9 mm y 3 cartuchos calibre 38 especial.

Mírese entonces que según lo declaró el médico que elaboró el correspondiente informe médico legal de lesiones no fatales al señor ELBER PENAGOS YAIMA⁷⁹, éste concluyó que para el día 22 de julio de 2013 aquél se encontraba en el grado de embriaguez. Esto refuerza sin duda el relato de los patrulleros RICHARD TOVAR MUÑOZ y LEANDRO VALERO cuando afirmaron que el hoy fallecido PENAGOS YAIMA huyó del sitio en el que se le requirieron los documentos del vehículo en el que se transportaba, refugiándose al efecto en la casa de su hermana, lugar en el que sin duda se sabía protegido y favorecido por el entorno. Es así como se produce el altercado que llevó a que tanto PENAGOS YAIMA como VALERO RODRÍGUEZ, sufrieran percances en su salud al punto de otorgárseles cinco y tres días de incapacidad médico legal, respectivamente.

También debe el despacho hacer énfasis en lo siguiente: el patrullero VALERO RODRÍGUEZ señaló en la declaración que rindió ante ésta instancia que efectuó el registro del vehículo, en la Estación de Policía, habida cuenta de los episodios violentos que se sucedieron en la vivienda en la que fue capturado el señor PENAGOS YAIMA, y en los que resultara herido el policial precitado. Dicho registro entonces se hace en la zona exterior de la referida Estación, al punto que según lo describe la testigo GREISY KATHERINE BARRERO FERIA, pudo observar e incluso filmar la acción del policía que realizaba el registro. Nótese entonces que no existió allí ánimo de efectuar el registro referido en un sitio oculto, fuera de la vista de quienes se hallaban congregados, con el fin de realizar la maniobra que se dice efectuaron, hecho éste que en sentir del Despacho torna creíble la teoría presentada por la Fiscalía.

Adviértase que el Juez Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento, claramente advierte que el sentido del fallo será absolutorio *“por un*

⁷⁹ Ver folio 91, texto de la sentencia absolutoria.

error de procedimiento” más no porque se haya probado la tesis planteada por la defensa, que indicó que la munición encontrada fue puesta por los mismos agentes que participaron en el operativo, en la camioneta que conducía PENAGOS YAIMA.

De ésta manera, como ya se mencionó, se encontraron elementos prohibidos dentro del vehículo, por lo que el señor ELBER PENAGOS YAIMA, tenía el deber justificar la procedencia de dicha munición, aportando información sobre su origen o un su defecto exteriorizando el respectivo permiso para transportarla, pues al no realizar tales actuaciones, la Policía Judicial podía inferir razonablemente que el señor ELBER PENAGOS YAIMA era el presunto autor de las conductas punibles contempladas en los artículos 365 y 366 del Código Penal, naciendo la obligación a la Fuerza Pública de poner en conocimiento dicha circunstancia a la autoridad competente para investigar los hechos, es decir, la Fiscalía General de la Nación, situación que fue la que se presentó en el *sub lite*.

Ahora bien, en el desarrollo del presente proceso, la apoderada de la parte demandante, se limitó a allegar testimonios para lograr demostrar el “*falso positivo*” del que presuntamente fue víctima el señor ELBER PENAGOS YAIMA, al respecto resalta el Despacho, que las mismas circunstancias que fueron traídas a este proceso se pusieron de presente en el proceso penal en el que resultó absuelto el señor PENAGOS YAIMA, dentro del cual no se logró probar la veracidad de tales afirmaciones, quedando latente la duda de que los elementos fueron plantados en el vehículos por los agentes de Policía, lo que para el Juez Penal se quedó en una apreciación subjetiva, pues no se aportó prueba alguna que lo probara. Además, se destaca que en esta instancia procesal no hay lugar a debatirse la responsabilidad del señor ELBER PENAGOS YAIMA, ni mucho menos la responsabilidad del MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL en los hechos, pues esa cuestión ya fue suficientemente arribada dentro del proceso penal adelantado en contra de ELBER PENAGOS YAIMA.

Llegados a este punto, y de conformidad al plenario que en el cuerpo de esta providencia se referenció, se da evidencia que el señor ELBER PENAGOS YAIMA con anterioridad a los hechos se vio involucrado en los siguientes procesos: *i)* No. De proceso 732686000452200900068 en calidad de indiciado, por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES art. 376 C.P, fecha de los hechos 09 de febrero de 2009, *ii)* No. De proceso 732686000452201180238 en calidad de indiciado, por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES art. 376 C.P, fecha de los hechos 16 de octubre de 2011, *iii)* No. De proceso 732686000446201280015 en calidad de indiciado, por el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES art. 365 C.P, fecha de los hechos 9 de enero de 2012, *iv)* No. De proceso 732686000446201280083 en calidad de indiciado, por el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES art. 365 C.P, fecha de los hechos 26 de febrero de 2012.⁸⁰

Con posterioridad a los hechos ocurridos el 22 de julio de 2013, los cuales son objeto del presente proceso, el señor ELBER PENAGOS YAIMA, se vio involucrado en los

⁸⁰ Folios 245 a 247

siguientes procesos penales: *i)* No. De proceso 732686106675201480242 en calidad de indiciado, por el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES art. 365 C.P, fecha de los hechos 22 de junio de 2014, *ii)* No. De proceso 732686106675201580446 en calidad de indiciado, por el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES art. 365 C.P, fecha de los hechos 11 de octubre de 2015, *iii)* No. De proceso 732686099038201600185 en calidad de indiciado, por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES art. 376 C.P, fecha de los hechos 30 de mayo de 2016⁸¹.

