



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO SESENTA Y CUATRO (64)
ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ - SECCIÓN TERCERA**

Bogotá, veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

JUEZ	: Álvaro Carreño Velandia
Ref. Expediente	: 11001334306420170006700
Demandante	: Lisenia Morgan Ortega
Demandado	: Fiscalía General de la Nación

**SENTENCIA No. 95
MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA**

Objeto del pronunciamiento

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir la sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- Antecedentes

1. LA DEMANDA

El 30 de enero de 2016, a través de apoderado judicial, los señores **Lisenia Luz Morgan Ortega, Shirley Vanessa Morgan Ortega, Dayanis Morgan Ortega, Sindy Paola Ospina Morgan y Enith Marcela Correa Morgan**, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra La Nación- Fiscalía General de la Nación a efectos de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

Que se declare administrativamente responsable a la Nación – Fiscalía general de la Nación, por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia en la omisión de medidas de protección dentro del proceso penal bajo el radicado 110016000015201480114, que cursó en la Fiscalía General de la Nación en contra de Jhony Pertinson por amenazas en contra de la vida e integridad personal de Saoris Karina Morgan Ortega, que conllevó a la muerte de ésta.

Como consecuencia condenar a la entidad demandada al pago de perjuicios materiales a favor de Lisenia Luz Morgan Ortega por la suma de \$148.160.210.

Por perjuicios inmateriales para Lisenia Luz Morgan Ortega en la suma de 100 SMLMV, para **Shirley Vanessa Morgan Ortega, Dayanis Morgan Ortega, Sindy Paola Ospina Morgan y Enith Marcela Correa Morgan**, la suma de 50 SMLMV para cada una.

1.2. Hechos de la Demanda

-. La señora Saoris Karina Morgan Ortega fue víctima de violencia intrafamiliar por su compañero permanente Jhony Pertinson Moreno Machado el día 4 de marzo de 2014, quien la golpeó amanzanándola de muerte intentando matarla con arma de fuego.

-. La señora Saoris Karina Morgan Ortega por los hechos de violencia narrados en el numeral anterior instauró denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, a la que se le asignó el número único de noticia criminal CUI No. 110016000015201480114, asignada a la Fiscal 26 Local de Bogotá el 19 de noviembre de 2014.

-. La señora Saoris Karina Morgan Ortega fue asesinada por su pareja sentimental el señor Jhony Pertinson Moreno Machado el 2 de noviembre de 2014.

-. Desde el interrogatorio de la señora Saoris Karina Ortega hasta su muerte la Fiscalía General de la Nación no impuso medida de protección alguna a su favor, conllevando dicha omisión a su asesinato.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹

Mediante providencia del 15 de febrero de 2018, se tuvo por no contestada la demanda por parte de La Fiscalía General de la Nación, por extemporánea (fl. 87).

3.- TRAMITE PROCESAL

3.1.- El 30 de enero de 2017 los actores formularon demanda de reparación directa contra la Nación- Fiscalía General de la Nación ante la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos de Barrancabermeja (fl. 42). A través de auto del 7 de febrero de 2017 el Juzgado Segundo Administrativo de Barrancabermeja, declaró la falta de competencia y ordenó remitir el proceso a los Juzgados Administrativos de Bogotá (fl. 43),

¹ Ver folio 60-68.

correspondiéndole por reparto a este Despacho (fl. 48), que a través de auto del 27 de julio de 2017 la admitió (fl. 50-52).

3.2.- Mediante auto del 15 de febrero de 2018 se fijó hora y fecha para llevar a cabo audiencia inicial (fl. 87), reprogramada a través de auto del 8 de noviembre de 2018 (fl. 91).

3.3.- El día 26 de febrero de 2019, se llevó a cabo audiencia inicial, en la que se fijó el litigio en los siguientes términos (fl. 93-94):

- “• ***Sí existió omisión por parte de la Fiscalía General de la Nación al otorgarle a la denunciante SAORIS KARINA MORGAN ORTEGA, medidas de protección y/o solicitar orden de captura al señor JHONY PERTINSON MORENO MACHADO, por los hechos denunciados bajo la noticia criminal No. 11001600015201480114.***
- ***Sí se configuran los presupuestos de responsabilidad en cabeza de la demandada Nación- Fiscalía General de la Nación, con ocasión a la muerte de la señora SAORIS KARINA MORGAN, por omisión en el deber de otorgarle medidas de protección de conformidad con la Ley 1257 de 2008.***
- ***Si se configura algún eximente de responsabilidad.”.***

3.13. En audiencia de pruebas realizada el día 11 de abril de 2019, se dio por precluida la etapa probatoria, se corrió traslado a las partes para alegar por escrito (fl. 279 Cuaderno Principal).

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Alegatos presentados por la parte demandante²

Indicó que se demostró dentro del proceso que el 2 de noviembre de 2014, la señora Saoris Karina Morgan Ortega fue asesinada por su compañero sentimental Jhony Pertinson Moreno Machado.

Que previo a su muerte la señora Saoris Karina Morgan Ortega, instauró denuncia penal ante la Fiscalía contra Jhony Pertinson Moreno machado por el delito de violencia intrafamiliar, bajo el radicado 11001600001521480114.

Como consecuencia de la denuncia instaurada por violencia intrafamiliar, el 5 de marzo de 2014 la Fiscalía en audiencia de legalización de captura, imputación e imposición de medida de aseguramiento, solicitó la libertad inmediata del implicado ante el juez de control de garantías por no contar con elementos subjetivos para solicitar medida de aseguramiento.

² Folios 288-293 del cuaderno principal.

Se demostró que dentro del proceso por violencia intrafamiliar seguido en contra de Jhony Pertinson Moreno Machado, el día 30 de septiembre de 2014, se profirió sentencia condenatoria a la pena principal de 66 meses y 15 días de prisión y se libró orden de captura.

Señaló que se configura la falla en el servicio de la Fiscalía General de la Nación porque pese a que la víctima Saoris Karina Morgan Ortega acudió a tiempo ante la respectiva entidad para denunciar las agresiones de que era víctima ella y la menor de la que se hacía cargo, resultó desprotegida a punto de ser ultimada por el denunciado.

La Fiscalía General de la Nación está obligada no solo a recibir las denuncias por violencia de género, sino que tiene el deber de solicitar inmediatamente ante el juez de control de garantías las medidas de protección contempladas en la ley 1257 de 2008, lo que en el caso no ocurrió; por el contrario, la Fiscalía solicitó la libertad inmediata del señor Jhony Pertinson Moreno Machado.

4.2.- Alegatos presentados por la Fiscalía General de la Nación ³

Manifestó que se oponía a las pretensiones, por cuanto el demandante no acreditó la falla en el servicio por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Las amenazas y violencia intrafamiliar en contra de Saoris Karina Morgan, fueron situaciones que ella misma expuso ante la Fiscalía General de la Nación, sin embargo las medidas de protección estaban en cabeza de la Policía Nacional y eran ajenas a la Fiscalía General de la Nación.

Indicó, que el homicidio de la señora Saoris Karina Morgan obedeció a un hecho de un tercero, pues fue su compañero permanente quien la asesinó, por lo que no existe nexo de causalidad.

Señaló que la Fiscalía General de la Nación actuó dentro de las quejas formuladas por Saoris Karina Megan Ortega, de conformidad con la obligación y funciones establecidas en el artículo 250 de la Constitución Política, tan es así que la Fiscalía dentro del delito de homicidio formuló legalización de captura, imputación de cargos y solicitó sentencia condenatoria la cual fue acogida por el Juez de Garantías.

Argumentó que, no se probó que la Fiscalía haya tomado decisiones abiertamente arbitrarias y desproporcionadas.

³ Folios 281-286 del cuaderno principal.

Que no existió falla en el servicio de la entidad demandada porque en el programa de protección de testigos que tienen la FGN no se enmarca dentro de sus reglamentaciones la protección de intervinientes dentro de las investigaciones penales, el alcance del programa es a testigos, víctimas, intervinientes y funcionarios de la Fiscalía; y no está abierto a dictar medidas a víctimas de violencia intrafamiliar.

Señaló que se configuró falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la Fiscalía General de la Nación, y en todo caso, de existir responsabilidad sería del Juez de Control de Garantías, pues la facultad jurisdiccional está en cabeza de la Rama Judicial conforme a la Ley 906 de 2004.

4.3. Ministerio Público

No presentó concepto, en el presente asunto.

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto la entidad demandada Fiscalía General de la Nación debe responder administrativamente por los perjuicios que reclama la parte actora, por la muerte de Saoris Karina Morgan Ortega, quien presentó denuncia por violencia intrafamiliar contra su agresor.

Para resolver el problema jurídico se partirá de los siguientes:

2.4.- Hechos probados

De la prueba documental aportada se encuentra demostrado que:

-. El día 4 de marzo de 2014 se reportó un caso de violencia intrafamiliar ante el CAI Molinos de la ciudad de Bogotá, por lo que la Policía de Vigilancia acude al lugar donde presuntamente sucedían los hechos, encontrando a un menor en compañía de la señora Saoris Karina Morgan Ortega, también encontraron al señor Jhony Pertinson Moreno Machado quien había maltratado físicamente a su menor hija, ocasionándole varios hematomas,

por lo que el referido señor fue capturado, según se relata en el informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia visto a folio 225.

- Por los hechos narrados en el numeral anterior la Fiscalía General de la Nación dio apertura a la notificación criminal No. 110016000015201480114, por el delito de violencia intrafamiliar contra Jhony Pertinson Moreno Machado, cuya denunciante fue Saoris Karina Morgan Ortega (fl. 233-235).

- Dentro del proceso 11001600001520148011400, el Juzgado 63 Penal Municipal con Función de Control de Garantías URI Tunjuelito, mediante acta de audiencia preliminar de fecha 5 de marzo de 2014, declaró legal la captura de Jhony Pertinson Moreno Machado y le imputó cargos como autor del delito de violencia intrafamiliar y ordenó su libertad inmediata a solicitud de la Fiscalía General de la Nación. (fl. 272-273)

- El día 30 de septiembre de 2014, el Juzgado 16 Penal Municipal con Función de Conocimiento profirió sentencia condenatoria en contra de Jhony Pertinson Moreno, por el delito de violencia Intrafamiliar condenando al citado a pena principal de 66 meses y 15 días de prisión, (fl. 211-221)

- Se demostró que la señora Saoris Karina Morgan Ortega, falleció el día 2 de noviembre de 2014, de acuerdo al registro civil de defunción visible a folio 20 de plenario.

- Se probó que la Señora Saoris Karina Morgan Ortega, falleció en hechos violentos ocurridos el día 2 de noviembre de 2014, en donde fue ultimada por su pareja sentimental Jhony Pertinson Machado, lo que originó la apertura del sumario 1100160000282014-03093, de acuerdo con lo narrado en Inspección técnica al cadáver, los hechos ocurrieron de la siguiente manera:

"Siendo las 03:05 horas, del día dos (02) de noviembre de 2014, se recibe reporte de inicio por parte de la unidad Marfil, con el número de noticia criminal 11 001 60 00028 2014 03083 para diligencia de inspección técnica a cadáver de FEMENINA de 20 años de edad, c- causa por arma de fuego, lugar de la diligencia av Caracas con calle 33. de la zona dieciocho (18). con una persona capturada la cual se encuentra en la URI de Ciudad Bolívar sin más datos. (...) encontrando sobre la av Caracas frente al 33-24 sur el EMP - 01 cuerpo de SAORIS KARINA MORGAN de sexo femenino, la cual se encuentra sobre andén de concreto se procede a realizar la INSPECCIÓN TÉCNICA A CADÁVER del EMP - 01 donde se halla un cuerpo de sexo femenino completo. (...) dentro del bolsillo posterior derecho una navaja con lamina de metal y cachas de plástico color negro, la cual fue fiada fotográficamente y enviada a I.N.M.L v C.F. se encuentra el EMP -- 04 Cédula de Ciudadanía, en original, a nombre de SAORIS KARINA

MORGAN ORTEGA cupo numérico C.C. 1.067.591.901 DE BOGOTÁ, la cual es fijada fotográficamente es embalada, rotulada y se somete a cadena de custodia v remitida ai I.N.M.L Y C.F. para identificación del cuerpo (...)siendo las 07.00 horas el laboratorio 06 se desplaza hasta las instalaciones de la URI Ciudad Bolívar en donde el primer respondiente (...) nos hace entrega (..) de un arma de fuego tipo revolver marca Smith wesson. Calibre •38L • numero externo 2049224, numero interno 34248. 06 vainillas.. cachas ortopédicas , que se encuentra rotulada v embalada para ser enviada al I.N.M.L Y C.R se realiza la toma de residuos de disparo para análisis por microscopía electrónica de barrido -meb con número 3068-10 llenando el formato solicitado para dicha diligencia bajo el consentimiento del señor JHONY PERTINSON MACHADO." (fl. 145-147 del plenario)

-. De acuerdo con el informe pericial de necropsia N°. 2014010111001003604, rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la muerte ocurrió de forma violenta, por proyectil de arma de fuego, además de determinó:

"PRINCIPALES HALLAZGOS DE NECROPSIA

1. UNA HERIDA POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO DE CARGA ÚNICA EN LA CABEZA QUE LE CAUSA:

1.1 TRAUMA CRANEOENCEFÁLICO

- Heridas del cuero cabelludo. - Hematoma subgaleal.
- Fracturas de la calota y de la base del cráneo.
- Laceraciones de la duramadre.
- Hemorragia subaracnoidea.
- Laceración encefálica.

2. DOS HERIDAS POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO DE CARGA ÚNICA EN LA REGIÓN LUMBAR IZQUIERDA QUE LE CAUSAN:

2.1 TRAUMA TORACO ABDOMINAL

- Trauma de tejidos blandos.
- Fracturas del décimo y onceavo arco costal izquierdo.
- Heridas del diafragma.
- Hemotorax bilateral.
- Heridas del pulmón derecho e izquierdo.
- Fractura de T10.
- Hemoperitoneo
- Herida del bazo.
- Herida del estomago
- Herida del hígado.

-. El Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías mediante acta de audiencia N° 59 del 3 de noviembre de 2014 impartió legalidad a la captura de Jhony Pertinson Moreno Machado, le imputó cargos como presunto autor del delito de homicidio agravado, en

concurso heterogéneo con el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones e impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario (fl 206-207 del CD anexo al folio 111).

2.5. De la responsabilidad del Estado por la acción u omisión de sus agentes judiciales

La responsabilidad del Estado por la acción u omisión de sus agentes judiciales está regulado por el artículo 65 de la Ley 270 de 1996, que preceptúa:

"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."

De acuerdo con lo dispuesto por la norma en cita, el Estado está obligado a indemnizar patrimonialmente los daños antijurídicos que se le atribuyan por tres títulos de imputación, a saber, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el error jurisdiccional y la privación injusta de la libertad.

En el caso en concreto, la parte actora hizo consistir el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia en la omisión por parte de la Fiscalía General del Nación en la imposición de medidas de protección en favor de Saoris Karina Morgan Ortega, dentro del proceso seguido por violencia intrafamiliar No. 11001600001520148011400, lo que generó que su victimario el señor Jhony Pertinson Moreno Machado le ocasionara la muerte.

2.5.1. Del defectuoso funcionamiento en la administración de justicia

El artículo 68 de la Ley 270 de 1996 define el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia como el "*quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación.*".

Encuentra el Despacho de la lectura de la norma referida, que el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia es un título de imputación de carácter residual, en la medida que se aplica única y exclusivamente si la conducta del agente judicial no encuadra dentro del error judicial o la privación injusta de la libertad.

La Sección Tercera del Consejo de Estado precisó los presupuestos del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, y advirtió que dicho título de imputación abarca todas las hipótesis que no correspondan, en estricto sentido, a un error jurisdiccional o a la privación de la libertad imputable al aparato estatal. Indicó que la responsabilidad extracontractual del Estado, asociada a la función jurisdiccional, no se limitaba a esa actividad estatal sino que podía tener su génesis en toda actividad principal, accesoria o auxiliar que esté asociada a la administración de justicia, motivo por el que era posible que el daño antijurídico se originara en conductas activas u omisivas de funcionarios o empleados que no constituyan necesariamente función jurisdiccional, pero que se relacionen con ésta de manera directa o indirecta y que, por lo tanto, el régimen jurídico aplicable sea el diseñado en la ley para enmarcar la reparación de este tipo de afectaciones materiales o inmateriales. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Providencia del 8 de mayo de 2013, Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, radicación -26764-).

En la misma providencia referida se calificó al defectuoso funcionamiento como un régimen jurídico complejo, en la medida que se puede aplicar no solamente cuando se está frente a una actividad propia de la función jurisdiccional sino a otras, e incluso cuando la despliegan personas diferentes a las encargadas de administrar justicia, al señalar:

"Por tal motivo, se insiste, que en materia de responsabilidad estatal puede declararse la responsabilidad de la administración de justicia en los supuestos en que el daño se genera a partir del cumplimiento de una obligación a cargo de un funcionario, empleado o auxiliar de la Rama Judicial, al margen de que aquél cumpla una función jurisdiccional. En esa perspectiva, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia constituye lo que podría denominarse un régimen complejo de responsabilidad patrimonial del Estado, por cuanto permite atribuir o asignar daños antijurídicos derivados de multiplicidad de causas, de acciones u omisiones de diversos funcionarios o empleados, o de particulares que participan a lo largo del proceso judicial".

En ese sentido, considera el Juzgado que el título de imputación del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia se debe abordar como un régimen subjetivo de responsabilidad estatal, sometido a la demostración de una falla del servicio de la administración de justicia por una acción u omisión. Por tal razón corresponderá a la parte actora demostrar los tres elementos axiológicos de responsabilidad, falla, daño y nexos causal, para poder estructurarla en dichos eventos.

3. Caso Concreto

De conformidad con lo desarrollado en precedencia se abordará el estudio del sub lite a la luz del título de imputación de falla en el servicio, de acuerdo con los planteamientos de responsabilidad efectuados por la parte actora a la entidad enjuiciada, y lo indicado en el marco jurídico y jurisprudencial. Por tanto para que en esta instancia prosperen las súplicas de la parte demandante, deberá establecerse los siguientes presupuestos;

- El daño, lesión o perturbación a un bien protegido por el derecho.
- Una falla del servicio, por acción, omisión, retardo o ineficiencia del mismo.
- Un vínculo de causa efecto entre la falla y el daño.

3.1. El daño

Jurisprudencialmente, se ha entendido el daño antijurídico como *"la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho"*; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que *"el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de "causales de justificación"*⁴.

En este orden de ideas, se tiene que el daño como elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, debe *"estar cabalmente estructurado, razón por la cual se torna imprescindible acreditar que satisface los siguientes requisitos: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, ii) debe lesionar un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) debe ser cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura. (...) como quiera que la antijuricidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, una vez verificada su existencia se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada; por tanto, le corresponde al juez constatar el daño como entidad, como violación a un interés legítimo, valorar si es o no antijurídico y, una vez estructurado como tal, analizar la posibilidad de imputación o no a la entidad demandada. **Si el daño no está acreditado, se torna inoficioso el estudio de la responsabilidad, por más que se encuentre acreditada alguna falla o falta en la prestación del servicio por parte de la Administración**"*⁵

⁴ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015) Radicación número: 76001-23-31-000- 2008-00974-01 (38522) Actor: OMAR DE JESÚS CORTÉS SUÁREZ Y OTRA Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

En el sublite, la parte actora hizo consistir el daño en la muerte de la señora Saoris Karina Morgan Ortega, ocurrida en hechos violentos el día 2 de noviembre de 2014, cuando su pareja sentimental Jhony Pertinson Moreno le propinó varias heridas con proyectil de arma de fuego, ocasionándole la muerte.

Para demostrar el daño se aportó:

- Copia del registro civil de defunción de la señora Saoris Karina Morgan Ortega, visible a folio 20 del expediente.
- Cd contentivo de la investigación penal No. 1100160000282014-03093, seguida en contra del señor Jhony Pertinson Moreno Machado, por el delito de homicidio en la persona de Saoris Karina Morgan Ortega, en concurso heterogéneo con el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en el que se profirió sentencia condenatoria (CD anexo a folio 111).

Por lo tanto, demostrada la existencia del daño, procederá el Despacho a establecer si el mismo es atribuible a la Administración.

3.2.- De la falla en el servicio – nexo causal con el daño

A juicio de la parte actora, la demandada debe responder administrativa y extracontractualmente por los perjuicios reclamados a título de falla en el servicio por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, que conllevaron a la muerte de la señora Saoris Karina Morgan Ortega, por la omisión de la Fiscalía General de la Nación en la imposición de medidas de protección dentro del proceso No. 110016000015201480114 seguido en contra de su compañero sentimental Jhony Pertinson Moreno Machado.

El presente asunto se estudiará bajo la falla en el servicio, a fin de establecer cuál es el contenido obligacional al que la Fiscalía General de La Nación estaba sujeta frente al caso concreto.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado⁶ ha distinguido entre las omisiones en sentido laxo referidas al incumplimiento de los deberes de cuidado necesarios para prevenir un hecho dañoso, previsible y evitable, cuando se ejerce una actividad y las omisiones en sentido estricto, relacionadas con el incumplimiento de una actuación a la cual se hallaba obligado el Estado, es decir, la omisión de una conducta que estaba en el deber de ejecutar y que pudo impedir la ocurrencia de un hecho dañoso, como sería el incumplimiento del deber de protección y cuidado que las autoridades

⁶ Sentencia del ocho (8) de marzo de dos mil siete (2.007), radicación Número: 25000-23-26-000-2000-02359-01(27434), C.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

deben brindar a las personas que se encuentran en inminente riesgo por cualquier circunstancia.

Ahora bien, tratándose de los daños ocasionados por terceros, como ocurren en el caso bajo estudio, toda vez que el daño, es decir, la muerte de la señora Saoris Karina Morgan Ortega fue ocasionada por una persona ajena a la administración de justicia; ha sentado la jurisprudencia que el Estado ve comprometida su responsabilidad por una omisión, siempre y cuando i) la víctima haya informado de las amenazas en su contra sin que la administración hubiera desplegado alguna acción tendiente a evitar la materialización de la misma, o ii) cuando pese a que la situación de peligro era de público conocimiento, los organismos de seguridad estatal no intervinieron para proteger a la víctima⁷.

Respecto, de la responsabilidad del Estado cuando el daño es generado por un tercero, el Consejo de Estado, también precisó:

*“[E]n consecuencia, el hecho de que el daño tenga su génesis directa, material y causal en la conducta de un tercero no quiere significar, en principio, que necesariamente se haya configurado una causa extraña que exonere de responsabilidad a la Administración Pública, toda vez que dicho daño puede devenir imputable a esta última si su comportamiento fue relevante y determinante en su desencadenamiento, bien porque se contribuyó con una acción en la producción (v.gr. con un aumento del riesgo permitido o un desconocimiento del principio de confianza), o si pudiendo evitarlo se **abstuvo de enervar su generación, esto último, siempre y cuando se constate en estos eventos que la entidad demandada se encontraba en posición de garante, es decir, que de conformidad con el ordenamiento jurídico estuviera compelida a evitar el resultado.**”⁸*

Con todo, al Estado sólo le son imputables los daños a la vida o bienes de las personas causados por los particulares o terceros, cuando tales daños se hubieran podido evitar de haber dado cabal cumplimiento a la obligación de seguridad y protección que por mandato constitucional le correspondía, y el contenido de esa obligación de seguridad en cada caso se determina de acuerdo con la capacidad que materialmente tuviera para cumplirla, atendiendo a las circunstancias particulares, las cuales deberán ser valoradas para determinar si hay lugar a la configuración de una **falla del servicio** de seguridad imputable a la administración pública.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veinte (20) de noviembre de dos mil ocho (2008), Radicación número: 250002326000199612680-01 (20.511).

⁸ Consejo de Estado Sección Tercera- Subsección A- Sentencia de 11 de agosto de 2011-Radicación número: 19001-23-31-000-1998-58000-01(20325)

En el sub examine, la Fiscalía General de la Nación tenía una posición de garante frente a la señora Saoris Karina Morgan Ortega, ya que conocía de primera mano los hechos de violencia de los que era víctima por parte de su compañero sentimental, esto en razón de la denuncia que la referida señora instauró por violencia intrafamiliar, en la que advirtió que el señor Jhony Pertinson Moreno Machado, la había amenazado con desenfundarle un arma 9 milímetros por haberlo denunciando.

Bajo estas consideraciones quedan descartados los argumentos de la parte demandada Fiscalía General de la Nación plantados en los alegatos de conclusión en cuanto estimó que en el caso materia de estudio se configuró una causal eximente de responsabilidad cual es el hecho de un tercero, ya que según su parecer la muerte de la señora Saoris Karina Morgan Ortega se dio por causa del actuar delictivo del señor Jhony Pertinson Moreno Machado, y no a causa de la Fiscalía; se procede entonces a estudiar la falla en el servicio alegada.

3.3. Violencia intrafamiliar y las medidas de protección

La Ley 294 de 1996, por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

Dicha normativa estableció varias medidas de protección, el procedimiento a seguir cuando ocurren actos de violencia y las formas de asistencia a víctimas del maltrato intrafamiliar; de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 294 de 1996. Estas medidas son:

- "a) Ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima, cuando su presencia constituye una amenaza para la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros de la familia;*
- b) Ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima, cuando a juicio del funcionario dicha limitación resulte necesaria para prevenir que aquel perturbe, intimide, amenace o de cualquier otra forma interfiera con la víctima o con los menores, cuya custodia provisional le haya sido adjudicada;*
- c) Prohibir al agresor esconder o trasladar de la residencia a los niños, niñas y personas discapacitadas en situación de indefensión miembros del grupo familiar, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar;*
- d) Obligación de acudir a un tratamiento reeducativo y terapéutico en una institución pública o privada que ofrezca tales servicios, a costa del agresor.*

- e) Si fuere necesario, se ordenará al agresor el pago de los gastos de orientación y asesoría jurídica, médica, psicológica y psíquica que requiera la víctima;
- f) Cuando la violencia o maltrato revista gravedad y se tema su repetición la autoridad competente ordenará una protección temporal especial de la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo si lo tuviere;
- g) Ordenar a la autoridad de policía, previa solicitud de la víctima el acompañamiento a esta para su reingreso al lugar de domicilio cuando ella se haya visto en la obligación de salir para proteger su seguridad;
- h) Decidir provisionalmente el régimen de visitas, la guarda y custodia de los hijos e hijas si los hubiere, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades, quienes podrán ratificar esta medida o modificarla;
- i) Suspender al agresor la tenencia, porte y uso de armas, en caso de que estas sean indispensables para el ejercicio de su profesión u oficio, la suspensión deberá ser motivada;
- j) Decidir provisionalmente quién tendrá a su cargo las pensiones alimentarias, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades quienes podrán ratificar esta medida o modificarla;
- k) Decidir provisionalmente el uso y disfrute de la vivienda familiar, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades quienes podrán ratificar esta medida o modificarla;
- l) Prohibir, al agresor la realización de cualquier acto de enajenación o gravamen de bienes de su propiedad sujetos a registro, si tuviere sociedad conyugal o patrimonial vigente. Para este efecto, oficiará a las autoridades competentes. Esta medida será decretada por Autoridad Judicial;
- m) Ordenar al agresor la devolución inmediata de los objetos de uso personal, documentos de identidad y cualquier otro documento u objeto de propiedad o custodia de la víctima;
- n) Cualquiera otra medida necesaria para el cumplimiento de los objetivos de la presente ley."

Más adelante se expidió la **Ley 1257 de 2008**, por la cual se dictaron normas para la sensibilización, prevención y sanción de todas las formas de violencia y discriminación contra las mujeres.

En dicha Ley se establecen las definiciones de violencia contra la mujer y de daño psicológico, físico, sexual y patrimonial, se enuncian las diferentes medidas de sensibilización y prevención que el Estado colombiano debe adoptar, y se consagran los criterios de interpretación y los principios que rigen las actuaciones de las autoridades que conozcan de casos de violencia.

De conformidad con lo establecido en la **sentencia T-967 de 2014**, la violencia doméstica o intrafamiliar es aquella que se propicia por el daño físico, emocional, sexual, psicológico o económico que se causa entre los miembros de la familia y al interior de la unidad doméstica. Esta se puede dar por acción u omisión de cualquier miembro de la familia.

La Corte Constitucional en **sentencia C-408 de 1996**, trató el tema de la violencia intrafamiliar como un asunto silencioso que requiere especial atención del estado y estableció:

"(...) [L]as mujeres están también sometidas a una violencia, si se quiere, más silenciosa y oculta, pero no por ello menos grave: las agresiones en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja, las cuales son no sólo formas prohibidas de discriminación por razón del sexo (CP art. 13) sino que pueden llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento, que configuran verdaderas torturas o, al menos, tratos crueles, prohibidos por la Constitución (CP arts. 12, y 42) y por el derecho internacional de los derechos humanos.

-
Así, según la Relatora Especial de Naciones Unidas de Violencia contra la Mujer (sic), 'la violencia grave en el hogar puede interpretarse como forma de tortura mientras que las formas menos graves pueden calificarse de malos tratos en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"

Es claro que, de los imperativos contenidos en la Constitución y en la Ley se deduce que el Estado tiene obligaciones en torno a la eliminación de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida contra una persona por razón de su sexo.

Respecto a este aspecto esta Corte, en **sentencia C-408 de 1996**, manifestó:

*"Esto explica que esta **violencia doméstica contra la mujer sea un fenómeno poco conocido y denunciado ante las autoridades** pero que, todo indica, adquiere proporciones alarmantes. Así, según ciertas investigaciones, en Estados Unidos sólo se denuncia uno de cada cien casos de violencia en el hogar [125]. Y en Colombia, según lo señalan los propios debates parlamentarios en la discusión del presente tratado [Convención Interamericana de Belém Do Pará], las múltiples formas de violencia contra la mujer comienzan apenas a ser documentadas, con enormes dificultades relacionadas con la naturaleza misma del fenómeno, el cual es visto como 'natural' dentro de una cultura discriminatoria, que no es exclusiva de nuestro país, considerado como asunto privado de la mujer o de la familia y no denunciado, **ya que la mujer agredida no goza de presunciones que la favorezcan ni de facilidades procesales para acreditar el delito.**"*

Así mismo el Estado tiene la obligación de investigar, sancionar y reparar la violencia contra la mujer, entre muchas otras; obligación que está en cabeza de las autoridades administrativas como las Comisarias de Familia, las Defensorías de familia las Inspecciones de Policía y en los que administran justicia, es decir la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial del Poder Público.

En la actualidad, son claros los parámetros que deben seguir fiscales, jueces y cualquier otro funcionario cuando se enfrenta a la solución de un caso que involucra violencia física y sexual contra la mujer.

Ahora bien, el decreto 4799 de 2011, dispuso la obligación del Fiscal de conocimiento solicitar medidas de protección y atención, en los casos de violencia intrafamiliar en que el fiscal determine que se presentan al menos indicios leves que permitan inferir que la víctima o su núcleo familiar han sido víctimas de violencia intrafamiliar, las que se deberán solicitar ante el juez de control de garantías.

Así lo estableció el artículo 2 del Decreto 4799 de 2011:

"Artículo 2. Autoridades competentes:

(...)

Cuando los casos lleguen a la Fiscalía General de la Nación por el delito de violencia intrafamiliar, el Fiscal o la víctima solicitarán al Juez de Control de Garantías la imposición de las medidas de protección que garanticen su seguridad y el respeto a su intimidad de conformidad con los artículos 11 y 134 de la ley 906 de 2004, contemplando incluso las medidas de protección provisionales señaladas en el artículo 17 de la Ley 1257 de 2008. Una vez proferida la medida provisional por el Juez de Control de Garantías, en cuaderno separado a la actuación penal, remitirá las diligencias a la Comisaría de Familia, Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal para que se continúe con el procedimiento en la forma y términos señalados en la Ley 575 de 2000 y en el presente Decreto, o las normas que los modifiquen o adicionen.

Cuando los casos lleguen a la Fiscalía General de la Nación por situaciones de violencia en ámbitos diferentes al familiar, el Fiscal o la víctima solicitarán al Juez de Control de Garantías la imposición de las medidas de protección que garanticen su seguridad y el respeto a su intimidad de conformidad con los artículos 11 y 134 de la ley 906 de 2004, así como las medidas de protección provisionales contempladas en los artículos 17 y 18 de la Ley 1257 de 2008".

Descendiendo al caso en concreto, y una vez en contexto sobre las normas que rigen el procedimiento aplicable cuando las autoridades están frente a casos de violencia intrafamiliar, y revisadas las actuaciones surtidas dentro del

proceso No. 110016000015201480114, seguido en contra de Jhony Pertinson Moreno Machado, es claro que el mismo día que los hechos, estos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, esto es el 4 de marzo de 2014, cuando la señora Saoris Karina Morgan Ortega, realizó la denuncia formal por el maltrato a que era sometida, junto con la menor hija del señor antes referido, en su relato se lee: (fl. 233-235):

(...) NO ES LA PRIMERA VEZ, CADA QUE LA NIÑA COMETE UN ERROR ÉL LE PEGA, LA SEMANA PASADA LAURIS TAMBIÉN ESCONDIÓ LA COMIDA Y NO QUISO COMER ENTONCES JHONY LA AGARRO POR EL PELO LA LEVANTO Y LA METIÓ A LA DUCHA Y COMO YO LE DIJE QUE NO HICIERA ESO ME IBA A PEGAR A MÍ TAMBIÉN. PREGUNTADO: JHONY PERTINSON MORENO MACHADO UTILIZO ALGÚN ARMA PARA AGREDÍ A LA MENOR. CONTESTO: NO, CON LA CORREA Y CON SUS PUÑOS (...) **PREGUNTADO: ES LA PRIMERA VE QUE USTED COLOCA EN CONOCIMIENTO ESTOS HECHOS A LAS AUTORIDADES. CONTESTO: NO ES LA PRIMERA VEZ HACE TRES MESES YO LLAME LA POLICÍA DEL PARAÍSO JHONY PETERSON MORENO MACHADO, ME ESTABA MALTRATANDO FÍSICA Y VERBALMENTE, EL ME AMENAZA QUE ME VA A MATAR A MIS FAMILIARES** HÉCTOR FRAY MORGAN ORTEGA QUIEN ES MI TÍO Y LESLY KARILIN MORGAN ORTEGA QUIEN ES MI TÍA, LUIS ÁNGEL BALETA MORGAN QUIEN ES MI PRIMO QUE TENGO EN BOGOTÁ SI YO LO DEJO. PREGUNTADO: CUANDO JHONY PERTINSON MORENO MACHADO LAS MALTRATA FÍSICA Y VERBALMENTE A LA MENOR LAURIS Y A USTED SE ENCUENTRA EN ESTADO DE EMBRIAGUEZ O BAJO ALGUNA SUSTANCIA ALUCINÓGENA. **CONTESTO: A VECES QUE NOS MALTRATA FÍSICA Y VERBALMENTE A LAS DOS SE ENCUENTRA BORRACHO O HA CONSUMIDO MARIHUANA, Y SIN ESTAR TAMBIÉN NOS PEGA A LAS DOS. PREGUNTADO: CUÁL ES EL MOTIVO POR EL CUAL JHONY LA GOLPEA A USTED. CONTESTO: PORQUE YO YA NO QUIERO VIVIR MÁS CON ÉL, ANOCHE ME QUERÍA AHORCAR Y ME MORDIÓ UN DEDO DE LA MANO DERECHA. PREGUNTADO: TIENE ALGO MÁS QUE AGREGAR, CORREGIR O ENMENDAR A LA PRESENTE DILIGENCIA. CONTESTADO: SÍ QUE COMO HOY LO DENUNCIÉ ME DIJO QUE ME IBA A DESCARGAR UNA 9 EN LA CABEZA, POR ESO QUIERO DEJAR CONSTANCIA QUE SI ME PASA ALGO A MÍ EL CULPABLE ES JHONY PERTINSON MORENO MACHADO YA QUE NO HE TENIDO NINGÚN INCONVENIENTE CON NADIE MÁS (...).**

De la lectura de la denuncia se evidencia que el señor Jhony Peterson agredía a la señora Saoris Karina Morgan Ortega de manera recurrente, que la mantenía amenazada para que continuara conviviendo con él, incluso la señora relata que los hechos habían sido antes puestos en conocimiento de la Policía, y que la amenazó con desenfundarle un arma por haberlo denunciado, relato que fue recepcionado por la Fiscal 15 de Ciudad Bolívar.

Sin embargo, el Fiscal que recepcionó la denuncia no adoptó las medidas necesarias para la protección de la víctima, como lo disponía el Decreto 48799 de 2011, y tampoco solicitó al Juez de Control de Garantías la imposición de una de tales medidas.

Las medidas de protección para atender estos casos están previstas en el artículo 5 de la Ley 294 de 1996, la cuales se transcribieron en párrafos precedentes y su solicitud se caracteriza por la informalidad, en tanto podrá ser presentada personalmente por el agredido, por cualquier otra persona que actúe en su nombre, o por el defensor de familia cuando la víctima se hallare en imposibilidad de hacerlo por sí misma, en forma oral o por cualquier medio idóneo para poner en conocimiento del funcionario competente los hechos de violencia intrafamiliar, y si no media solicitud de parte la autoridad está en la obligación de adoptarlas de oficio.

Vale la pena resaltar que estas medidas, de conformidad con los parágrafos 1 y 2 del artículo 5 de la ley 294 de 1996, también pueden decretarse, como se indicó, por solicitud de la Fiscalía General de la Nación ante el juez penal respectivo y además por el juez que conozca el proceso de divorcio o de separación de cuerpos por la causal de maltrato. De igual manera, para su cumplimiento, se podrá solicitar a los hogares de paso, albergues, ancianatos, o instituciones similares que existan en el municipio, recibir en ellos a la víctima, según las condiciones que el respectivo establecimiento estipule y según la condiciones propias de cada caso en particular⁹.

Así las cosas, debe entenderse que las medidas de protección no son asunto reservado de las autoridades administrativas, como las inspecciones o comisarias o de los jueces municipales que los suplan, sino que también son posibilidades que pueden agotar otros funcionarios, como los que ejercen función jurisdiccional.

El 5 de marzo de 2014 el Juez 63 Penal Municipal con Función de Control de Garantías llevó a cabo la audiencia preliminar dentro del proceso por violencia intrafamiliar en el que imparte legalización a la captura del señor Jhony Pertinson Moreno Machado, le imputa cargos como autor del delito de violencia intrafamiliar y ordena la libertad inmediata a solicitud del Fiscal 200 local de la Uri de Tunjuelito (fl. 272-273).

Sin embargo de la lectura juiciosa de la audiencia preliminar no se evidencia que el Fiscal hubiese solicitado **la imposición de las medidas de protección que garantizaran la seguridad de la señora Saoris Karina Morgan Ortega, como se lo imponía el artículo 2 del decreto 4799 de 2011.**

Como se dijo anteriormente, las medidas de protección están reguladas en el artículo 5 de la Ley 294 de 1996 y el artículo 17 de la Ley 1257 de 2008; dentro de las que se encuentran aquéllas que permiten ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima, ordenar al agresor

⁹ Corte Constitucional, T-311-2018

abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima, entre muchas otras que pudieron ser adoptadas en el caso sub examine a solicitud de la Fiscalía y de ésta manera evitar la muerte de la señora Saoris Karina Morgan Ortega, lo que no se hizo.

Es de mencionar que, el literal e) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004 establece que las víctimas tendrán derecho: *"A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas"*.

De manera similar la Ley 1257 de 2008 (artículo 8 literal e) establece que las mujeres víctimas de violencia tienen derecho a: *{... } "Recibir información clara, completa, veraz y oportuna en relación con sus derechos y con los mecanismos y procedimientos contemplados en la presente ley y demás normas concordantes"*.

Sin embargo, los Fiscales que tuvieron a su cargo la recepción de la denuncia elevada por la señora Saoris Karina Morgan Ortega y la solicitud de legalización de captura, imputación e imposición de medida de aseguramiento, hicieron caso omiso de los deberes contemplados en el artículo 11 de la ley 906 de 2004 y 8 de la Ley 1257 de 2008, pues en ningún momento se le indicó a la denunciante los mecanismos con los que contaba para salvaguardar su vida.

Por el contrario el Fiscal 200 Local de la URI de Tunjuelito solicitó la libertad inmediata del señor Jhony Pertinson Moreno Machado, por no contar con elementos subjetivos para la medida de aseguramiento, sin tener en cuenta que el agresor para esa fecha convivía con la víctima, y amenazó con matarla por haberlo denunciado, es decir en este caso el operador judicial no tuvo en cuenta los derechos de la víctima y sí los del victimario, poniendo a la señora Saoris Karina Morgan Ortega, en una situación aún más gravosa al denunciar y poner los hechos en conocimiento de las autoridades.

Debe tenerse en cuenta que en casos como el que hoy ocupa la atención, la Corte Constitucional ha sido enfática en determinar **"que los derechos del agresor no pueden estar por encima de los derechos humanos de las mujeres a la vida y a la integridad física y mental"**¹⁰

En estos casos el operador judicial debe considerar bajo una perspectiva de género, que una mujer víctima de violencia intrafamiliar no está en igualdad de armas en un proceso judicial, pues muchas veces convive con el agresor, depende económicamente del mismo, o se encuentra presionada o

¹⁰ Corte Constitucional, T-338-2018

amenazada, factores que hacen que la balanza se incline hacia el agresor o incluso hasta que la misma víctima quiera retractarse de la denuncia. En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-967 de 2014 sostuvo:

"[t]al es el caso de la posición de muchas mujeres frente a la administración de justicia cuando sus denuncias y/o reclamos son considerados como asuntos privados, producto de visiones que reflejan la desigualdad histórica y estructural contra éstas. En estos casos, esa neutralidad de la justicia, puede ser problemática, pues detrás de ese velo, son identificables diversas barreras impuestas por la violencia y la discriminación contra éstas. En efecto, la falta de recursos económicos, la vergüenza, las amenazas, las intimidaciones, las distancias físicas o geográficas, la falta de orientación, la invisibilización, los estereotipos de género presentes en los operadores jurídicos"

Es allí cuando el operador judicial debe jugar un papel de garante de los derechos de las víctimas de violencia, y propender por garantizar la seguridad de la víctima.

Respecto de las obligaciones que le asisten a los operadores judiciales para analizar los casos desde la perspectiva de género, la Corte ha establecido que :

"En punto de la administración de justicia y conforme con lo anterior, se ha dicho que los operadores judiciales tienen el deber de cumplir sus funciones a la luz de la perspectiva de género, en aquellos casos que se denuncie violencia sexual o intrafamiliar. A partir de lo anterior, existe entonces un deber constitucional bajo su cargo cuando se enfrenten con situaciones fácticas de estas características. Ya se ha dicho cómo el Estado colombiano, en su conjunto, incluidos los jueces, están en la obligación de eliminar cualquier forma de discriminación o violencia en contra de la mujer. Por esa razón, entonces, es obligatorio que incorporen criterios de género al solucionar sus casos. En consecuencia, cuando menos, deben analizar los hechos y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado por virtud de las relaciones de poder que afectan su dignidad y autonomía.

La perspectiva de género igualmente supone que las autoridades públicas en el marco de sus competencias y al interior de los procesos que adelanten desplieguen una actividad oficiosa amplia cuando quiera que las pruebas existentes no sean suficientes para determinar o conocer los hechos discriminatorios o de violencia alegados y por razón de ello la ponderación judicial se incline, en principio, en favor del agresor. Ello supone decretar las pruebas que resulten necesarias

para determinar con base en la sana crítica si deben protegerse por encima de los derechos del agresor los de la mujer. En todo caso, para arribar a esta conclusión deben siempre analizarse con fundamento en los hechos y de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia como manifestación del respeto al debido proceso y evitar que el ejercicio hermenéutico se agote desde formas estereotipadas de ver a la familia y a la mujer, que contribuyan a la pérdida de imparcialidad de los operadores jurídicos¹¹.

En éste orden de ideas, a juicio del Despacho le asistía el deber a los Fiscales que tuvieron a su cargo las diligencia dentro del proceso: i) informar a la víctima sobre los derechos que tenía y los diferentes mecanismos con los que contaba para salvaguardar su integridad personal; ii) solicitar ante el juez de control de garantías la adopción de medidas de protección garantizando su seguridad, iii) abordar el caso desde la perspectiva de género teniendo en cuenta que no era la primera vez que la víctima era atacada por su compañero sentimental, iv) y desplegar una actividad oficiosa amplia para determinar los hechos de violencia alegados evitando que la ponderación judicial se inclinara, en principio, en favor del agresor, lo que en el caso materia de estudio no se hizo.

Ahora bien, las gestiones de la Fiscalía en casos de violencia intrafamiliar o de violencia contra la mujer no se limita a la investigación y procesamiento de las conductas punibles, sino que dicha entidad tiene también a su cargo la de asegurar la atención y protección de la víctima, disponiendo la concurrencia del resto de actores del sistema de salud y de Policía para lograr el restablecimiento provisional de las condiciones de vida de aquélla.

Se advierte que la Fiscalía General de la Nación no demostró diligencia a la hora de proteger a la señora Saoris Karina Morgan Ortega, limitando su actuación al simple agotamiento, deficitario por demás, de los procedimientos legales, los cuales, como se vio, no fueron idóneos, suficientes y eficaces, pues la señora Saoris Karina Morgan Ortega instauró la denuncia por violencia intrafamiliar y el señor Jhony Pertinson Moreno Machado, luego de ser condenado por el Juzgado 16 Penal Municipal con Función de Conocimiento por el delito de violencia Intrafamiliar a pena principal de 66 meses y 15 días de prisión, en retaliación decide matar a la señora Saoris Karina Morgan, lo que se pudo evitar, si la Fiscalía hubiese solicitado ante el Juez de Control de Garantías, la imposición de una medida de protección a favor de la víctima.

¹¹ Corte Constitucional T-145-17

3.4. De la pérdida de oportunidad

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha concebido la pérdida de oportunidad como una modalidad autónoma de daño, o bien como una técnica de facilitación probatoria, en los casos de incertidumbre causal, en los cuales resulte para la víctima una carga excesiva la demostración del nexo entre el daño que padece y la actuación de la entidad a la que se lo imputa y solo logre demostrar que dicha relación es probable, pero no cierta o segura.

Con relación a esta discusión, ha indicado la misma jurisprudencia que su inclinación ha sido frente a la primera tesis¹², es decir, la de adoptar el criterio conforme al cual la pérdida de oportunidad no es una herramienta para facilitar la prueba del nexo causal, sino un daño autónomo, con identidad propia e independiente, que consiste en el quebrantamiento de un bien jurídico tutelado de recibir un beneficio o de evitar un riesgo, señalamiento al que arriba con fundamento en la misma jurisprudencia de la citada Corporación¹³, en la que se ha considerado:

“La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial¹⁴; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio -material o inmaterial- para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba¹⁵, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, fecha 5 de marzo de 2015, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18.593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁴ MAYO, Jorge, “El concepto de pérdida de chance”, en *Enciclopedia de la responsabilidad civil. Tomo II*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 207.

¹⁵ En esa dirección sostiene Zannoni que esta modalidad de daño “*lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar, que aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que ciertamente, integraba la esfera de su actuar lícito —el *acere licere*, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión de ese interés —cualquiera sea éste— produce en concreto un perjuicio*” (énfasis en el texto original). Cfr. ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 36.

elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento (...). Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado¹⁶.

En cuanto a las características de la pérdida de oportunidad, las que la jurisprudencia¹⁷ le ha atribuido, son las siguientes: "(i) debe constituir una probabilidad seria y debidamente fundada, que permita afirmar la certeza del daño y no una mera posibilidad, vaga y genérica, que no constituye más que un daño meramente hipotético o eventual; (ii) lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir; (iii) la medida del daño será proporcional al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido; y (iv) el bien lesionado es un bien jurídicamente protegido".

En concordancia con lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha referido la pérdida de oportunidad como un perjuicio de naturaleza autónoma, en los siguientes términos: "(...) **la Sala considera que la pérdida de oportunidad se ubica en el campo del daño, sin desconocer que por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad- y por lo mismo, resulta ser un perjuicio autónomo que, no obstante, es indemnizable, diferente al daño final padecido por el paciente**"¹⁸ (se resalta).

Conforme a lo expuesto precedentemente, el Despacho precisa que cuando se han determinado los elementos de la responsabilidad, el hecho dañino, el resultado lesivo y el nexo causal, procede la declaratoria de responsabilidad contra la entidad, y cuando, lo que dan cuenta los medios probatorios es que con la actuación de la entidad, se concretó fue en la pérdida de oportunidad, es este caso, de que la víctima conservara la vida,

¹⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*. Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 274, *apud* TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*. cit., p. 30.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, fecha 5 de marzo de 2015, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹⁸ Sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 18.714. M.P. Gladys Agudelo Ordóñez; en ese mismo sentido, puede consultarse la sentencia de 8 de junio, exp. 19.360.

habrá de condenarse por esa pérdida de oportunidad como daño autónomo, no siendo acumulable este daño autónomo con el daño final, causado por la falla en el servicio, sino por el contrario, excluyentes de acuerdo a la situación demostrada, teniendo esto incidencia en el monto de la indemnización ya que si el daño es la pérdida de oportunidad, la indemnización debe ser reducida.

En ese contexto, se encuentra demostrado en el presente asunto que la Fiscalía General de la Nación incumplió con los deberes que para el caso específico de violencia intrafamiliar denunciado por la señora Saoris Karina Morgan Ortega, le eran inherentes, de acuerdo con la normatividad y criterio jurisprudencial señalados en líneas anteriores, que se contraen a: "i) *informar a la víctima sobre los derechos que tenía y los diferentes mecanismos con los que contaba para salvaguardar su integridad personal;* ii) *solicitar ante el juez de control de garantías la adopción de medidas de protección garantizando su seguridad,* iii) *abordar el caso desde la perspectiva de género teniendo en cuenta que no era la primera vez que la víctima era atacada por su compañero sentimental,* iv) *y desplegar una actividad oficiosa amplia para determinar los hechos de violencia alegados evitando que la ponderación judicial se inclinara, en principio, en favor del agresor"*.

Bien pudo suceder que a pesar de que la Fiscalía hubiese obrado en forma diligente, no se hubiese evitado el desenlace fatal, ya porque las medidas adoptadas no fuesen lo suficientemente efectivas para conjurar el deseo criminal del agresor, o porque a pesar de haber solicitado ante el Juez de Control de Garantías la imposición de una o varias medidas de protección a favor de la víctima, éste pudo negarlas.

Sin embargo, esa omisión de la Fiscalía sí fue determinante para que la señora Saoris Karina Morgan Ortega fuera asesinada por su agresor, contra quien había formulado denuncia ante la autoridad penal por violencia intrafamiliar no solamente contra su persona, sino en contra de su menor hija.

En ese sentido, considera el Despacho que le asiste responsabilidad a la Fiscalía general de la Nación, por cuanto su omisión contribuyó a la pérdida de oportunidad de Saoris Karina Morgan Ortega de conservar su vida.

3.4.1.- Liquidación de perjuicios

Se solicitó el reconocimiento de perjuicios materiales a favor de Lisenia Morgan Ortega, en calidad de madre de Saoris Karina Morgan Ortega en cuantía de \$148.160.210.

Además, en favor de Lisenia Luz Morgan Ortega la suma de 100 SMLMV, en su calidad de madre de la víctima y para Shirley Vanessa Morgan Ortega, Dayanis Morgan Ortega, Sindy Paola Ospina Morgan y Enith Marcela Correa Morgan, la suma de 50 SMLMV para cada una, en su calidad de hermanas de la víctima por concepto de perjuicios morales.

Como no se trata del perjuicio pleno, sino de la pérdida de oportunidad, la indemnización se reduce y debe guardar concordancia con el grado de probabilidad de haberse evitado el perjuicio.

En ese sentido, se hará uso de la línea jurisprudencial relativa al quantum que ha establecido el Consejo de Estado, en eventos de muerte de personas, pero solamente para tener un parámetro objetivo para tasar los perjuicios.

Sobre el reconocimiento de perjuicios morales en casos donde se encuentre definido el juicio de imputación en cabeza del Estado, tratándose de la muerte de una persona, el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014, precisó las siguientes pautas para su tasación, de acuerdo con el parentesco con la víctima¹⁹:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
<i>Regla general en el caso de muerte</i>	<i>Relación afectiva conyugal y paterno-filial</i>	<i>Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil</i>	<i>Relación afectiva del 3er de consanguinidad o civil</i>	<i>Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.</i>	<i>Relación afectiva no familiar (terceros damnificados)</i>
<i>Porcentaje</i>	100%	50%	35%	25%	15%
<i>Equivalencia en salarios mínimos</i>	100	50	35	25	15

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5, deberá ser probada la relación afectiva.

Así las cosas, el Despacho reconocerá en favor de Lisenia Luz Morgan Ortega, en su calidad de madre de la víctima conforme al registro civil de nacimiento de Saoris Karina Morgan Ortega visto a folio 19 el equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que corresponde al 50% de la indemnización plena.

¹⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano.

En favor de Shirley Vanessa Morgan Ortega, Dayanis Morgan Ortega, Sindy Paola Ospino Morgan y Enith Marcela Correa Morgan, en su calidad de hermanas de la víctima conforme a los registros civiles obrantes a folios 21 a 24 del plenario se reconocerá el equivalente a 25 salarios mínimos legales mensuales para cada una.

5.- COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

El artículo 188 de la Ley 1437 y el artículo 366 de CGP regulan lo relativo a la fijación de agencias en derecho, y para ello acudirá a las tarifas fijadas en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Así, en materia de lo Contencioso Administrativa, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 1 ordinal i fijándose para los procesos declarativos en general en primera instancia con cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.

Ahora bien, en concordancia con el artículo 2º del Acuerdo en mención, la determinación de las agencias *"tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites."*

Por lo anterior, el Despacho fija como agencias en derecho el cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones de la demanda reconocidas en este fallo.

5.- DECISIÓN

El Juzgado Sesenta y Cuatro Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR administrativamente responsable a la Nación-Fiscalía General de la Nación por los perjuicios causados a la parte actora, por la oportunidad que perdió la señora Saoris Karina Morgan Ortega de salvar su vida, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: CONDENAR a la Nación-Fiscalía General de la Nación, a pagar las siguientes sumas de dinero por concepto de **perjuicios por la pérdida de oportunidad**:

- En favor de Lisenia Luz Morgan Ortega, en su calidad de madre de la víctima el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes

- En favor de Shirley Vanessa Morgan Ortega, Dayanis Morgan Ortega, Sindy Paola Ospino Morgan y Enith Marcela Correa Morgan, en calidad de hermanas de la víctima el equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales, para cada una.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de conformidad con lo señalado en la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada, y fijar como AGENCIAS EN DERECHO a favor de la parte actora, el CUATRO POR CIENTO (4%) de las pretensiones de la demanda reconocidas en la sentencia.

QUINTO: La sentencia deberá cumplirse dentro de los términos previstos en el artículo 192 y subsiguientes de la Ley 1437.

SEXTO: La presente sentencia se notificará de conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la Ley 1437.

SÉPTIMO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

OCTAVO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora, si los hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÁLVARO CARREÑO VELANDÍA
Juez