Lo anterior, a fin de destacar que el señor ELBER PENAGOS YAIMA llevaba un prontuario delictivo amplio, que sumado a la actitud evasiva que tomó el día 22 de julio de 2013 y la ausencia de atención a los requerimientos realizados por los uniformados, permitían concluir bajo la sana crítica que el señor ELBER PENAGOS YAIMA presuntamente estaba incurso en el delito que se le imputó, máxime cuando no se logró comprobar el origen de los elementos incautados dentro del vehículo de su propiedad, pues como bien lo mencionó el Juez Penal, el hecho de que se evidenciara una inconsistencia en cuanto a la elaboración del acta de incautación de los elementos, en nada afecta el *principio de mismidad*, toda vez que en conjunto, a juicio de ese funcionario, los elementos hallados al interior del rodante, son los mismos que se evocaron al interior del juicio oral, situación que nada afectó la tipicidad de las conductas imputadas.

Es decir, al encontrarse tal munición en el vehículo del señor ELBER PENAGOS YAIMA, y sin justificación alguna para su tenencia, se imponía como deber de las autoridades, la realización de la correspondiente investigación penal, por lo que tanto la POLICÍA NACIONAL, como FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, y la RAMA JUDICIAL, actuaron bajo el deber constitucional y legal de adelantarla, vinculando lógicamente, a quien se encontraba conduciendo el vehículo objeto de la incautación por parte de la Fuerza Pública en el cual se encontró dicha munición.

Entonces era aceptable y proporcional que la Fiscalía General de la Nación, en cumplimiento de las funciones asignadas por el artículo 250 de la Constitución Política, le solicitara al juez de control de garantías que le impusiera al señor ELBER PENAGOS YAIMA **las medidas de aseguramiento** que considerara necesarias hasta que se estableciera si había participado o no en las conductas que se le imputaron.

Así mismo, a juicio del Despacho, resultaba adecuado que el juez de control de garantías impusiera la medida de aseguramiento al señor ELBER PENAGOS YAIMA, por cuanto, en los términos del artículo 308 del C.P.P.⁸², de los elementos

⁸¹ Folios 245 a 247

⁸² "Artículo 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

"1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. "2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. "3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia" (se destaca).

materiales probatorios y la evidencia física obrante en el expediente “*se podía inferir razonablemente*” que el mencionado señor podía ser participe en la conducta delictiva investigada.

Bajo esta perspectiva, está demostrado que la causa eficiente o adecuada de la privación de la libertad del actor no fue una actuación de la administración de justicia, sino la culpa grave y el comportamiento negligente y descuidado de éste, toda vez que, en su condición de conductor de un vehículo, el señor ELBER PENAGOS YAIMA, tenía la obligación de atender el llamado de las autoridades, por el contrario actuó de forma grosera, y temeraria, además, siendo tenedor de dicha munición tenía el deber de informar la procedencia de la misma.

Así las cosas, para el Despacho es evidente que el señor ELBER PENAGOS YAIMA, no obró en la forma debida, es decir, en la que jurídicamente le es exigible a un ciudadano que en primer lugar conduce un vehículo (de forma violenta e imprudente) y segundo, que le incautan munición de tal tipo, situación que, sin lugar a dudas, llevó a que se le implicara seriamente en la comisión del presunto delito que se le imputó y que dio lugar a que, con el lleno de los requisitos legales, se profiriera la referida medida de aseguramiento en su contra, de manera que su actuación se constituyó como la causa eficiente del perjuicio reclamado.

Por lo anterior, es claro que se configuró la causal eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima, pues a pesar de que no se demostró la responsabilidad penal del señor PENAGOS YAIMA -situación que no se estudia en esta oportunidad-, para el Despacho, la privación de la libertad sí resulta imputable a su propia conducta, tesis que es coadyuvada por el Ministerio Público – Procuraduría General de la Nación de conformidad a lo expuesto en audiencia de fecha 17 de agosto de 2017, realizada por éste Despacho.

Finalmente, hace suya el Despacho la siguiente reflexión efectuada por el Consejo de Estado en un caso que por su similitud fáctica puede fácilmente servir de corolario a todo lo dicho en precedencia:

“Bajo esta óptica, no cabe duda, entonces, de que fue la actuación del acá demandante la que motivó la investigación que se le adelantó por parte de la Fiscalía (en cumplimiento de su deber constitucional de investigar las conductas que pudieran constituir delito) y la medida restrictiva de la libertad que se le impuso, toda vez que, se insiste, todo permitía inferir su participación en la comisión de varios delitos, situación que sólo se podía esclarecer en el escenario de un proceso penal⁸³”.

iv) COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la

⁸³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 68001-23-31-000-2006-03281-01(46659)

condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, señalando en su núm. 1º que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Por su parte, el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala los parámetros para su fijación.

Así las cosas, se condenará en costas de primera instancia a la PARTE DEMANDANTE, siempre y cuando se hubieren causado y en la medida de su comprobación. Por Secretaría se tasarán incluyendo en la liquidación el equivalente a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente por concepto de agencias en derecho de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Cuarto del Sistema Oral Administrativo de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a lo considerado en ésta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante por las razones expuestas con antelación, reconociéndose como agencias en derecho a favor de la entidad accionada, la suma de Un (1) Salario Mínimo Mensual Legal Vigente. Por secretaria tásense.

TERCERO: ORDENAR la devolución de los remanentes que por gastos del proceso consignó la parte demandante, si los hubiere.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZