



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”**

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

Bogotá, D.C., Veintisiete (27) de enero de dos mil veintiuno (2021)

MEDIO DE CONTROL - REPARACIÓN DIRECTA

Radicado:	25000 – 23 – 26 – 000 – 2012 – 00740 – 01
Actor:	MAURO FELIPE GAVILÁN MONTAÑO Y OTROS
Demandado:	NACIÓN – RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
Tema:	RESPONSABILIDAD POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD
Sentencia N°:	S03 - 21012778
Instancia:	PRIMERA
Sistema:	ESCRITURAL

Asunto: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso ordinario iniciado por Mauro Felipe Gavilán Montaña, María Teresa Montaña, Wilson Gavilán Álvarez, Melissa y Nicolette Gavilán Muñoz, Rubén Darío Gavilán Álvarez, Dora Milena Ardila, Luis Alberto Gavilán Chacón, Jorge Alberto Gavilán Álvarez, Laura Natalia y Jonathan Mauricio Gavilán Grillo, María Cristina Grillo, Carlos Hernando Gavilán Álvarez, Cristian Hernando y Diana Carolina Gavilán Mejía, en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo (CCA) contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial (Consejo Superior de la Judicatura), la Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo de Colombia y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

II. ANTECEDENTES

2.1 Pretensiones¹

Los accionantes Mauro Felipe Gavilán Montaña, María Teresa Montaña, Wilson Gavilán Álvarez, Melissa y Nicolette Gavilán Muñoz, Rubén Darío Gavilán Álvarez, Dora Milena Ardila, Luis Alberto Gavilán Chacón, Jorge Alberto Gavilán Álvarez, Laura Natalia y Jonathan Mauricio Gavilán Grillo, María Cristina Grillo, Carlos

¹ Folios 52 a 63 cuaderno 1 principal.

Hernando Gavilán Álvarez, Cristian Hernando y Diana Carolina Gavilán Mejía, interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial (Consejo Superior de la Judicatura), la Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo de Colombia y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, solicitando se les declare administrativamente responsables por los perjuicios generados con motivo del error judicial y falla del servicio que provocaron la privación de la libertad de que fue objeto Mauro Felipe Gavilán Álvarez desde el 11 de octubre del 2009 hasta el 6 de febrero del 2010 por los punibles de secuestro simple (Radicado: 110016000017200908275 NI 105751) y acceso carnal violento (Radicado: 110016000100200900148 NI 109254).

2.2. Hechos²

Como sustento de las pretensiones, el apoderado judicial de los accionantes indicó:

El 11 de octubre del 2009 aproximadamente a las 11:20 a.m., mientras Mauro Felipe Gavilán Montaña se encontraba en compañía de Elkin Gerardo Hurtado Fontecha, David Adalbert Beltrán Alonso y Andrés Felipe Ramírez Palomino, en el apartamento 104 (Torre 10) de la Urbanización Salitre Club I, ubicada en la carrera 68B No. 22 A 71, fueron inexplicablemente capturados por miembros de la Policía Nacional, quienes les informaron que se les detenía por la presunta comisión de un secuestro y violación. Pese a que aquellos les pidieron que ingresaran al apartamento para que verificaran que no se había cometido ningún delito, los policiales hicieron caso omiso a la solicitud. Con ocasión de lo anterior, se elaboró el informe de la policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia FPJ-5.

El 12 de octubre del 2009, el Juzgado 63 Penal Municipal con Función de Control de Garantías celebró la audiencia concentrada de legalización de captura, imputación de cargos y definición de la medida de aseguramiento, durante la cual legalizó la captura en “flagrancia” e impuso medida de detención privativa de la libertad.

Por conducto de proveído del 18 de diciembre del 2009, el Juzgado 8 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá resolvió, dentro del expediente penal No. 110016000017200908275, la preclusión del delito de secuestro simple frente a Mauro Felipe Gavilán Montaña.

Mediante providencia del 22 de febrero del 2010, el Juzgado 16 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá declaró, dentro del expediente penal No. 110016000100200900148, la preclusión del punible de acceso carnal violento respecto de Mauro Felipe Gavilán Montaña.

² Folios 7 a 51 cuaderno 1 principal

2.3. De los argumentos de la parte actora

Solicita que se declare la responsabilidad administrativa y patrimonial de las demandadas, al considerar que incurrieron en varias falencias que provocaron la privación de la libertad de la que fue objeto Mauro Felipe Gavilán Montaña desde el 11 de octubre del 2009 hasta el 6 de febrero del 2010, configurándose de esa forma un daño que no estaba en la obligación de soportar, es decir, antijurídico, máxime cuando existían incongruencias y falencias probatorias graves para la realización de un juicio de responsabilidad penal, motivo por el cual les corresponde resarcir los perjuicios materiales e inmateriales causados a los demandantes.

Frente al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario reprocha que se presentaron diversas vulneraciones a su dignidad dentro de su estancia en la cárcel, especialmente, las vejaciones psicológicas a las que fue sometido por otros reclusos.

Se invocan como fundamento de derecho de las pretensiones, las siguientes normas:

- Constitución Política, artículos 2, 13, 29, 117 y 118.
- Código Civil, artículos 726 a 781, 972 a 1007.
- Código de Procedimiento Civil, artículos 408 a 416.
- Ley 446 de 1998
- Ley 640 del 2001
- Ley 906 del 2004, artículos 5, 10, 27, 219, 220, 221, 222, 223, 225, 227, 228, 237 y 230.
- Ley 941 del 2005, artículos 131, 220, 231, 232, 245, 246, 247, 249, 275, 277, 306, 277, 282, 284

III. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA

Admitida la demanda y su reforma (fs. 80-81, 88, 193-194 c.1), la Rama Judicial, la Procuraduría General de la Nación, la Policía Nacional, Defensoría del Pueblo, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la Fiscalía General de la Nación, presentaron las contestaciones de la demanda dentro del término (fs. 113-119, 128-132, 133-136, 144-151, 208-216, 1-11, 254-255, 256-265, 266, 267-268, 276-279, 280-291, 292-294 c.3).

Mediante providencia del 17 de febrero del 2015, se ordenó correr traslado de las excepciones propuestas por los demandados (f. 296 c.1), sin pronunciamiento de la parte actora.

En auto del 7 de abril del 2015 (fs. 303-306 c.1), se decretaron los medios de prueba solicitados por las partes.

Practicadas las pruebas, mediante providencia del 22 de agosto del 2019 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (f. 232 c2).

El 30 de agosto, el 3, 5, 6 y 9 de septiembre del 2019 y el 16 de enero del 2020, los apoderados de la parte actora, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de la Fiscalía General de la Nación, del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, de la Policía Nacional, de la Defensoría del Pueblo, de la Rama Judicial allegaron los respectivos escritos con los alegatos de conclusión (fs. 233-235, 236-246, 247-248, 253-254, 261-269, 270-287 c.2).

IV. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. De la Nación – Rama Judicial

Una vez notificada a la accionada el auto admisorio de la demanda, constituyó apoderado judicial, quien procedió a radicar escrito de contestación a la demanda, por medio del cual se opuso a las pretensiones de la demanda, puesto que si bien el juez con función de garantías impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva, lo cierto es que dicha decisión obedeció a los elementos probatorios aportados por el ente acusador (informe de captura en flagrancia), quien además petitionó su imposición.

Sostiene que el juez con función de control de garantías actuó en derecho y con total apego a la normatividad vigente (sistema penal acusatorio) y en ese sentido, no le asiste responsabilidad a la Rama Judicial, del cual hace parte el funcionario que posteriormente decidió la preclusión de los procesos que se adelantaban contra Mauro Felipe Gavilán Montaña por los delitos de secuestro simple y acceso carnal violento, investigaciones iniciadas con ocasión de la denuncia interpuesta por Yuli Andrea Díaz Martínez.

Precisa que el informe presentado por la Policía sobre la captura en flagrancia de Mauro Felipe Gavilán Montaña y el informe ejecutivo FPJ-3 resultaron infundados, documentos que indujeron al error a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial.

Indica que fue la denuncia presentada por Yuli Andrea Díaz Martínez la que generó el proceso penal y la privación de la libertad de que fue objeto Mauro Felipe Gavilán Montaña, circunstancia por la cual solicita la excepción del hecho del tercero. En ese sentido, precisa que cuando el 3 de noviembre del 2009 Díaz Martínez se retractó de parte de lo señalado, en audiencia del 18 de diciembre del 2009 el Juzgado 8 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá ordenó la compulsión de copias para que fuera investigada por la presunta comisión del punible de falso testimonio.

De otra parte, sustenta la existencia de la excepción de falta de causa para demandar, en la medida que no toda sentencia desfavorable es producto de un error judicial, pues para que éste último se configure es necesario reunir los requisitos establecidos en la normatividad. Además, señala que dentro del proceso penal el apoderado del procesado no fue diligente en las actuaciones adelantadas ante el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bogotá.

4.2. De la Procuraduría General de la Nación

Una vez notificada a la accionada el auto admisorio de la demanda, constituyó apoderado judicial, quien procedió a radicar escrito de contestación a la demanda, por medio del cual se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que la responsabilidad en un asunto en el que se reclama la privación de la libertad corresponde a las autoridades cuya función era decidirla, a saber, de la Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial.

Precisa que si bien la Procuraduría tiene a su cargo la protección de los derechos humanos (entre ellos la libertad de las personas) por conducto del Defensor del Pueblo, lo cierto es que aquello no incluye decidir la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, mucho menos solicitarla.

Indica que el hecho de que la Procuraduría no se haya pronunciado dentro del proceso penal no resulta en un incumplimiento de su función, puesto que se trata de una intervención facultativa y no obligatoria, en los términos del numeral 7 del artículo 7 de la Constitución Política y del Código de Procedimiento Penal.

Formula la excepción de falta de legitimación por pasiva, y para ello sustenta que el trámite del proceso penal y la solicitud y decisión de la medida de aseguramiento de detención preventiva corresponde a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial (artículos 113 y 230 Constitución Política) y, excepcionalmente, al Congreso de la República. En ese sentido, indica que nada tuvo que ver la Procuraduría con la privación de la libertad, el presunto operativo irregular y tampoco con la investigación penal.

4.3. De la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Una vez notificada a la accionada el auto admisorio de la demanda, constituyó apoderado judicial, quien procedió a radicar escrito de contestación a la demanda, por medio del cual se opuso a las pretensiones de la demanda, y para el efecto propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Argumenta que no existe nexo causal entre el daño reclamado y la actuación de la entidad policial, comportamiento que además está ajustado a la ley y a la Constitución Política (artículo 218), en la medida que la responsabilidad que se imputa (ejercicio de la administración de justicia) en virtud de lo dispuesto en el artículo de la Ley 270 de 1996, se deriva de las actividades a cargo de la Fiscalía General de la Nación, teniendo en cuenta que la Policía Nacional no cuenta con funciones jurisdiccionales y no decidió la imposición de la medida de aseguramiento.

Señala que correspondía a la Fiscalía General de la Nación, dentro de la investigación penal adelantada contra Mauro Felipe Gavilán Montaña, verificar la legalidad y veracidad de las actuaciones de la Policía Nacional, en los términos del artículo 114 de la Ley 600 del 2000.

Precisa que las garantías y derechos patrimoniales de Mauro Felipe Gavilán Montaña fueron desarrollados proporcionalmente y sin que se generara algún tipo de detrimento que deba indemnizar la Policía Nacional.

4.4. De la Defensoría del Pueblo

Una vez notificada a la accionada el auto admisorio de la demanda, constituyó apoderado judicial, quien procedió a radicar escrito de contestación, por medio del cual se opuso a las pretensiones de la demanda, al afirmar que la Defensoría no asignó un defensor público para representar al procesado penal y, en ese sentido, sostiene que desconoce si la víctima otorgó poder a un abogado de confianza.

Precisa que cualquier petición derivada de la prestación del servicio a la víctima, sólo puede ser reclamada por aquella y no por los demandantes, pues frente a los últimos se produce la falta de legitimación en la causa y en ese orden de ideas, no generó los perjuicios reclamados en las pretensiones de la demanda.

Propone las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa y pasiva, inexistencia de nexo de causalidad entre la Defensoría del Pueblo y el daño reclamado, e indebida tasación de los perjuicios solicitados.

- Falta de legitimación en la causa por activa: Señala que los demandantes no acudieron a la Defensoría del Pueblo para ser representados judicialmente, es decir, no fueron asistidos por un defensor público, motivo por el cual no pueden reclamar las fallas que pudieran presentarse en la prestación del servicio.

- Falta de legitimación en la causa por pasiva: Sustenta que Mauro Felipe Gavilán Montaña no solicitó, en los términos de la Resolución 0382 del 27 de abril de 1993, que la Defensoría del Pueblo prestara a su favor el servicio de defensoría pública, motivo por el cual no puede endilgársele el incumplimiento de las funciones establecidas en la Constitución Política, el artículo 21 de la Ley 24 de 1992 y la Ley 941 del 2005, pues nadie está obligado a lo imposible.

- Inexistencia de nexo de causalidad entre la Defensoría del Pueblo y el daño reclamado: Afirma que la Defensoría del Pueblo no causó el daño reclamado en las pretensiones de la demanda, por cuanto su inactividad en la defensa de Mauro Felipe Gavilán Montaña no constituye una omisión a sus funciones, en la medida que la imposibilidad de ejercer la actividad prevista por la Constitución Política y la ley se dio porque Gavilán Montaña no solicitó el servicio de defensoría pública.

- Indebida tasación de los perjuicios solicitados: Explica que el monto de los perjuicios morales solicitados en las pretensiones de la demanda desborda los topes indemnizatorios fijados por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Frente a los perjuicios patrimoniales, indica que estos deben ser plenamente acreditados.

4.5. Del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario

Una vez notificada a la accionada el auto admisorio de la demanda, constituyó apoderado judicial, quien procedió a radicar escrito de contestación a la demanda, por medio del cual se opuso a las pretensiones de la demanda, puesto que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario actuó en atención a la ley y en acatamiento de una orden judicial.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, pues el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario no emitió la medida de aseguramiento de detención preventiva contra Mauro Felipe Gavilán Montaña, su función consistió en administrar y ejecutar la orden judicial emitida por el Juzgado 63 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, así como efectuar la resocialización del detenido por conducto de programas educativos, instrucción, trabajo, actividades culturales, recreativas, deportivas y de relaciones en familia.

4.6. del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses

Una vez notificada a la accionada el auto admisorio de la demanda, constituyó apoderado judicial, quien procedió a radicar escrito de contestación a la demanda, por medio del cual se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que el daño y hechos que se le imputan nada tienen que ver con el delito de secuestro simple por el cual fue investigado Mauro Felipe Gavilán Montaña (Radicado: 110016000017200908275), puesto que se limitó a realizar un informe pericial de biología forense de ADN y valoración física a Yuli Andrea Díaz Martínez, pruebas que no fueron objetadas dentro del proceso penal.

Precisa que el daño reclamado en las pretensiones de la demanda se originó por las decisiones judiciales que tomaron las autoridades competentes con fundamento en la denuncia presentada por Yuli Andrea Díaz Martínez, circunstancias en las cuales no tiene relación alguna el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, cuya función, en los términos de los artículos 31 y 35 de la Ley 938 del 2004, es brindar el apoyo técnico y científico a la administración de justicia, tarea que cumplió diligente y oportunamente, sin que pueda predicarse una falla del servicio.

4.7. De la Nación – Fiscalía General de la Nación

Una vez notificada a la accionada el auto admisorio de la demanda, constituyó apoderado judicial, quien procedió a radicar escrito de contestación a la demanda, por medio del cual se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que su actuar se surtió de conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política de 1991 y las funciones y obligaciones legales que de ella se desprenden.

Indica que cumplió sus deberes como titular de la acción penal, adelantando oportunamente la investigación penal, y en ese orden de ideas se limitó al acatamiento de lo que las normas constitucionales y legales le imponen.

Explica que la medida de aseguramiento alegada tuvo como fundamento la valoración de las pruebas oportuna y legalmente valoradas bajo las reglas de la sana crítica, limitándose de esa forma a cumplir lo determinado en la Constitución y la Ley, especialmente lo contemplado en la Ley 906 del 2004.

Precisa que la medida de aseguramiento de detención preventiva de la libertad además de reunir los requisitos objetivos señalados por la normatividad penal, también reunió el elemento subjetivo, a saber, dos indicios graves de responsabilidad penal.

Señala que la privación de la libertad no resulta injusta, en la medida que aquella fue proferida en atención a la normatividad vigente y además por cuanto el delito imputado (concierto para delinquir agravado) vulneraba el bien jurídico de la seguridad pública.

Expone que la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad fue resuelta por el juez de garantías, frente a lo cual la Fiscalía únicamente se limitó a peticionarla con fundamento en las pruebas obtenidas en cumplimiento de su función investigativa, motivo por el cual formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, en la medida en que se encuentra en cabeza del juez (Rama Judicial) la imposición de la medida de aseguramiento, de conformidad a lo establecido en la Ley 906 del 2004.

Propone la excepción de hecho de un tercero, puesto que la investigación, el proceso penal y la imposición de la medida de aseguramiento contra Mauro Felipe Gavilán Montaña fueron originados por la denuncia presentada por Yuli Andrea Díaz Martínez, quien posteriormente se retractó de lo manifestado.

De otra parte, arguye que los perjuicios solicitados en las pretensiones de la demanda no se encuentran acreditados, pues aquellos no se presumen.

V. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. De la parte Accionante

Guardó silencio.

5.2. Del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

Reitera lo expuesto en la contestación de la demanda, y además resalta que el informe pericial emitido dentro de la investigación adelantada contra Mauro Felipe Gavilán Montaña cumplió con todos los requisitos y protocolos establecidos por la ley, en ese sentido, argumenta que acató las funciones a su cargo contempladas en los artículos 35 y 36 de la ley 938 del 2004, la Resolución No. 001183 del 14 de diciembre del 2005 y el artículo 204 de la Ley 906 del 2004.

5.3. De la Fiscalía General de la Nación

Reitera los argumentos señalados en la contestación de la demanda, y además propone las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, inexistencia del error judicial, de la falla del servicio y de nexo causal.

Frente a la culpa exclusiva de la víctima, discurre que Mauro Felipe Gavilán Montaña no acató las normas mínimas de comportamiento y convivencia frente a Yuli Andrea Díaz Martínez, quien refirió haber sido abusada sexualmente por aquél y otras personas, siendo ésta una conducta reprochable que rompe la imputación en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.

En lo atinente a la inexistencia del error judicial explica que, en el marco de la Ley 906 del 2004, la Fiscalía no tiene a su cargo la capacidad para proferir decisiones judiciales, función que se encuentra en cabeza de los jueces (Rama Judicial).

Respecto a la inexistencia de la falla en el servicio, destaca que actuó en cumplimiento de la Constitución Política y la normatividad, pues quien profirió la medida de aseguramiento fue el Juez de Control de Garantías, circunstancias que conllevan a acreditar la falta de legitimación en la causa por pasiva.

5.4. Del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario

Reitera los argumentos de la contestación de la demanda, además propone la excepción de inexistencia del nexo causal, en la medida que no se aportan pruebas, a saber, antecedentes administrativos y denuncias, que acrediten los maltratos que reclama en la demanda por parte de funcionario del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, máxime cuando el testigo Andrés Felipe Ramírez Palomino refirió el 6 de mayo del 2015 que los guardianes custodiaban y vigilaban a los internos.

Por otra parte, argumenta que deben demostrarse los perjuicios que se reclaman en las pretensiones de la demanda, además indica que el monto peticionado excede los parámetros fijados por el Consejo de Estado.

5.5. De la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Reitera lo argüido en la contestación de la demanda, puesto que la actuación de la Policía Nacional se ajustó a la Constitución Política y a la ley, no se acreditó la existencia de una irregularidad en el procedimiento de captura de Mauro Felipe Gavilán Montaña, con mayor razón cuando fue avalado por las autoridades judiciales que conocieron la investigación y el proceso penal.

5.6. De la Defensoría del Pueblo

Insiste en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

5.7. De la Nación – Rama Judicial

Reitera lo señalado en la contestación de la demanda.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN

6.1.1. Competencia

Conforme al artículo 82³ del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 1° de la Ley 1107 del 2006 “Por la cual se modifica el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998”, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la competente para juzgar las controversias originadas en la acción u omisión de las entidades públicas, y en atención a la naturaleza jurídica de la demandada, es ésta la encargada de juzgar las actuaciones de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial (Consejo Superior de la Judicatura), la Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo de Colombia y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

Así mismo, este Tribunal es competente para conocer el presente asunto de acuerdo al artículo 132 numeral 6° del Código Contencioso Administrativo⁴, el cual dispone que los tribunales administrativos conocen en primera instancia de los procesos de reparación directa cuando la cuantía exceda los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como se observa en el *sub lite*.

6.1.2. De la oportunidad para demandar

En tratándose de la acción de reparación directa, el numeral 8° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998⁵.dispone:

Artículo 44. *Caducidad de las acciones. El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:*

³ **Artículo 1°.** El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

"Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional".

⁴ **ARTICULO 132. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA.** Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...)

6. De los de reparación directa cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

(...)

⁵ "Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia"

Artículo 136. Caducidad de las acciones.

(...)

8. La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

Adicionado por el art. 7, Ley 589 de 2000. Sin embargo, el término de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición.

(...) (Subrayado fuera del texto)

La norma en cita determina que el fenómeno jurídico de la caducidad se contabiliza en dos (2) años a partir del día siguiente en que se presentó la acción u omisión que causó el daño o al conocimiento del daño que sirve de fundamento a la pretensión.

Vale destacar que el Consejo de Estado ha entendido que en los eventos donde la demanda de reparación directa tenga como origen la privación injusta de la libertad, la caducidad de la acción se cuenta desde el día siguiente a la ejecutoria del fallo absolutorio de responsabilidad o providencia similar⁶ o desde el momento en que quede en libertad el procesado, lo último que ocurra⁷.

Es preciso tener en cuenta que con ocasión a la denuncia presentada por Yuli Andrea Díaz Martínez se dio inicio al proceso penal No. 110016000017200908275 contra Mauro Felipe Gavilán Montaña por los delitos de acceso carnal violento con circunstancia de agravación en concurso homogéneo sucesivo y heterogéneo con secuestro simple, con ocasión de los cuales le fue impuesta la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario. Posteriormente se presentó la ruptura procesal, adelantándose dos procesos, a saber, secuestro simple (Radicado: 110016000017200908275) y acceso carnal violento (Radicado: 110016000100200900148), motivo por el cual la Sala procederá a verificar cuál fue el último en decidirse (declarar la preclusión y terminación del proceso penal).

Se observa que, en el marco del proceso penal tramitado por el delito de secuestro simple, mediante providencia del 18 de diciembre del 2009, el ente acusador emitió la preclusión de la investigación a favor de Mauro Felipe Gavilán Montaña (Radicado: 110016000017200908275). Dicha decisión quedó ejecutoriada ese

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 03 de diciembre de 2012. Consejera Ponente Dra. Stella Conto Díaz del Castillo. Rad. No. Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02512-01(25571).

⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, sentencia del 30 de agosto del 2018, Radicado: 76001-23-31-000-2012-00330-01(53456), C.P.: María Adriana Marín.

mismo día, al ser expedida en audiencia y no haber sido objeto de recursos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 187 de la Ley 600 del 2000⁸.

De otra parte, en el marco del proceso penal iniciado por el delito de acceso carnal violento, mediante providencia del 22 de febrero del 2010, el ente acusador emitió la preclusión de la investigación a favor de Mauro Felipe Gavilán Montaña (Radicado: 110016000100200900148).

Así las cosas, teniendo en cuenta que fue la providencia del 22 de febrero del 2010 la última decisión que resolvió la preclusión de uno de los delitos por los cuales Mauro Felipe Gavilán Montaña fue privado de la libertad, el plazo de 2 años de que trata el artículo 164 del CPACA se comienza a contar a partir del día siguiente a la decisión, es decir, el 23 de febrero del 2010, teniendo la parte demandante hasta el 23 de febrero del 2012 para presentar la demanda.

No obstante, el 10 de octubre del 2011, faltando 4 meses y 13 días para la culminación del término inicial de caducidad, el apoderado de la parte demandante presentó ante la Procuraduría Tercera Judicial para Asuntos Administrativos ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicitud de conciliación, despacho que el 6 de febrero del 2012 (f. 15 c.pruebas2) expidió constancia de imposibilidad de acuerdo, motivo por el cual el mencionado plazo se reinició el 7 de febrero del 2012, motivo por el cual dicho plazo culminó el 20 de junio del 2012 y como la parte demandante lo radicó el 30 de abril del 2012, lo hizo dentro del término legal.

6.1.3. De la legitimación en la causa por activa

Mauro Felipe Gavilán Montaña, quien fue privado de su libertad desde el 11 de octubre del 2009 hasta el 6 de febrero del 2010, se encuentra legitimado en la causa por activa y confirió poder en debida forma (fs. 3-6 c.1)

De otra parte, María Teresa de Lourdes Montaña Bayona (progenitora), Wilson Gavilán Álvarez (tío paterno), Melissa y Nicolette Gavilán Muñoz (primas), Rubén Darío Gavilán Álvarez (tío paterno), Luis Alberto Gavilán Chacón (abuelo paterno), Jorge Alberto Gavilán Álvarez (tío paterno), Laura Natalia y Jhonnatan Mauricio Gavilán Grillo (primos), María Cristina Grillo (tía política), Carlos Hernando Gavilán Álvarez (tío paterno), Cristian Hernando y Diana Carolina Gavilán Mejía (primos), acreditaron con las correspondientes documentales, como registros civiles (fs. 1-14 c.pruebas), las calidades alegadas respecto de Mauro Felipe Gavilán Montaña, razón por la cual se encuentran legitimados en la causa por activa; además, otorgaron poder en debida forma (fs. 3-6 c.1).

⁸ **Artículo 187. Ejecutoria de las providencias.** <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes. La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente.

Las providencias interlocutorias proferidas en audiencia o diligencia quedan ejecutoriadas al finalizar ésta, salvo que se hayan interpuesto recursos. Si la audiencia o diligencia se realizare en varias sesiones, la ejecutoria se producirá al término de la última sesión. (Subrayado de la Sala)

Por otro lado, Dora Milena Ardila no acreditó la calidad alegada respecto de Mauro Felipe Gavilán Montaña, pues no obran en el plenario los documentos que den cuenta del vínculo consanguíneo o familiar entre ellos existente.

6.1.4. De la legitimación en la causa por pasiva

Es preciso tener en cuenta que la Policía Nacional⁹, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses¹¹, la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario¹², poseen personería jurídica y por ende capacidad para ejercer derechos, contraer obligaciones y ser representadas judicial y extrajudicialmente¹³, se encuentra llamados a responder por el daño causado a los accionantes en virtud de la privación de la libertad de la que fue objeto Mauro Felipe Gavilán Montaña desde el 11 de octubre del 2009 hasta el 6 de febrero del 2010, dieron contestación y en general han participado en las instancias procesales, luego, se encuentran legitimados por pasiva en el proceso.

Vale la pena indicar que si bien la Procuraduría General de la Nación¹⁴ y la Defensoría del Pueblo¹⁵ cuentan con autonomía administrativa y patrimonial, lo cierto es que no tienen personería jurídica, por lo cual se ubican dentro de la persona jurídica de derecho público Nación¹⁶, última que se encuentra llamada a responder por el daño reclamado, encontrándose legitimada por pasiva en el proceso.

VII. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS DE LA SALA

7.1. Problema jurídico

La Sala debe determinar si es procedente declarar la responsabilidad extracontractual de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial (Consejo Superior de la Judicatura), la Procuraduría General de la

⁹ Constitución Política. **ARTÍCULO 218.** La ley organizará el cuerpo de Policía.

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

¹⁰ Ley 62 de 1993. **ARTÍCULO 5o. DEFINICIÓN.** La Policía Nacional es un cuerpo armado, instituido para prestar un servicio público de carácter permanente, de naturaleza civil y a cargo de la Nación. Su fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas para asegurar la paz ciudadana.

¹¹ Ley 938 del 2004. **ARTÍCULO 33.** El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses pertenece a la Rama Judicial y se encuentra adscrito a la Fiscalía General de la Nación, como establecimiento público del orden nacional, dotado de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

¹² Decreto 1242 de 1993. **ARTÍCULO 2°NATURALEZA.** El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Justicia, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente que se organiza conforme a las disposiciones establecidas en el Decreto 2160 de 1992.

¹³ Señala el Código Civil en su artículo 633:

“Art. 633. Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”

¹⁴ Decreto 262 del 2000. **ARTÍCULO 1°.** **Suprema dirección del Ministerio Público.** La Procuraduría General de la Nación es el máximo organismo del Ministerio Público. Tiene autonomía administrativa, financiera y presupuestal en los términos definidos por el Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional y ejerce sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación.

¹⁵ Decreto 25 del 2014. **ARTÍCULO 1o. NATURALEZA JURÍDICA.** La Defensoría del Pueblo es un organismo que forma parte del Ministerio Público, ejerce sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación y le corresponde esencialmente velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los Derechos Humanos.

La Defensoría del Pueblo tiene autonomía administrativa y presupuestal.

¹⁶ La Ley 153 de agosto 15 de 1887 “Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. señala:

“Art. 80. La Nación, los Departamentos, los Municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas ó reconocidas por la ley, son personas jurídicas. “

Nación, Defensoría del Pueblo de Colombia y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, por la privación de la libertad de la que fue objeto Mauro Felipe Gavilán Montaña desde el 11 de octubre del 2009 hasta el 6 de febrero del 2010 dentro del proceso penal adelantado en su contra por el delito de acceso carnal violento, el cual mediante proveído del 22 de febrero del 2010, fue precluido por el ente acusador.

Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, esto es, de configurarse los elementos constitutivos de la responsabilidad, la Sala determinará si hay lugar al reconocimiento de los perjuicios que se reclaman.

7.2. Tesis

Para la Sala, la Nación – Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial son administrativamente responsables por la privación de la libertad de que fue objeto Mauro Felipe Gavilán Montaña desde el 11 de octubre del 2009 hasta el 6 de febrero del 2010, debido a que resultando aplicable el régimen objetivo de responsabilidad no se acreditaron los eximentes de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima y tampoco del hecho de un tercero.

De otra parte, a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo de Colombia y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, no les resulta imputable la privación injusta de su libertad de que fuera objeto Mauro Felipe Gavilán Montaña, por cuanto dichas entidades no tienen a cargo proferir la medida de aseguramiento de detención preventiva, además en la medida que respecto de aquellas no se argumentó y mucho menos se probó una falla del servicio que provocara el daño reclamado, en tanto se limitaron al cumplimiento de las funciones asignadas a ellos constitucional y legalmente.

VIII. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO – RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

El artículo 90 de la Constitución Política estatuye la cláusula general de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, de acuerdo con la cual, acogió la teoría del daño antijurídico, entendiéndolo no como *“aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el ‘perjuicio’ que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo¹⁷”*, siempre y cuando exista título de imputación, por acción u omisión de una autoridad pública¹⁸.

En otras palabras, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, se deben cumplir dos presupuestos básicos, a saber, que el daño sea antijurídico, y que este sea imputable al Estado. Una vez definido que se está frente a una obligación del Estado, debe establecerse el título a través del cual se atribuye el

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁸ *Ibidem*: “Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del año a alguna de ellas.”

daño causado, ya sea la falla del servicio, o el riesgo creado o la ruptura del principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado el concepto de los tres regímenes de responsabilidad expuestos *supra*, sobre los cuales, la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-072 de 2018 estableció lo siguiente:

(i) La falla del servicio. *Este título de imputación ha sido entendido tradicionalmente como el equívoco, nulo o tardío funcionamiento del servicio público¹⁹; sin embargo, la comprensión que se le ha dado al régimen de falla del servicio a partir de la expedición de la Constitución de 1991, ha variado, para ser considerada como la violación de una obligación a cargo del Estado²⁰, lo cual apareja que su naturaleza sea **subjetiva**, pues implica un reproche abstracto de la conducta estatal, sin el análisis de la culpa o el dolo en la conducta particular del agente estatal²¹.*

Ahora bien, la Corte entiende que este régimen no puede ser explicado al margen del concepto de daño antijurídico y con ello se introduce una modificación de tal noción, en tanto el fundamento de la responsabilidad no es la calificación de la conducta de la administración, sino del daño que ella causa, es decir, si cualquier actuar público produce un perjuicio en quien lo padece, y no estaba obligado a soportarlo²².

La comprensión que esta Corporación tiene de la falla del servicio que se encuentra inmersa en el artículo 90 de la Constitución, permite estimar que la misma se presentará sin consideración exclusiva a una causa ilícita y, en tal virtud, también podrá considerarse la existencia de un daño antijurídico a partir de una causa lícita²³, con lo cual se allana el camino para la introducción de los otros dos regímenes que se mencionarán a continuación.

(ii) El riesgo excepcional. *Este título de imputación se aplica cuando el Estado ejecuta una actividad lícita riesgosa o manipula elementos peligrosos, verbigracia, el uso de armas de fuego o la conducción de vehículos, y en ejercicio de dicha ejecución produce daños a terceros, quienes, de cara a la solicitud de indemnización, deben acreditar la producción de un daño antijurídico y la relación de causalidad entre este y la acción u omisión de la entidad pública demandada²⁴, lo que sugiere que este régimen de imputación, al no exigir el examen de la conducta del agente estatal se inscribe en un sistema de responsabilidad, objetivo.*

(iii) El daño especial. *Esta tipología de responsabilidad opera cuando el Estado, en ejercicio de una actividad legítima, desequilibra las cargas públicas que deben soportar los administrados²⁵. Su naturaleza es objetiva comoquiera que para su materialización no exige que el acto estatal haya sido ilegal, lo cual, necesariamente, excluye la posibilidad de efectuar señalamientos de orden subjetivo.*

¹⁹ PAUL DUEZ. *La responsabilité de la puissance publique*. 2ª ed. París, Dalloz, 1938, p. 20, citado por HENAO, Juan Carlos. "La noción de la falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y en el derecho francés" en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*. Tomo III. Bogotá. Universidad Externado de Colombia 2003, p. 62, citados, a su vez por M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. "Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros" en *La filosofía de la Responsabilidad Civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Edición de Carlos Bernal Pulido y Jorge Fabra Zamora. Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 517.

²⁰ HENAO, Juan Carlos. "La noción de la falla...", cit., p. 57 a 114, citado a su vez por M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. "Responsabilidad del Estado ...", cit., p. 518.

²¹ M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. "Responsabilidad del Estado ... cit., 518

²² Sentencia C-043 de 2004.

²³ Sentencia C-043 de 2004, de conformidad con lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia del 8 de marzo de 2001. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. En el mismo sentido la sentencia C-957 de 2014.

²⁴ SU-449 de 2016.

²⁵ SU-443 de 2016. En la misma, la Corte adopta los derroteros que ofrece el Consejo de Estado en sentencia del de 25 de septiembre de 1997. Exp: 10.392. Consejero Ponente:

De este régimen la jurisprudencia del Consejo de Estado predica un mayor juicio de equidad, en tanto el mismo tiene como finalidad reparar el sacrificio que un ciudadano ha debido soportar en pro del bienestar general²⁶. Por su parte, la Corte ha considerado que en tales casos “la sociedad está obligada a indemnizar el daño excepcional o anormal ocurrido como consecuencia de la actividad lícita del Estado, toda vez que rompería con el principio de equidad que dicha actividad perjudicare sólo a algunos individuos²⁷.”

8.1. Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de la Libertad.

La responsabilidad por privación injusta de la libertad implica la reparación del daño que causa la vulneración del derecho a la libertad, cuando al procesado se le priva de su pleno goce y ejercicio; por tal razón, el fundamento constitucional, además de la cláusula de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, se encuentra en el artículo 28 ibídem y en los artículos 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por su parte, el fundamento legal de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se encuentra en los artículos 65 y 68 de la Ley 270 de 1996, los cuales preceptúan:

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. Privación injusta de la libertad. *Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.*

La H. Corte Constitucional, a través de la sentencia C-037 de 1996, condicionó la exequibilidad del artículo 68 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, señalando que debe entenderse el término “*injustamente*” como una actuación desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, en este sentido, para que exista responsabilidad del Estado la privación de la libertad debe ser contraria al derecho, irrazonable y arbitraria, por lo cual, su declaratoria debe obedecer a un análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la imposición de la medida restrictiva de la libertad.

Sin embargo, el H. Consejo de Estado consideró que la previsión del artículo 68 de la Ley 270 y el pronunciamiento de la H. Corte Constitucional, no impiden que, en virtud de lo consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, se impute responsabilidad al Estado por privar de la libertad a quien no incurrió en conducta punible, pese a que la actuación haya sido legal, porque en este caso el sujeto no

²⁶ *Ibídem.*

²⁷ Sentencia C-254 de 2003.

tiene la obligación de soportar el daño irrogado y la responsabilidad se declara por la ruptura del principio de las cargas públicas²⁸.

Con fundamento en los pronunciamientos jurisprudenciales reseñados, hasta hace poco, la posición predominante en el H. Consejo de Estado era que como regla general, cuando el daño cuya reparación se persigue es la privación injusta de la libertad, el régimen de imputación de responsabilidad del Estado es de carácter objetivo por daño especial²⁹, en tanto que no se valoraba la actuación subjetiva de la autoridad judicial y únicamente se requería acreditar: (i) la existencia de la medida restrictiva de la libertad; (ii) la existencia de una providencia judicial en la que se declaró la inocencia del sindicado, porque el hecho por el cual se le procesó no existió, él no lo cometió, no constituía una conducta punible o en aplicación del principio *in dubio pro reo* y (iii) la ausencia de causal de exoneración de responsabilidad, tal como el hecho exclusivo y determinante de la víctima, fuerza mayor o el hecho exclusivo de un tercero.

Recientemente, en Sentencia de Unificación 072 de 5 de julio de 2018, la H. Corte Constitucional cuestionó la indefectible aplicación de un título de imputación objetivo, cuando quien fue privado de la libertad obtiene la absolución en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, toda vez que tal actuación pretermite lo dispuesto en la sentencia C- 037 de 1996, en cuanto a que debe mediar un análisis del que se concluya que la detención preventiva fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria.

Textualmente, la Alta Corporación señaló:

101. Ahora bien, el Consejo de Estado ha acudido a una fórmula en aras de ofrecerle consistencia jurídica a los asuntos que se someten a su consideración cuando su génesis lo es la privación injusta de la libertad y en esa tarea ha señalado que es posible aplicar un sistema de responsabilidad objetivo o uno de falla del servicio. Tal formulación, en principio, coincide con la jurisprudencia constitucional, la cual, se reitera, no impone un determinado régimen de responsabilidad.

*Sin embargo, ha establecido esa alta Corporación que, en cuatro eventos de absolución, cuales son a saber: (i) que el hecho no existió; (ii) el sindicado no lo cometió; (iii) la conducta no constituía hecho punible; o (iv) porque no se desvirtuó la presunción de inocencia –principio *in dubio pro reo*- debe acudir a un título de imputación objetivo que está dado por la figura del daño especial.*

Para llegar a esa conclusión, el Consejo de Estado ha afirmado que la Corte se equivoca al concluir que la responsabilidad del Estado debe circunscribirse a la falla en el servicio público de administración de justicia; la cual, no es de cualquier tipo, sino que debe ser la que proviene de una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales.

(...)

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2016, Rad. No. 2006-01469-01(38952), C.P. Ramiro de Jesús Pasos Guerrero.

²⁹ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de unificación de 17 de octubre de 2013, Rad. No. 1996-07459-01(23354), M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

102. De acuerdo con ese panorama y sin definir aún si efectivamente la sentencia C-037 de 1996 estableció un régimen de imputación concreto cuando el daño se ocasiona por la privación injusta de la libertad, se acota que el Consejo de Estado pasa por alto que la falla en el servicio es el título de imputación preferente y que los otros dos títulos –el riesgo excepcional y el daño especial-, son residuales, esto es, a ellos se acude cuando el régimen subjetivo no es suficiente para resolver una determinada situación.

(...)

104. Retomando la idea que se venía planteando, tenemos que el juez administrativo, al esclarecer si la privación de la libertad se apartó del criterio de corrección jurídica exigida, debe efectuar valoraciones que superan el simple juicio de causalidad y ello por cuanto una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, sustento normativo de la responsabilidad del Estado en estos casos, impone considerar, independientemente del título de atribución que se elija, si la decisión adoptada por el funcionario judicial penal se enmarca en los presupuestos de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad.

Lo anterior significa que los adjetivos usados por la Corte definen la actuación judicial, no el título de imputación (falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional), esto es, aunque aquellos parecieran inscribir la conclusión de la Corte en un régimen de responsabilidad subjetivo; entenderlo así no sería más que un juicio apriorístico e insular respecto del compendio jurisprudencial que gravita en torno del entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en tanto, debe reiterarse, la Corte estableció una base de interpretación: la responsabilidad por la actividad judicial depende exclusivamente del artículo 90 de la Constitución, el cual no establece un título de imputación definitivo, al haberse limitado a señalar que el Estado responderá por los daños antijurídicos que se le hubieren causado a los particulares. (Subrayado de la Sala)

Posteriormente, en Sentencia de Unificación de 15 de agosto de 2018³⁰, el H. Consejo de Estado modificó su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales se reclama la reparación de daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, queda en libertad por decisión de la autoridad judicial competente.

No obstante, la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 15 de agosto de 2018, proferida dentro del proceso tramitado bajo el número de radicado No. 2011-00235-01 (46947) fue dejada sin efectos a través de la sentencia de tutela del 15 de noviembre de 2019, dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2019-00169-01 Demandante: Martha Lucía Ríos Cortés y otros Demandado: Consejo de Estado - Sección Tercera, ordenando a la demandada que en el término de 30 días, profiriera un fallo de reemplazo en el que, al resolver el caso concreto y teniendo en cuenta las consideraciones que sustentan la decisión de tutela, se valorara la culpa de la víctima sin violar la presunción de inocencia de la accionante.

Por lo anterior, no se dará aplicación a la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, sin embargo, conforme a los hechos probados en la demanda se realizará el respectivo juicio de imputación que corresponda conforme a los postulados

³⁰ Consejo de Estado, Sentencia de unificación de 15 de agosto de 2018, Exp. No. 46.947.

enunciados, y siguiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU 072 de 5 de julio de 2018.

8.2. Responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial por privación injusta de la libertad, en el contexto de la Ley 906 de 2004.

El artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo N° 03 de 2002, consagra que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo y enuncia como específicas funciones de ésta, entre otras:

- i. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.
- ii. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.
- iii. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

Con el advenimiento del Acto Legislativo 03 de 2002, aparece la figura del Juez de Control de Garantías y se restringen las funciones judiciales de la Fiscalía General de la Nación, quedando en cabeza de los jueces las decisiones sobre la imposición de medidas privativas de la libertad.

Sin embargo, el ente acusador mantiene la obligación de realizar la investigación penal³¹ y conducir la acción en contra del sindicado, de acuerdo con los elementos probatorios recaudados, por lo cual, para que se surtan las actuaciones principales en el proceso penal y se definan medidas restrictivas de la libertad, se requiere de las solicitudes del ente acusador, debidamente sustentadas en las pruebas

³¹ LEY 906 DE 2004. ARTÍCULO 207. PROGRAMA METODOLÓGICO. Recibido el informe de que trata el artículo 205, el fiscal encargado de coordinar la investigación dispondrá, si fuere el caso, la ratificación de los actos de investigación y la realización de reunión de trabajo con los miembros de la policía judicial. Si la complejidad del asunto lo amerita, el fiscal dispondrá, previa autorización del jefe de la unidad a que se encuentre adscrito, la ampliación del equipo investigativo.

Durante la sesión de trabajo, el fiscal, con el apoyo de los integrantes de la policía judicial, se trazará un programa metodológico de la investigación, el cual deberá contener la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos.

En desarrollo del programa metodológico de la investigación, el fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas.

Los actos de investigación de campo y de estudio y análisis de laboratorio serán ejercidos directamente por la policía judicial.

recaudadas en la investigación; así lo establece la Ley 906 de 2004, frente a ciertas actuaciones, como las que a continuación se resaltan:

- *Formulación de la imputación:* El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda (artículo 287).

- *Medida de aseguramiento de detención preventiva:* El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

Escuchados los argumentos del fiscal, el Ministerio Público, la víctima o su apoderado y la defensa, el juez emitirá su decisión (artículo 306).

Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento (parágrafo 2º del artículo 307).

El artículo 308 prevé que 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 que se cumpla alguno de los siguientes supuestos: i) Peligro para la sociedad o la víctima, ii) riesgo de no comparecencia o riesgo de obstrucción a la justicia, y iii) que se acredite el cumplimiento del requisito referido a la naturaleza del delito³².

- *Formulación de la acusación:* El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar,

³² ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. <Artículo modificado por el artículo 60 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. <Numeral modificado por el artículo 7 de la Ley 1826 de 2017. Rige a partir del 12 de julio de 2017, consultar en Legislación Anterior el texto vigente hasta esta fecha. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.

En el supuesto contemplado por el inciso anterior, se entenderá que la libertad del capturado representa peligro futuro para la sociedad en los términos de los artículos 308 y 310 de este código.

con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

- *Solicitud de preclusión:* En cualquier momento, el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar, amparado en las causales: (i) Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; (ii) Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal; (iii) Inexistencia del hecho investigado; (iv) Atipicidad del hecho investigado; (v) Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado; (vi) Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, y (vii) Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294. De igual manera, durante el juzgamiento el fiscal puede solicitar la preclusión cuando sobrevienen las dos primeras causales que se mencionan.

De lo expuesto se concluye que la Fiscalía tiene la carga de definición, recaudo, valoración y persuasión probatoria para desvirtuar ante el juez la presunción de inocencia del procesado, y es con base en las pruebas recaudadas durante la fase de investigación y los argumentos que presenta ante los Jueces de la República, que éstos toman las decisiones concernientes a la libertad del procesado y, en últimas, a su responsabilidad en el delito investigado en el proceso penal, por lo cual, el sentido de dichas decisiones se fundamenta en el trabajo probatorio, analítico y argumentativo que el ente investigador desarrolla en virtud de la competencia legal y constitucional que ostenta.

Es claro, entonces, que la facultad de privar de la libertad al sindicado es del Juez de Control de Garantías³³, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 de la Ley 906 de 2004, pero también depende del trabajo de investigación que realiza la Fiscalía, de los argumentos que exponga en las audiencias respectivas, los delitos respecto de los que formule la imputación y, fundamentalmente, de las pruebas que presenta ante el juez para llevarlo al convencimiento de la necesidad de la medida de aseguramiento.

Esto permite afirmar que en vigencia de la Ley 906 de 2004, también puede atribuírsele responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación cuando el daño es la privación de la libertad, aunque la decisión de imposición de la medida de

³³ Exceptuando el caso contemplados en el artículo 300 de la Ley 906 de 2004, que prevé: <Artículo modificado por el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> <Aparte tachado INEXEQUIBLE. Apartes subrayados **CONDICIONALMENTE** **exequibles**> El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente orden de captura escrita y motivada en los eventos en los que proceda la detención preventiva, cuando por motivos serios y de fuerza mayor no se encuentre disponible un juez que pueda ordenarla, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, y concurra cualquiera de las siguientes causales:

1. Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación.
2. Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.
3. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible.

La vigencia de esta orden está supeditada a la posibilidad de acceso al juez de control de garantías para obtenerla. Capturada la persona, será puesta a disposición de un juez de control de garantías inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que efectúe la audiencia de control de legalidad a la orden y a la aprehensión.

aseguramiento corresponda en últimas al Juez de Control de Garantías, por la incidencia causal de su actuación en el resultado dañoso.

Lo aseverado no implica de ninguna manera que el Juez de Control de Garantías no realice un examen de las pruebas aportadas y del cumplimiento de los requisitos subjetivos y objetivos para la imposición de la medida privativa de la libertad, pues de acuerdo con el ordenamiento jurídico, le corresponde establecer si, de los elementos materiales probatorios y evidencia física recaudada o de la información obtenida legalmente, se puede inferir razonablemente que el imputado es probable autor o partícipe de la conducta delictiva investigada, examinar la naturaleza de la conducta delictiva y constatar la necesidad de la medida, conforme a los supuestos señalados en el artículo 308 de la Ley 906, los fines constitucionales y legales de la restricción y los derechos fundamentales involucrados

Sin embargo, la decisión está supeditada a la orientación, énfasis y rigor que el Fiscal le da a la investigación penal, la precisión de los argumentos que expone, la presentación del caudal probatorio y los hechos punibles respecto de los cuales se predica una presunta responsabilidad penal, por lo cual, pese a que la autoridad judicial determina el sentido de la decisión, no puede soslayarse que este depende de circunstancias ajenas a sus atribuciones legales y constitucionales, puesto que los aspectos que son objeto de su análisis en una audiencia, han sido examinados por el ente acusador durante toda la etapa de investigación.

Así, mientras que la Fiscalía cuenta con un conjunto de atribuciones, recursos, equipos, talento humano, entre otros, para desarrollar durante un tiempo razonablemente prolongado, un programa de investigación sobre la base de una hipótesis de trabajo, cuyo resultado es un caudal probatorio que se presenta analíticamente con ánimo persuasivo ante el Juez de Control de Garantías, éste solo cuenta con una audiencia concentrada y con su propio criterio para analizar y evaluar el trabajo de la Fiscalía, lo que restringe de manera considerable su ámbito de examen y su margen de valoración.

En tal virtud, debe sustentarse en el trabajo de investigación, análisis y recaudo probatorio de la Fiscalía para adoptar su decisión. De ahí que, para la Sala, resulte claro que la decisión del funcionario judicial de control de garantías está necesariamente condicionada, orientada e influenciada por la Fiscalía como ente acusador, muy a pesar de que se afirme que el Juez es autónomo para adoptar la decisión que corresponda.

Ahora bien, la valoración probatoria que hace el Juez de Control de Garantías no está dirigida a definir con certidumbre la responsabilidad penal del procesado; para decidir sobre la procedencia de la medida restrictiva de la libertad, basta con acreditar suficientemente que el sindicado pudo cometer la conducta delictiva, inferencia razonable a la que está obligada la Fiscalía General de la Nación al solicitar la detención preventiva, y el Juez de Control de Garantías al acceder a dicha medida.

La medida de aseguramiento privativa de la libertad no puede calificarse como inadecuada cuando el Juez atiende a los requisitos legales, formales y sustanciales

para su imposición, es decir, establece que la misma es necesaria y proporcional y, principalmente, a partir de lo informado por el ente acusador sobre la investigación penal y la evidencia con la cual lo relaciona, infiere razonablemente la probabilidad de autoría o participación del procesado en la conducta delictiva objeto de la acción penal.

IX. CASO CONCRETO

9.1. De las pruebas allegadas al proceso

Se relacionan las pruebas que obran en el expediente:

9.1.1. Aportadas con la demanda

- Registro civil de matrimonio entre Mauricio Gavilán Álvarez y María Teresa de Lourdes Montaña Bayona (f. 1 c.pruebas).
- Registro de Defunción No. 094845 de Mauricio Gavilán Álvarez (f. 2 c.pruebas).
- Registros civiles de nacimiento de Mauro Felipe Gavilán Montaña, Wilson Gavilán Álvarez, Rubén Darío Gavilán Álvarez y Carlos Hernando Gavilán Álvarez (fs. 3-6 c.pruebas)
- Registro civil de matrimonio entre Carlos Hernando Gavilán Álvarez y Dora Nancy Mejía Giraldo (f. 7 c.pruebas)
- Registros civiles de nacimiento de Diana Carolina Gavilán Mejía, Cristian Hernando Gavilán Mejía, Nicolette Gavilán Muñoz y Jorge Alberto Gavilán (fs. 8-11 c.pruebas)
- Registro civil de matrimonio entre Jorge Alberto Gavilán Álvarez y María Cristina Grillo Rocha (f. 12 c.pruebas)
- Registros civiles de nacimiento de Laura Natalia y Jhonnatan Mauricio Gavilán Grillo (fs. 13-14 c.pruebas)
- Periódico del 5 de febrero del 2010 (f. 16 c.pruebas)
- Informe de la Policía de Vigilancia en Casos de Captura en Flagrancia FPJ-5 del 11 de octubre del 2009 (fs. 17-19 c.pruebas)
- Acta de Derechos del Capturado FPJ-6 del 11 de octubre del 2009 (f. 20 c.pruebas)
- Constancia del 25 de octubre del 2009, firmado por Wilson Gavilán Álvarez y Víctor Manuel Rivera Jiménez (f. 21 c.pruebas)
- Programa metodológico (fs. 22-23 c.pruebas)

- Órdenes a la Policía Judicial del 11 de octubre del 2009 (fs. 24-25 c.pruebas)

- Informe Técnico Médico Legal de Embriaguez del 11 de octubre del 2009, expedido por Amira Usme, Médico Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fs. 26-27 c.pruebas)

- Informe Ejecutivo FPJ-3 del 11 de octubre del 2009 (fs. 28-32 c.pruebas)

- Formato Único de Noticia Criminal del 11 de octubre del 2009 (denuncia Yully Andrea Díaz Martínez (fs. 33-36 c.pruebas, 34-37 c.7)

- Entrevista FPJ-14 del 11 de octubre del 2009 (fs. 37-39 c.pruebas)

- Oficio del 11 de octubre del 2009, signado por Harold Santos Monje, Funcionario de la Policía Judicial (f. 40 c.pruebas)

- Oficio No. 976601 del 11 de octubre del 2009, suscrito por Wilson Galindo G., Funcionario del DAS (f. 41 c.pruebas)

- Formato de Solicitud de Análisis de EMP o EF – FPJ 10 del 11 de octubre del 2009 (f. 42 c.pruebas)

- Informe Investigador de Laboratorio FPJ-13 del 11 de octubre del 2009 (fs. 43-45 c.pruebas)

- Constancia del 11 de octubre del 2009, expedida por Flor Alba Castellanos Beltrán (f. 46 c.pruebas)

- Informe Técnico Médico Legal Sexológico del 11 de octubre del 2009, expedido por Martha Elena Pataquiva Wilches, Profesional Universitario Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fs. 47-49 c.pruebas)

- Solicitud de Audiencia Preliminar del 12 de octubre del 2009 (fs. 50-52 c.pruebas)

- Acta de audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento del 12 de octubre del 2009, realizada por el Juzgado 63 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C. – URI Engativá (fs. 53-58 c.pruebas)

- Resumen del caso (fs. 59-60 c.pruebas)

- Oficio del 12 de octubre del 2009, signado por el Asistente de Fiscal 310 Seccional (f. 61 c.pruebas)

- Sistema de Información sobre Antecedentes y Anotaciones del DAS (f. 62 c.pruebas)

- Boleta de detención No. 132 del 12 de octubre del 2009 (f. 63 c.pruebas)

- Planilla de Diligencias de la Unidad de Asignaciones No. 2079 del 12 de octubre del 2009 (f. 64 c.pruebas)

- Oficio del 16 de octubre del 2009, suscrito por Martín Arenas Espinosa (f. 65 c.pruebas)

- Órdenes a la Policía Judicial del 21 de octubre del 2009 (fs. 66-67 c.pruebas)

- Oficio No. UNCSE del 21 de octubre del 2009, expedido por María Cleofe Hewitt Ramírez, Fiscal 24 Seccional UNCSE (f. 68 c.pruebas)

- Poder conferido por Mauro Felipe Gavilán Montaña al abogado Víctor Manuel Rivera Jiménez dentro del proceso penal adelantado por el delito de secuestro simple (f. 69 c.pruebas)

- Renuncia del abogado Mario Edgar Montaña Bayona (f. 70 c.pruebas)

- Solicitud de práctica de pruebas urgentes (fs. 71-72 c.pruebas)

- Oficio No. 00323 del 22 de octubre del 2009, signado por el Asistente de Fiscal III 24 Seccional de la Unidad Nacional Contra el Secuestro y la Extorsión (f. 73 c.pruebas)

- Providencia del 23 de octubre del 2009, expedida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Descongestión con Función de Conocimiento (f. 74 c.pruebas)

- Diligencia de declaración de Andrés Felipe Ramírez Palomino del 26 de octubre del 2009 (fs. 75-78 c.pruebas)

- Diligencia de declaración de Elkin Gerardo Hurtado Fontecha del 27 de octubre del 2009 (fs. 79-82 c.pruebas)

- Diligencia de declaración de Yuli Andrea Díaz Martínez del 27 de octubre del 2009 (fs. 83-86 c.pruebas)

- Diligencia de declaración de Mauro Felipe Gavilán Montaña, del 28 de octubre del 2009 (fs. 87-90 c.pruebas)

- Diligencia de declaración de Yuli Andrea Díaz Martínez del 28 de octubre del 2009 (fs. 91-93 c.pruebas)

- Diligencia de declaración de David Adalber Beltrán Alonso del 29 de octubre del 2009 (fs. 94-97 c.pruebas)

- Providencia del 29 de octubre del 2009, expedido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Descongestión con Función de Conocimiento dentro del expediente No. 110016000017200908275 (f. 98 c.pruebas)

- Diligencia de declaración de Yuli Andrea Díaz Martínez del 3 de noviembre del 2009 (fs. 99-102 c.pruebas)

- Entrevista FPJ-14 de Jackson Eduardo Gómez Rodríguez del 3 de noviembre del 2009 (fs. 103-104 c.pruebas)

- Entrevista FPJ-14 de Orlando Ramón Gutiérrez Rada del 3 de noviembre del 2009 (fs. 105-106 c.pruebas)

- Órdenes a la Policía Judicial del 3 de noviembre del 2009 (fs. 107-108 c.pruebas)

- Entrevista FPJ-14 de Yerson Yahir Suárez Rodríguez del 5 de noviembre del 2009 (fs. 109-111 c.pruebas)

- Entrevista FPJ-14 de Cindy Caribe Castillo Castiblanco del 5 de noviembre del 2009 (fs. 112-115 c.pruebas)

- Formato Investigador de Campo FPJ 9 del 10 de septiembre del 2009 del expediente No. 110016000017200908275 (fs. 116-117 c.pruebas)

- Oficio No. 6593 del 28 de octubre del 2009, signado por el Agente Héctor Fabio Sánchez, Funcionario Investigador del GAULA de Bogotá (f. 118 c.pruebas)

- Registro de Cadena de Custodia FPJ-08 (fs. 119-120 c.pruebas)

- Oficio del 29 de octubre del 2009, signado por Olga Lucía Orjuela, Administradora de Salitre Club Residencial (f. 121 c.pruebas)

- Escrito de acusación del 10 de noviembre del 2009 dentro del expediente No. 110016000100200900148 por el delito de acceso carnal violento (fs.122-132 c.pruebas)

- Oficio No. UNSE del 11 de noviembre del 2009, suscrito por María Cleofe Hewitt Ramírez, Fiscal 24 Seccional UNCSE (f. 133 c.pruebas)

- Paz y salvo por indemnización del pago total de daños morales y materiales causados dentro del expediente No. 110016000017200908275 del 11 de noviembre del 2009 (fs. 134-135 c.pruebas)

- Solicitud de preclusión del 10 de noviembre del 2009 del expediente No. 110016000017200908275 (fs. 136-143 c.pruebas)

- Oficio No. 6844 expedido dentro del expediente No. 110016000017200908275 (f. 144 c.pruebas)
- Entrevista FPJ-14 del 14 de noviembre del 2009 de Vanesa Rocío Aza Conde (fs. 145-147 c.pruebas)
- Oficio No. 6843 expedido dentro del expediente No. 110016000017200908275 (f. 148 c.pruebas)
- Oficio No. 353 del 17 de noviembre del 2009, signado por María Cleofe Hewitt Ramírez, Fiscal 24 Seccional UNCSE (f. 149 c.pruebas)
- Providencia del 17 de noviembre del 2009 “Ruptura de la unidad procesal”, expedido por María Cleofe Hewitt Ramírez, Fiscal 24 Seccional UNCSE (fs. 149-152 c.pruebas)
- Oficio No. 0353 del 17 de noviembre del 2009, signado por Luz Fabiola Barrera B., Asistente de Fiscal III de la Unidad Nacional Contra el Secuestro y la Extorsión (f. 153 c.pruebas)
- Providencia del 19 de noviembre del 2009, expedida por Adriana Alarcón Gallego, Fiscal 233 Seccional de la Unidad de Delitos Contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales (fs. 154-155 c.pruebas)
- Oficio del 19 de noviembre del 2009, signado por Adriana Alarcón Gallego, Fiscal 233 Seccional de la Unidad de Delitos Contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales (fs. 156 c.pruebas)
- Oficio No. OAR-MI-2600-09 del 19 de noviembre del 2009, suscrito por Luis Sneyder Ortiz, Jefe de Admisiones y Registro de la Universidad de la Salle (f. 157 c.pruebas)
- Constancia del 19 de noviembre del 2009, expedida por Gaby Marcela Forero Sierra, Oficial Mayor del Juzgado 27 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías (f. 158 c.pruebas)
- Oficio No. 380 del 20 de noviembre del 2009, signado por María Cleofe Hewitt Ramírez, Fiscal 24 Seccional UNCSE (f. 159 c.pruebas)
- Providencia del 23 de noviembre del 2009, expedida por Adriana Alarcón Gallego, Fiscal 233 Seccional de la Unidad de Delitos Contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales (fs. 160-161 c.pruebas)
- Oficio No. 0470 del 20 de noviembre del 2009 de la Defensoría del Pueblo (f. 162 c.pruebas)

- Providencia del 25 de noviembre del 2009, expedida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento (f. 163 c.pruebas)
- Acta de audiencia del 27 de noviembre del 2009 “Audiencia de apelación de medida de aseguramiento” (f. 164 c.pruebas)
- Providencia del 27 de noviembre del 2009, expedida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Descongestión con Función de Conocimiento de Bogotá D.C. (fs. 165-168 c.pruebas)
- Oficio No. 569-09 del 30 de noviembre del 2009, signado por el Secretario del Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento (f. 169 c.pruebas)
- Constancia secretarial del 1 de diciembre del 2009, expedido por el Juzgado Trece Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías dentro del expediente No. 110016000017200908275 (f. 170 c.pruebas)
- Acta de audiencia preliminar del 1 de diciembre del 2009, celebrada por el Juzgado 44 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías dentro del expediente No. 110016000017200908275 (f. 171 c.pruebas)
- Constancia del 1 de diciembre del 2009, expedida por María Cleofe Hewitt Ramírez, Fiscal 24 Seccional UNCSE (f. 172 c.pruebas)
- Oficio No. 321/D24 del 9 de octubre del 2009, signado por María Cleofe Hewitt Ramírez, Fiscal 24 Seccional UNCSE (f. 173 c.pruebas)
- Oficio No. 322 UNSE del 9 de diciembre del 2009, suscrito por María Cleofe Hewitt Ramírez, Fiscal 24 Seccional UNCSE (f. 174 c.pruebas)
- Oficio No. 390 del 14 de diciembre del 2009, signado por María Cleofe Hewitt Ramírez, Fiscal 24 Seccional UNCSE (f. 175 c.pruebas)
- Oficio No. 397/D24 del 16 de diciembre del 2009, suscrito por María Cleofe Hewitt Ramírez, Fiscal 24 Seccional UNCSE (f. 176 c.pruebas)
- Constancia del 18 de diciembre del 2009, expedida por María Cleofe Hewitt Ramírez, Fiscal 24 Seccional UNCSE (f. 177 c.pruebas)
- Acta audiencia de preclusión del 18 de diciembre del 2009 del Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá (f. 178 c.pruebas)
- Constancia del 22 de diciembre del 2009, expedida por el Juzgado Tercero Penal de Bogotá con Funciones de Control de Garantías (f. 179 c.pruebas)
- Constancia secretarial del 22 de diciembre del 2008, expedida por el Juzgado Sesenta Penal Municipal en Función de Control de Garantías (f. 180 c.pruebas)

- Memorial elaborado por David Adalbert Beltrán Alonso del expediente No. 110016000017200908275 (f. 181 c.pruebas)
- Memorial elaborado por Mauro Felipe Gavilán Montaña del expediente No. 110016000017200908275 (f. 182 c.pruebas)
- Constancia secretarial del 29 de diciembre del 2009, expedida por Leonardo Tobón, Apoyo Secretarial (f. 183 c.pruebas)
- Oficio No. 118051 del 30 de diciembre del 2009, signado por el Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales de Bogotá (f. 184 c.pruebas)
- Oficio del 30 de diciembre del 2009, expedido por el Fiscal 15 Adscrita a la Unidad Nacional Contra el Secuestro y la Extorsión (f. 185 c.pruebas)
- Constancia secretarial del 30 de diciembre del 2009, expedido por la Secretaria del Juzgado Cincuenta y Cinco Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá D.C. (f. 186 c.pruebas)
- Informe pericial No. 190.735 del 5 de noviembre del 2009, expedido por Patricia Heredia Marroquín, Profesional Especializado Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (f. 187 c.pruebas)
- Informe Técnico Médico Legal del 19 de diciembre del 2009, expedido por Martha Elena Pataquiva Wilches, Profesional Universitario Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (f. 188 c.pruebas)
- Informe Técnico Médico Legal del 8 de noviembre del 2009, expedido por Martha Elena Pataquiva Wilches, Profesional Universitario Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fs. 189-190 c.pruebas)
- Informe pericial laboratorio de biología forense del 22 de octubre del 2009, proferido por Luz Adriana Londoño Vargas, Profesional Universitario Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fs. 191-196 c.pruebas)
- Oficio No. 146803 del 21 de enero del 2010, signado por el grupo de Genética Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (f. 197 c.pruebas)
- Informe pericial de genética forense No. SSF-LGEF-1543 y 1544-2009 del 20 de enero del 2010 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fs. 198-201 c.pruebas)
- Informe técnico médico legal del 22 de enero del 2010, expedido por Martha Elena Pataquiva Wilches, Profesional Universitario Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fs. 189-205 c.pruebas)

- Oficio No. 10032 del 27 de enero del 2010, signado por el Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales de Bogotá (f. 206 c.pruebas)
- Oficio No. 9986 del 27 de enero del 2010, signado por el Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales de Bogotá (f. 207 c.pruebas)
- Oficio No. 692 del 6 de febrero del 2010, signado por el Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales de Bogotá (f. 208 c.pruebas)
- Oficio No. RU-O-1468 del 8 de febrero del 2011, suscrito por Respuesta a Usuario del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá (fs. 209-210 c.pruebas)
- Oficio No. RU-O-1468 del 8 de febrero del 2011, signado por Respuesta a Usuario del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá (fs. 211-212 c.pruebas)
- Memorial presentado por el abogado defensor de Adalbert Beltrán Alonso (fs. 213-214 c.pruebas)
- Constancia del 26 de febrero del 2010, expedida por la Secretaria del Centro de Servicios Judiciales de Paloquemao (f. 215 c.pruebas)
- Oficio No. RU-O-40350 del 5 de mayo del 2010, signado por la Secretaria del Centro de Servicios Judiciales de Paloquemao (f. 216 c.pruebas)
- Oficio No. 005705 del 10 de junio del 2010, suscrito por Ruth Moya, Asistente Judicial II de la Unidad Nacional de Fiscalías contra el Terrorismo (f. 217 c.pruebas)
- Informe técnico médico legal (Complemento Laboratorios) del 19 de mayo del 2010, elaborado por Martha Elena Pataquiva Wilches, Profesional Universitario Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fs. 218-219 c.pruebas)
- Informe pericial No. DRBO-LTOF-195095 del 29 de diciembre del 2009, proferido por Daniel Bernardo Martínez Pulido, Profesional Especializado del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (f. 220 c.pruebas)
- CDS (fs. 221-230 c.pruebas)
- Valoración psicológica, elaborado por la Psicóloga Gina Marcela Muñoz (fs. 231-284 c.pruebas)
- Constancias de pago por servicios prestados del abogado Víctor Manuel Rivera Jiménez (fs. 285 c.pruebas)

9.1.2. Practicadas durante la etapa de pruebas

- Solicitud de valoración médico legal del 11 de octubre del 2009 a Mauro Felipe Gavilán Montaña (f. 29 c.7)

- Formato de consentimiento informado para la realización de exámenes médico legales y procedimientos relacionados en víctimas de agresiones sexuales y lesiones personales de Mauro Felipe Gavilán Montaña (f. 30 c.7)

- Informe técnico médico legal de embriaguez practicado el 11 de octubre del 2009 a Mauro Felipe Gavilán Montaña, elaborado por Amira Usme, Médico Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fs. 31-32 c.7)

- Solicitud de valoración médico legal del 11 de octubre del 2009 a Yuli Andrea Díaz Martínez (f. 33 c.7)

- Formato de consentimiento informado para la realización de exámenes médico legales y procedimientos relacionados en víctimas de agresiones sexuales y lesiones personales de Yuli Andrea Díaz Martínez (f. 38 c.7)

- Informe técnico médico legal sexológico practicado el 11 de octubre del 2009 a Yuli Andrea Díaz Martínez, elaborado por Martha Elena Pataquiva Wilches, Profesional Universitario Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fs. 39-41 c.7)

- Informe pericial laboratorio de biología forense No. DRBO-LBIF-BOG-024618-2009 del 22 de octubre del 2009, elaborado por Luz Adriana Londoño Vargas, Profesional Universitario Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fs. 42-47 c.7)

- Informe técnico médico laboral (complemento laboratorios) del 9 de noviembre del 2009, elaborado por Martha Elena Pataquiva Wilches, Profesional Universitario Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fs. 48-49 c.7)

- Informe técnico médico laboral (complemento laboratorios) del 19 de diciembre del 2009, elaborado por Martha Elena Pataquiva Wilches, Profesional Universitario Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (f. 50 c.7)

- Informe pericial No. DRBO-LTOF-190.735 del 5 de noviembre del 2009, elaborado por Patricia Heredia Marroquín, Profesional Especializado Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (f. 51 c.7)

- Órdenes a la Policía Judicial dentro del expediente No. 110016000100200900148 (f. 53 c.7)

- Informe técnico médico legal (complementario laboratorios), del 22 de enero del 2010, elaborado por Martha Elena Pataquiva Wilches, Profesional Universitario Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fs. 54-57 c.7)

- Informe pericial No. DRBO-LTOF-195095 del 29 de diciembre del 2009, elaborado por Daniel Bernardo Martínez Pulido, Profesional Especializado Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (f. 59 c.7)
- Informe técnico médico legal (complemento laboratorios) del 19 de mayo del 2010, elaborado por Martha Elena Pataquiva Wilches, Profesional Universitario Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (f. 60 c.7)
- Anexos expedientes administrativos de Martha Ruth Trujillo Guzmán (c.pruebas6)
- Anexos expedientes administrativos de Adriana María Cañón Sánchez (c.pruebas5)
- Constancia del 2 de octubre del 2013, proferida por la Secretaria del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá (f. 102 c.1)
- Constancia del 2 de octubre del 2013, proferida por la Secretaria del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá (f. 103 c.1)
- Acta de audiencia del 18 de diciembre del 2009 “Preclusión” del expediente No. 110016000017200908275 adelantado contra Mauro Felipe Gavilán Montaña por el delito de secuestro simple (f. 104 c.1)
- Acta de audiencia de preclusión del 22 de febrero del 2010, celebrada por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito con Función de Conocimiento dentro del expediente No. 110016000100200900148 adelantado contra Mauro Felipe Gavilán Montaña por el delito de acceso carnal violento (fs. 111-112 c.1)
- Hoja de vida del psicólogo Ricardo Alberto Suárez Castro (fs. 185-187 c.1)
- Testimonio de Adalber Beltrán Alonso, recepcionado el 5 de mayo del 2015 (fs. 303-306 c.1)
- Testimonio de Andrés Felipe Ramírez Palomino, recepcionado el 6 de mayo del 2015 (fs. 307-319 c.1)
- Testimonio de Cindy Caribe Castillo Castiblanco, recepcionado el 7 de mayo y el 18 de junio del 2015 (fs. 349-352, 360-361 c.1)
- Certificado del 9 de diciembre del 2009, expedido por la Secretaría Académica de la Fundación Universitaria San Martín (f. 401 c.1)
- Memorando No. DFNI.M.05280 del 9 de julio del 2015, expedido por el Director Financiero Nacional de Ingresos de la Fundación Universitaria San Martín (f. 402 c.1)

- Reporte de Notas General de la Escuela de Finanzas y Estudios Internacionales (fs. 404-405 c.1)

- Extractos de hoja de vida de Maria Constanza del Socorro Ramírez Bustos (Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito) y María Cleofe Hewwitt Ramírez (Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito) (fs. 407-413 c.1)

- CDS (fs. 417-420 c.1)

- Acta de audiencia de preclusión celebrada el 22 de febrero del 2010 por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito con Función de Conocimiento dentro del expediente No. 110016000100200900148 adelantado contra Mauro Felipe Gavilán Montaña por el delito de acceso carnal violento (fs. 425-426 c.1)

- Acta de audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento celebrada el 12 de octubre del 2009 por el Juzgado 63 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C. URI Engativá dentro del expediente No. 110016000017200908275 adelantado contra Mauro Felipe Gavilán Montaña por los delitos de acceso carnal violento con circunstancia de agravación en concurso homogéneo sucesivo y heterogéneo con secuestro simple (fs. 427-432, 438-443 c.1)

- Boleta de detención No. 132 del 12 de octubre del 2009, expedida por el Juez del Juzgado 63 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías (f. 433 c.1)

- Informe secretarial del 23 de noviembre del 2009 “Ruptura Unidad Procesal” (fs. 434, 444 c.1)

- Acta de audiencia del 18 de diciembre del 2009 “Preclusión” celebrada por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá dentro del expediente No. 110016000017200908275 adelantado contra Mauro Felipe Gavilán Montaña por el delito de secuestro simple (f. 435 c.1)

- Acta de audiencia preliminar de revocatoria o sustitución de medida de aseguramiento celebrado el 4 de febrero del 2010 por el Juzgado Tercero Penal de Bogotá con Funciones de Control de Garantías adelantada dentro del expediente No. 110016000100200900148 adelantado contra Mauro Felipe Gavilán Montaña por el delito de acceso carnal violento agravado (f. 445 c.1)

- Boleta de libertad No. 009 del 4 de febrero del 2010, expedida por el Juzgado Tercero Penal de Bogotá con Funciones de Control de Garantías adelantada dentro del expediente No. 110016000100200900148 adelantado contra Mauro Felipe Gavilán Montaña por el delito de acceso carnal violento agravado (f. 446 c.1)

- Oficio No. 1413 del 11 de agosto del 2015 “Constancia tiempo de detención”, suscrito por el Coordinador de la Policía Judicial del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (f. 27 c.2)

- Hoja de vida y anexos de María Teresa Cortés Ballen (fs. 36-90 c.2)

- Hoja de vida del Intendente Jefe Marco Julio González Aparicio (fs. 108-109 c.2)

- Hoja de vida del Patrullero César Augusto López Salazar (f. 110 c.2)

- Hoja de vida del Patrullero Jimy Amaya Pita (f. 111 c.2)

- Relación de visitas recibidas por Mauro Felipe Gavilán Montaña mientras estuvo privado de la libertad (fs. 191-196 c.2)

- Oficio No. 11525 del 17 de mayo del 2016, signado por el Director del Establecimiento Carcelario de Bogotá (fs. 197, 199 c.2)

- Certificado del 13 de mayo del 2016, expedido por el Director del Establecimiento Carcelario de Bogotá (fs. 198, 200 c.2)

9.2. Hechos acreditados

Del material probatorio existente, dentro del cual se encuentran los documentos señalados en el acápite anterior, se pueden acreditar como probados los siguientes hechos:

El 11 de octubre del 2009 aproximadamente a las 11:00 a.m., miembros de la Policía Nacional hicieron presencia en la carrera 68B No. 22 A – 71 torre 10 apartamento 104, con ocasión del aviso a la central por la supuesta ocurrencia del delito de acceso carnal violento del que presuntamente fue víctima Yuli Andrea Díaz (19 años), quien al momento de la llegada de los uniformados estaba frente a la portería del Conjunto Salitre Club, informándoles a las autoridades que 15 minutos antes había escapado por una ventana del apartamento 104 de ese Conjunto, pues durante la noche del día anterior (10 de octubre del 2009) fue retenida contra su voluntad en un cuarto de dicho inmueble y violentada sexualmente por 5 personas, entre las cuales refirió conocer a Andrés Ramírez (amigo) y a Felipe Gavilán (conocido).

Con ocasión de lo anterior, los policiales se dirigieron, en compañía de la supuesta víctima, al apartamento por ella mencionado, lugar en el que procedieron a la captura de 4 individuos que fueron señalados por aquella como las personas que la retuvieron y abusaron sexualmente de ella, entre los que se encontraba Mauro Felipe Gavilán Montaña.

El 12 de octubre del 2009, el Juzgado 63 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C. (Radicado No. 110016000017200908275) celebró la audiencia de legalización de captura, imputación de cargos e imposición de la medida de aseguramiento (fs. 427-432 c.1), la cual se desarrolló en los siguientes términos:

La Fiscalía solicitó se declare legal el procedimiento de captura de los señores **ANDRÉS FELIPE RAMÍREZ PALOMINO, DAVID ADALBER BELTRÁN ALONSO, MAURO FELIPE GAVILÁN MONTAÑO y ELKIN GERARDO HURTADO FONTECHA**, la representante del Ministerio no se opone a la petición, la defensa del señor MAURO GAVILÁN y ANDRÉS FELIPE RAMÍREZ invoca ilegalidad de la captura, cuestionando la flagrancia que en su sentir no asume los requisitos procesales, debiendo proceder la captura mediante una orden de autoridad judicial. Así mismo considera el apoderado se vulnera la intimidad del domicilio sin previa autorización de allanamiento en un inmueble. (...)

1. LEGALIZACIÓN DE CAPTURA: (...) la señora juez hizo un recuento de los hechos, verificando que la captura se realizó conforme a los artículos 301 num. 2, 302 y 303 del CPP, como también con el art. 32 de la Constitución Nacional, sin violación alguna de los derechos fundamentales de los aprehendidos (...) fueron capturados en situación de flagrancia, por voces de auxilio de ANDREA DÍAZ, quien denunció haber sido accedida carnalmente en forma violenta por los precitados (...) describiendo detalladamente cómo fue despojada de sus prendas de vestir y accedida por los prenombrados, una vez estuvo sola trató de comunicarse a la policía y por la ventana pidió ayuda mediante voces de auxilio, recibiendo colaboración de una persona que llamó a la policía por lo que los agentes arribaron al lugar de los hechos sin que se lograra capturar a uno de los sujetos (...) la jurisprudencia ha explicado suficientemente que la expresión “momentos antes” debe analizarse detalladamente, sin hacer referencia a las horas, minutos, segundos o días que puedan seguir a la captura sin que esta afirmación implique necesariamente la medición de una orden de captura, porque de ser así el legislador lo habría contextualizado en esos términos. (Para mayor claridad da lectura a la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia el 30 de noviembre de 2006, Magistrado ponente Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA)

Para afirmar el caso que nos ocupa existe la información de la directa ofendida sobre la comisión del delito, un sorprendimiento posterior al mismo, por ende, razonable es concluir que la captura de los aprehendidos ocurrió en situación de flagrancia, máxime cuando la víctima precisa en detalle cómo fue retenida contra su voluntad por los capturados, dos de los cuales eran amigos suyos de infancia (...)

En cuanto a la violación del domicilio invocada por falta de orden judicial escrita para realizar un registro y allanamiento del inmueble donde se produjo la aprehensión esta resulta improcedente, considerando que una vez arribaron los agentes de policía al inmueble timbraron y los capturados salieron (...) no hay vulneración del artículo 28 de la Constitución Nacional, porque el inmueble no fue ni ha sido objeto de registro y allanamiento. Simplemente los policiales timbraron como es costumbre para verificar lo narrado inicialmente por la víctima. Y en gracia de discusión frente al argumento defensivo la señora juez da lectura a un aparte de la sentencia C 519 de 2007 la Corte Constitucional.

(...) Decisión notificada en estrados. Proceden los recursos ordinarios. (...)
Sin recursos (...)

2. FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN (...) formula imputación por la presunta coautoría del delito de **ACCESO CARNAL VIOLENTO CON CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACIÓN EN CONCURSO HOMOGÉNEO SUCESIVO Y HETEROGÉNEO CON SECUESTRO SIMPLE (...)** por retener en contra de su voluntad y acceder carnalmente a la joven **ANDREA DÍAZ**, accediéndola en sus genitales (vagina y ano) (...) El Despacho interroga a **MAURO FELIPE GAVILÁN MONTAÑO**, acerca de si se acepta

o no la imputación, quien manifestó: **“NO ACEPTO LA FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN”** asesorado por su defensor de confianza.

3. MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. La señora Juez verifica la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida solicitada por la fiscalía y decreta **LA IMPOSICIÓN de MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN CENTRO CARCELARIO** (...) de conformidad con lo establecido en el art. 307 literal A numeral 1° del CPP. (...) decisión notificada en ESTRADOS. Proceden los recursos ordinarios. El doctor **ROBERTO MARTÍNEZ** interpone recurso de reposición en subsidio el de apelación contra la decisión. (...) (Subrayado de la Sala)

El 23 de noviembre del 2009 (f. 434 c.1), se tramitó la ruptura de la unidad procesal, así:

En consecuencia, se deja CUI originario 110016000017200908275 NI 105751 para lo relacionado con (...) MAURO FELIPE GEVILÁN MONTAÑO (...) por el punible de SECUESTRO SIMPLE, con solicitud de preclusión.

Queda CUI 10016000100200900148 para lo relacionado con (...) MAURO FELIPE GAVILÁN MONTAÑO por el punible de ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO con escrito de acusación, por lo que se procederá a crear carpeta virtual, asignar número interno, registrar actuaciones, remitir a reparto de conocimiento para lo de su cargo.

Mediante providencia del 27 de noviembre del 2009, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá (fs. 164-168 c.pruebas), confirmó la imposición de la medida de aseguramiento, al considerar lo que pasa a verse:

(...) se ha visto hasta esta coyuntura, como por todos los medios la responsabilidad penal de los imputados trata de desvirtuarse por parte de la defensa, labor que es plenamente lógica y coherente en la función del ejercicio de la defensa, pero no es definitivamente en esta sede, en donde deberán analizarse aspectos pertinentes a este tópico, pues es precisamente ello lo que deberá debatirse en el curso procesal necesario,
(...)

(...) se encuentra latente el peligro para la comunidad y para la víctima, toda vez que la amenaza persiste y nada asegura que una vez libres no procedan a intimidar a la joven Andrea Díaz para que se retracte o cambie su versión de los hechos en propio beneficio, propiciando igualmente una evidente obstrucción a la administración de justicia, siendo necesaria su permanencia tras los muros del establecimiento carcelario donde actualmente se encuentran reclusos.

De otra parte, esta falladora observa también cumplido el presupuesto objetivo del artículo 313 del C.P.P. en su numeral segundo, toda vez que la pena mínima para ambos delitos excede de cuatro (4) años, y aun cuando ha sido solicitada preclusión por parte de la Fiscalía respecto al delito de secuestro simple, ciertamente como acota el representante de víctimas, no existe con respecto a ese particular, sino meras expectativas, pues nada se ha dicho acerca de acceder o no a tal pedimento. (Subrayado de la Sala)

El 10 de noviembre del 2009 (fs. 136-143 c.pruebas), María Cleofe Hewitt Ramírez, Fiscal 24 Seccional de la Unidad Nacional Contra el Secuestro y la Extorsión, solicitó la preclusión del proceso penal No. 110016000017200908275 adelantado contra Mauro Felipe Gavilán Montaña por el delito de secuestro simple, en atención

a la causal de atipicidad de la conducta, contemplada en el numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 del 2004.

En audiencia del 18 de diciembre del 2009, el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá resolvió la procedencia de la preclusión de la investigación solicitada por el ente acusador a favor de Mauro Felipe Gavilán Montaña, en el marco del proceso No. 110016000017200908275 adelantado en su contra por el delito de secuestro simple (f. 435 c.1), y ordenó compulsar copias para que se investigara a Yuli Andrea Díaz por la presunta configuración del punible de falso testimonio, al advertir lo que pasa a verse:

*(...) de las entrevistas y grabaciones se vislumbra que la señorita **YULI ANDREA DÍAS**, entró a las 2:00 a.m., y sale a las 3:00 a.m., camina en forma autónoma hablando por teléfono cuelga y vuelve a entrar, vuelve a salir a las 10:00 a.m., autónomamente donde no se vislumbra el secuestro simple, se cae de peso que estuvo retenida y que fue por su propia voluntad y por sus propios medios al sitio donde la invitaron (...)*

El 4 de febrero del 2010 (fs. 445 c.1, 215 c.pruebas), el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías revocó la medida de aseguramiento a favor de Mauro Felipe Gavilán Montaña, y en consecuencia, ordenó su libertad inmediata, de acuerdo a lo previsto en el artículo 318 de la Ley 906 del 2004.

El 22 de febrero del 2010, el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito con Función de Conocimiento decretó la procedencia de la preclusión del proceso solicitada por la Fiscalía a favor de Mauro Felipe Gavilán Montaña (en los términos de los numerales 1° y 3° del artículo 332 de la Ley 906 del 2004), en el marco del proceso No. 10016000100200900148 adelantado en su contra por el delito de acceso carnal violento (f. 111-112 c.1).

10.1. Del daño.

En verificación de la ocurrencia o no de un daño antijurídico, la Sala, de conformidad con la Jurisprudencia³⁴ y la Doctrina³⁵ señala que se trata de la lesión, menoscabo, deterioro o afectación de un derecho, bien o interés jurídicamente tutelado de una persona, que no tiene el deber jurídico de soportar.

Para la Sala se causó un daño a los demandantes, pues como lo acreditan los medios probatorios, especialmente, el certificado del 13 de mayo del 2016, expedido por el Director del Establecimiento Carcelario de Bogotá (fs. 198, 200 c.2), Mauro Felipe Gavilán Montaña estuvo privado de su libertad desde el 11 de octubre del 2009 hasta el 6 de febrero del 2010 en el Establecimiento Carcelario de Bogotá “La Modelo”, circunstancia que genera perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales a quien lo padece y a sus familiares.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

³⁵ Orjuela Ruiz Wilson citando a Henao Juan Carlos en la Responsabilidad del Estado y sus regímenes. ECOE Ediciones Pag. 51.

10.2. De la antijuridicidad y la imputación.

En este punto la Sala determinará si el daño es antijurídico, y si es imputable jurídica o fácticamente a las demandadas.

10.2.1. De la Responsabilidad a cargo de la Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial

De conformidad con la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU 072 de 5 de julio de 2018, con los precedentes de esta Sala, y teniendo en cuenta que el caso *sub lite* gira en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño ocasionado con la privación de la libertad de Mauro Felipe Gavilán Montaña, respecto de quien se dispuso la preclusión de los delitos por los cuales fue procesado, se deberá analizar, si el accionante tenía el deber jurídico de soportar dicho daño.

La Sala debe precisar que en recientes pronunciamientos de tutela el Consejo de Estado ha señalado que el juez administrativo debe analizar la conducta desplegada por la víctima de la privación de la libertad, como pasa a verse a continuación:

(...) el tribunal tuvo en cuenta que, de conformidad con el precedente vinculante fijado por la Corte Constitucional, en los casos de privación injusta de la libertad debían valorarse circunstancias como el comportamiento de la víctima y la razonabilidad y proporcionalidad de la medida privativa de la libertad.

3.1.3. En ese contexto, el tribunal demandado estudió las pruebas del proceso de reparación directa y encontró que hubo culpa exclusiva de la víctima y que la medida de aseguramiento fue legal, razonable y proporcional. Que «la conducta asumida por el Joven Edwin Alberto Carvajal Molina, fue eficiente en la producción del daño, porque al ser sorprendido en la comisión de un ilícito tipificado en la ley penal como punible – Hurto Calificado y Agravado -, dio lugar a la investigación que se adelantó en su contra y que lo privó de su derecho fundamental a la libertad, y si bien, la Fiscalía General de la Nación con posterioridad declinó de la persecución penal por la imposibilidad que las víctimas y testigos del hurto ocurrido al interior de un vehículo de transporte público, comparecieran al proceso penal y que conllevó a la absolución del enjuiciado, no se traduce en que la conducta punible no existió o que el imputado no la cometió, y en consecuencia, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, configura la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, en tanto fue su actuar irregular, que lo expusieron a sufrir el daño, lo que permite sostener que se rompe el nexo de causalidad y se generará el impedimento de catalogar el daño como antijurídico e imputable a las demandadas para dar paso a la citada causal eximente, que trae como consecuencia la negación de las pretensiones de la demanda».

3.2. A juicio de la Sala, no hubo desconocimiento del precedente judicial, pues, ante la ausencia de precedente unificado en la Sección Tercera del Consejo de Estado, el tribunal demandado razonablemente acudió a los criterios fijados por la Corte Constitucional en las sentencias SU-072 de 2018 y C-037 de 1996.

(...)

3.2.1. *Es decir, el Tribunal Administrativo del Quindío resaltó que, para los casos de privación injusta de la libertad, debía analizarse la conducta de la víctima y la razonabilidad y al proporcionalidad de la medida de aseguramiento, toda vez que, de lo contrario, se desconocería el precedente constitucional fijado en las sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018, que tienen efectos erga omnes y que definen el alcance de la expresión «injustamente», contenida en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 [Ley Estatutaria de Administración de Justicia].*

3.3. *Conviene poner de presente que, mediante sentencia de tutela del 18 de noviembre de 2019, fue dejada sin efectos la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, dictada por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que había fijado los criterios para decidir casos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. Al desaparecer dicha sentencia de unificación, resultaba razonable acudir el criterio fijado por la Corte Constitucional, que, de hecho, está fijado en una sentencia de constitucionalidad (C-037 de 1996) y en otra de unificación (SU-072 de 2018), en cuanto al contenido y alcance del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que regula la responsabilidad del Estado en casos de privación injusta de la libertad.³⁶ (Subrayado de la Sala)*

De igual forma, el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo estableció lo que pasa a verse en relación con el análisis del comportamiento de la víctima:

(...) el accionante considera que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca desconoció el principio de presunción de inocencia al no tener en cuenta que fue absuelto en el proceso penal, lo cual, en su concepto, hacía que no pudiera endilgársele dolo o culpa desde la perspectiva civil.

Al respecto, la Sala advierte que no puede entenderse que la autoridad judicial desconoció tal garantía constitucional al declarar probado el eximente de responsabilidad de la culpa exclusiva de la víctima en el medio de control de reparación directa.

En primer lugar, porque el Tribunal demandado no estableció en momento alguno que el actor fuera culpable del delito por el cual fue investigado y posteriormente absuelto.

Y en segunda medida, por cuanto son procesos diferentes en los que se resuelven problemas jurídicos distintos: mientras que en el juicio penal se debe establecer si la conducta de una persona es considerada un delito, en el proceso de reparación directa se determina si el Estado tiene la obligación de indemnizar a quien se le causó un daño antijurídico que no estaba en el deber jurídico de soportar.

Por ello, analizar la incidencia de la conducta del procesado en la investigación criminal y en la imposición de la medida de aseguramiento no desconoce la presunción de inocencia del actor, pues no es ni el escenario procesal ni la autoridad competente para establecer si una persona cometió un delito sancionable por la ley penal.

(...)

Así las cosas, no le asiste razón al actor al afirmar que no se tuvo en cuenta que fue absuelto en el ámbito penal, pues el Tribunal analizó los hechos que motivaron su detención y advirtió que, a pesar de que no fuera encontrado

³⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, sentencia de tutela del 3 de diciembre del 2020, Radicado: 11001-03-15-000-2020-04607-00 (AC), C.P.: Julio Roberto Piza Rodríguez.

*responsable del delito que se le endilgaba, su conducta ocasionó las acusaciones en su contra, en virtud de las cuales se decretó la medida de aseguramiento.*³⁷ (Subrayado de la Sala)

Según lo anterior, el análisis de la conducta de quien fue privado de la libertad no se circunscribe a aquella asumida durante el proceso penal, sino que comprende el estudio del comportamiento de la víctima en los hechos que generaron la imposición de la medida de aseguramiento, circunstancia que de ninguna manera vulnera la presunción de inocencia de aquella, precisamente porque a la luz del procedimiento penal su actuar ya fue objeto de examen por el funcionario competente a la luz de las normas de tipo punitivo. En ese orden de ideas, el juzgador administrativo se limita a analizar el proceder del reclamante a efectos de establecer si contribuyó eficazmente con su conducta, a la imposición de la medida de aseguramiento, análisis que se enmarca en el ámbito de la responsabilidad civil, no penal.

La Sala considera importante aclarar que el análisis sobre la conducta del procesado en el asunto *sub lite* será estudiada como una causal de exoneración, teniendo en cuenta que las decisiones que finalizaron los procesos penales a favor de Mauro Felipe Gavilán Montaña fueron proferidas por la atipicidad del hecho investigado³⁸, la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal, y además porque el hecho no existió.

De otra parte, se observa que el apoderado de la parte actora sostiene que le asiste responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial, en la medida que la primera entidad no verificó que el operativo realizado el 11 de octubre del 2009 por miembros de la Policía Nacional estuviera ajustado a la normatividad, no realizó actos urgentes, no recaudó pruebas en el lugar donde presuntamente ocurrieron los hechos y evitó la realización de audiencias; respecto de la segunda señala que el juez de control de garantías no valoró las pruebas presentadas, evitó que la Procuraduría realizara un estudio frente a aquellas y vulneró el derecho a la defensa de Mauro Felipe Gavilán Montaña, pues no le escuchó, tampoco le permitió aportar pruebas y controvertir las allegadas por el ente acusador, que fundamentaron la legalización de la captura, la imputación de cargos y la medida de aseguramiento.

Así las cosas, se procederá a examinar la procedencia de la medida privativa de la libertad, la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad, la conducta de Mauro Felipe Gavilán Montaña en los sucesos que originaron la imposición de la medida de aseguramiento y el hecho del tercero (la denuncia de Yuli Andrea Díaz).

³⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, sentencia de tutela del 29 de octubre del 2020, Radicado: 11001-03-15-000-2020-03023-01(AC), C.P.: Carlos Enrique Moreno Rubio.

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP5877-2017, Rad. No. 50640 del 6 de septiembre de 2017. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. "La atipicidad del hecho investigado se ha entendido como la falta de adecuación del comportamiento a la descripción de un tipo previsto en la parte especial de la Ley penal, pues en el proceder cuestionado no concurren los elementos que configuran la conducta punible, es decir que el actuar humano no encuentra correspondencia plena y cabal con ningún precepto normativo previsto en el Estatuto Punitivo."

a) Sobre la procedencia de la medida privativa de la libertad en el régimen penal de la Ley 906 del 2004

Siendo la Ley 906 del 2004 la normatividad procesal aplicada a la instrucción penal seguida por los punibles de secuestro simple y acceso carnal violento contra Mauro Felipe Gavilán Montaña, se establecerá si la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva que le fue impuesta y que lo mantuvo privado de su libertad desde el 11 de octubre del 2009 hasta el 6 de febrero del 2010, se ajustó a los parámetros dispuestos en dicha ley, sin que el análisis a realizar implique una tercera instancia en materia penal, pues solamente se limita a un examen de los requisitos para la imposición de la medida de aseguramiento en el marco de la responsabilidad administrativa.

La investigación se inició con ocasión de los hechos sucedidos el 11 de octubre del 2009, cuando Yuli Andrea Díaz denunció que desde horas de la noche del día anterior (10 de octubre del 2009) había sido retenida y accedida sexualmente en contra de su voluntad por 5 personas, entre las cuales se encontraba Mauro Felipe Gavilán Montero, dentro del apartamento 104, ubicado en la Torre 10 del Conjunto Salitre Club. Por lo anterior, miembros de la Policía Nacional acudieron al lugar en compañía de la supuesta afectada y, sin ingresar al inmueble, procedieron a la captura de aquellos individuos, incluyendo a Gavilán Montaña, motivo por el cual la Fiscalía inició el proceso penal respectivo (No. 110016000017200908275) y solicitó, durante la audiencia concentrada, la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva al Juzgado 63 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., despacho que accedió a dicha petición.

El artículo 313 de la Ley 906 del 2004 establece como criterio objetivo que la detención preventiva procede cuando el punible tenga una pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda los 4 años³⁹. En ese sentido, recuerda la Sala que los delitos por los cuales fue procesado Mauro Felipe Gavilán Montaña, a saber, el secuestro simple y el acceso carnal violento, se encuentran consagrado en la Ley 599 del 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”, en los siguientes términos:

Artículo 168. Modificado por el art. 1°, Ley 733 de 2002. **Secuestro simple.** El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo siguiente, arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y en multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 205. Acceso carnal violento. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años.

Artículo 205. Modificado por el art. 1, ley 1236 de 2008. **Acceso carnal violento.** El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. (Subrayado de la Sala)

³⁹ **Artículo 313.** Procedencia de la detención preventiva. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.

2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.

3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Subrayado de la Sala)

En atención a las normas citadas, los punibles por los cuales fue investigado Mauro Felipe Gavilán Montaña cumplen el primer criterio objetivo para la imposición de la medida de aseguramiento, pues el secuestro simple y el acceso carnal violento tienen una pena de prisión mínima de 10 y 12 años, respectivamente, cumpliendo de esa manera el aludido requisito.

De igual forma, el artículo 308 *ejusdem* dispone que la imposición de la medida de aseguramiento procede cuando el imputado significa un peligro para la seguridad de la víctima en los términos del artículo 311 *ibidem*⁴⁰, como pasa a verse a continuación:

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 participe 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.* (Subrayado de la Sala)

Los hechos que llevaron a la Fiscalía a solicitar la imposición de la medida de aseguramiento en contra de Mauro Felipe Gavilán Montaña y al Juzgado 63 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C. a decretarla, consistieron en que, según el Informe de la Policía de Vigilancia en Casos de Captura en Flagrancia FPJ-5 del 11 de octubre del 2009 (fs. 17-19 c.pruebas), aquél fue capturado en flagrancia, al ser señalado por la presunta víctima Yuli andrea Díaz como uno de los individuos que la retuvo y la accedió carnalmente contra su voluntad, es decir, fueron aquellos hechos que revestían la naturaleza de delitos que atentan contra la libertad individual, integridad y formación sexuales, por lo cual el ente acusador y el juez de garantías consideraron reunidos los requisitos que exige la normatividad para que procediera la imposición de la medida de aseguramiento de privación de la libertad. Adicionalmente, advierte la Sala que dichas entidades tuvieron en cuenta para la imposición de la mencionada medida, el Informe Técnico Médico Legal Sexológico del 11 de octubre del 2009, practicado a Yuli Andrea Díaz Martínez, en el cual Martha Elena Pataquiva Wilches, Profesional Universitario Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fs. 47-49 c.pruebas) señaló:

ANAMNESIS: "(...) llegué a un conjunto, me abordó un muchacho que es el triple de yo (sic) y me metieron a un apartamento y varios muchachos abusaron de mi de todas las formas, me abrieron las piernas, todo el cuerpo,

⁴⁰ **Artículo 311. Peligro para la víctima.** Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atacar contra ella, su familia o sus bienes.

me mordieron los senos, eran cinco muchachos, todos son mayores de edad, yo solo conocía a dos” “después ya quedé pasmada eso fue desde las 8:30 pm de corrido hasta las 7 a 8 am de hoy, no podía gritar, igual donde estábamos tenían música duro, igual cuando me quitaban el pañuelo yo solo lloraba y les preguntaba por qué?”

Logré escaparme de allá al salirme del apartamento (...)

Tuvo penetración en la vagina, oral y anal por pene (...) “no me golpearon, me forcejearon, me cogían duro, me apretaban las manos y me cogieron duro acá (señala hombros) y me abrían los brazos y las piernas (...)

LESIONES: Presenta: No petequias en las conjuntivas o en la cavidad oral, equimosis⁴¹ alrededor del frenillo del labio inferior, sin otras lesiones recientes en la cavidad oral. Dos equimosis rojizas lineales de 2 centímetros en la cara anterior del hombro izquierdo, edema leve de la cara interna de ambos muslos con dolor local, equimosis café de 3x2 centímetros cara anterior tercio medio del muslo izquierdo, equimosis rojiza violácea de 5x6 centímetros cara medial tercio distal del muslo izquierdo, equimosis café de 3x3 centímetros región posterior de la pierna derecha, equimosis violácea de 6x4 centímetros en el pliegue glúteo izquierdo. CONCLUSIÓN: MECANISMO CAUSAL: contundente. Incapacidad médico legal: DEFINITIVA. OCHO (8) DÍAS. SIN SECUELAS MÉDICO LEGALES

EXAMEN GENITAL: (...) Presenta genitales externos femeninos adultos normoconfigurados, con edema⁴² leve de los labios mayores y región perineal. Con dos desgarros superficiales en la horquilla vulvar posterior que miden 1 y 0.5 centímetros con escaso sangrado. Himen festoneado⁴³ con tres desgarros parciales con sus bordes edematosos y equimóticos ubicados en los meridianos de las 4, 6 y 8.

(...) Tono anal normal, forma anal circular normal presenta un desgarramiento superficial con bordes equimóticos y edematosos, con escaso sangrado en el meridiano de la equimosis y edema que compromete los meridianos de las 5 a las 9.

(...)

CONCLUSIÓN:

1. Adulta con historia de agresión sexual por parte de dos amigos y tres desconocidos. En el examen general se encuentran lesiones por mecanismo contundente en las extremidades lo cual está en relación con lo referido por la persona examinada. En el examen genital se encuentran lesiones en la horquilla vulvar posterior y desgarramientos parciales a nivel himeneal lo cual se correlaciona con maniobras sexuales recientes en este nivel. En el examen anal se encuentra un desgarramiento reciente, además de signos de trauma local que son compatibles con maniobras sexuales recientes en este nivel.
(Subrayado de la Sala)

De acuerdo con lo anterior, para la audiencia de legalización de captura, imputación de cargos y definición de la medida de aseguramiento celebrada el 12 de octubre del 2009 la Fiscalía y el Juez de Control de Garantías, contaban con la denuncia de Yuli Andrea Díaz Martínez y un informe de medicina legal que apoyaba en ese

⁴¹ Moretón pequeño causado por la fuga de sangre de los vasos sanguíneos rotos en los tejidos de la piel o las membranas mucosas. Tomado de: <https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionario/def/equimosis> (consultado el 27 de enero del 2021)

⁴² Edema significa hinchazón causada por la acumulación de líquido en los tejidos del cuerpo. Suele ocurrir en los pies, los tobillos y las piernas, pero puede afectar todo el cuerpo. Tomado de: <https://medlineplus.gov/spanish/edema.html> (consultado el 27 de enero del 2021)

⁴³ Himen festoneado íntegro elástico lo cual indica que puede permitir el paso del miembro viril erecto sin desgarrarse.

momento sus afirmaciones, motivo por el cual dichas entidades consideraron viable decretar la privación de la libertad de Mauro Felipe Gavilán Montaña.

De esta forma, la Fiscalía y el juzgado al momento de realizar la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad contra Mauro Felipe Gavilán Montaña por los delitos de secuestro simple y acceso carnal violento, consideró cumplidos los requisitos que para su procedencia estableció la Ley 906 del 2004.

Vale la pena destacar que el anterior análisis no implica una tercera instancia en materia penal, por cuanto el estudio en cita solo tiene como objeto establecer si a la luz de la jurisdicción contenciosa administrativa hay lugar a declarar la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial.

b) Aplicación del régimen objetivo de responsabilidad

De otra parte, es preciso tener en cuenta que la preclusión es una figura consagrada en el artículo 332 de la Ley 906 del 2004 que se torna procedente cuando se acreditan una o varias de las causales que pasan a verse:

Artículo 332. Causales. *El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:*

- 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.*
- 2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.*
- 3. Inexistencia del hecho investigado.*
- 4. Atipicidad del hecho investigado.*
- 5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.*
- 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.*
- 7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código.*

Parágrafo. *Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.*
(Subrayado de la Sala)

De acuerdo a la norma en cita, la Sala precisa que cuando la decisión que absuelve o precluye el proceso o investigación penal se emite porque el procesado no cometió el delito o el punible no existió, el caso se estudia a la luz del régimen objetivo de responsabilidad, circunstancia que ocurre en el *sub examine*, de acuerdo a lo que pasará a exponerse.

Advierte la Sala que el certificado del 13 de mayo del 2016, expedido por el Director del Establecimiento Carcelario de Bogotá (fs. 198, 200 c.2), demuestra que Mauro Felipe Gavilán Montaña estuvo privado de su libertad desde el 11 de octubre del

2009 hasta el 6 de febrero del 2010 en el Establecimiento Carcelario de Bogotá “La Modelo”, acreditando de esa manera el daño padecido, como se explicó en el acápite de “El Daño”.

Igualmente, mediante providencia del 18 de diciembre del 2009, el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá resolvió la procedencia de la preclusión de la investigación solicitada por el ente acusador a favor de Mauro Felipe Gavilán Montaña, en el marco del proceso No. 110016000017200908275 adelantado en su contra por el delito de secuestro simple (f. 435 c.1), al considerar que se configuraba la causal contemplada en el numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 del 2004, es decir, por la atipicidad del hecho investigado (falta de adecuación del comportamiento a la descripción de un tipo previsto en la parte especial de la Ley penal).

Adicionalmente, obra en el expediente la decisión del 22 de febrero del 2010, en virtud de la cual el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito con Función de Conocimiento decretó la procedencia de la preclusión, solicitada por la Fiscalía, a favor de Gavilán Montaña en el marco del proceso No. 10016000100200900148 adelantado en su contra por el delito de acceso carnal violento (f. 111-112 c.1), en aplicación de las causales previstas en los numerales 1° y 3° del artículo 332 de la Ley 906 del 2004, a saber, la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal, y además porque el hecho no existió.

Para llegar a las aludidas decisiones (la preclusión en ambos delitos), el ente acusador emitió diversas órdenes a la Policía Judicial a efectos de obtener pruebas que dieran luz sobre los hechos denunciados por Yuli Andrea Díaz Martínez, entre ellas la fechada el 21 de octubre del 2009 (fs. 66-67 c.pruebas), en las que se requirió:

Orden de:

(...)

3. Solicitar al conjunto residencial SALITRE CLUB I ubicado en la carrera 68 B No. 22 A-71 los videos de los días 11 y 12 de octubre, los que registren el ingreso a la portería, parqueaderos y pasillos.

(...) (Subrayado de la Sala)

En virtud del anterior requerimiento y obtenidos los videos del Conjunto Residencial Salitre Club I, en el documento visible a folio 132 del cuaderno de pruebas expedido por la Fiscalía, según la marca de agua del logotipo Fiscalía General de la Nación, (no se observa quien lo elaboró y firmó), se evidenció lo siguiente:

CON ESTAS FOTOGRAFÍAS LO QUE SE QUIERE DEMOSTRAR POR PARTE DE LA FISCALÍA ES QUE LA SEÑORITA YULI ANDREA DÍAZ MARTÍNEZ EN NINGÚN MOMENTO SALIÓ POR LA VENTANA, COMO LO MANIFESTÓ EN LA DENUNCIA INSTAURADA EL DÍA 11 DE OCTUBRE DEL 2009, SINO POR LA PORTERÍA COMO LO DEMUESTRA EL VIDEO EN EL CUAL REGISTRA LA HORA DE SALIDA DE LA MISMA QUE SE REALIZÓ A LA 10:32:47, DONDE SE EVIDENCIA QUE YULI SALE

HABLANDO POR CELULAR Y NO POR LA VENTANA COMO LO MANIFESTÓ EN SUS ENTREVISTAS (...) ESTO CON EL FIN DE DESVIRTUAR QUE LA SEÑORITA YULI ANDREA NO ESTUVO SECUESTRADA Y SALIÓ POR LA PORTERÍA VOLUNTARIAMENTE.

AHORA BIEN, CON RESPECTO A LOS VIDEOS SE EVIDENCIA QUE LA VÍCTIMA INGRESÓ POR SU PROPIA VOLUNTAD A LAS **2:08:18 A.M.**, SE HACE ANUNCIAR EN PORTERÍA, SACO UN CUADERNO DEL BOLSO DE FLORES Y LOS PORTEROS LA DEJAN INGRESAR, POSTERIORMENTE SE VE CUANDO SALE NUEVAMENTE VESTIDA HABLANDO POR CELULAR A LA PORTERÍA A **LAS 3:49:08** DONDE DURA VARIOS MINUTOS HABLANDO POR CELULAR Y ES ASÍ QUE SIENDO LAS **3:51:17** INGRESA NUEVAMENTE AL APARTAMENTO, ENTONCES LA FISCALÍA DENOTA QUE LA SEÑORITA YULI ANDREA DÍAZ MARTÍNEZ NO SE ENCONTRABA SECUESTRADA, TENIENDO EN CUENTA QUE LOS VIDEOS NOS MUESTRAN COMO SE DESPLAZABA LIBREMENTE POR ESTA RAZÓN TAMBIÉN LA FISCALÍA DENOTA QUE POR CONSIGUIENTE A YULI ANDREA NO SE COARTÓ SU DERECHO DE LOCOMOCIÓN, POR CUANTO TAMBIÉN LOS VIDEOS NOS MUESTRAN CÓMO PODÍA LIBREMENTE HABLAR POR CELULAR CIRCUNSTANCIA ESTA QUE PERMITE INFERIR QUE SI ESTUVIERA SECUESTRADA LAS LLAMADAS LAS HUBIERA REALIZADO A LA POLICÍA O A PEDIR AUXILIO POR SU SECUESTRO O TAMBIÉN HUBIERA PODIDO POR VOCES DE AUXILIO HACERLES SABER A LOS SEÑORES PORTEROS QUE SE ENCONTRABA SECUESTRADA, HECHO ESTE QUE NO SUCEDIÓ COMO LO MUESTRA EL VIDEO, SINO QUE INGRESA AL APARTAMENTO. IGUALMENTE, COMO SE DIJO ANTERIORMENTE SALE A LAS **10:32:46** HABLANDO NUEVAMENTE POR CELULAR Y POR SU VOLUNTAD. (Subrayado de la Sala)

En ese sentido, en la constancia del 18 de diciembre del 2009, María Cleofe Hewitt Ramírez, Fiscal 24 Seccional UNCSE (f. 177 c.pruebas), informó:

(...) Se llevó a cabo la audiencia de sentido de fallo en el Juzgado 8° Penal de Circuito de Conocimiento, siendo las 10:30 a.m., de la solicitud de preclusión hecha por la Fiscalía el día 9 de diciembre del presente año, donde la Juez 8° Penal del Circuito de Conocimiento, manifestó que de las entrevistas y grabaciones se vislumbra que la señorita **YULI ANDREA DÍAZ**, entró a las 2:00 a.m., y sale a las 3:00 a.m., camina en forma autónoma hablando por teléfono cuelga y vuelve a entrar, vuelve a salir a las 10:00 a.m., autónomamente donde no se vislumbra el secuestro simple (...) Como la señorita **YULI ANDREA** se retracta por no decir la verdad la juez ordenó compulsar copias por el delito de **FALSA DENUNCIA** (...) (Subrayado de la Sala)

De igual forma, en el Informe pericial de genética forense No. SSF-LGEF-1543 y 1544-2009 del 20 de enero del 2010, Nohora Esperanza Jiménez, Profesional Especializado del Grupo de Genética Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fs. 198-201 c.pruebas), estableció frente a las muestras tomadas a Yuli Andrea Díaz Martínez el 11 de octubre del 2009, lo que pasa a verse:

CONCLUSIONES:

1. MAURO FELIPE GAVILÁN MONTAÑO, YULLY (sic) ANDREA DÍAZ MARTÍNEZ y por lo menos un individuo de sexo masculino desconocido, no se excluyen como los aportantes de la mezcla de

células detectadas en el frotis⁴⁴ lado derecho tomado a YULLY (sic) ANDREA DÍAZ MARTÍNEZ. Es 7 millones de veces más probable que MAURO FELIPE GAVILÁN MONTAÑO, YULLY (sic) ANDREA DÍAZ MARTÍNEZ y otro individuo desconocido sean los aportantes de las células presentes en el frotis cuello lado derecho tomado a YULLY (sic) ANDREA DÍAZ MARTÍNEZ, a que sean YULLY (sic) ANDREA DÍAZ MARTÍNEZ y otros dos individuos en la población.

2. ANDRÉS FELIPE RAMÍREZ PALOMINO, DAVID ADALBER BELTRÁN ALONSO y ELKIN GERARDO HURTADO FONTECHA se excluyen como aportantes de las células masculinas detectadas en el frotis de cuello lado derecho y lado izquierdo y en el fragmento de bluejean tomados y perteneciente a YULLY (sic) ANDREA DÍAZ MARTÍNEZ. Se encontraron más de (5) exclusiones en sistemas STR autosómicos y de cromosoma analizados.

3. MAURO FELIPE GAVILÁN MONTAÑO no se excluye como el origen de las células masculinas detectadas en el frotis de cuello lado izquierdo y en el fragmento de blue jean tomado y perteneciente a YULLY (sic) ANDREA DÍAZ MARTÍNEZ.

Según lo anterior, la preclusión de los delitos de acceso carnal violento y secuestro simple fue solicitada por la Fiscalía y aprobada por los jueces de conocimiento, en la medida que las pruebas ordenadas y obtenidas por el ente acusador acreditaban que no se configuró la retención contra la voluntad de Yuli Andrea Díaz Martínez, y además porque no existió la violación grupal de la que aquella manifestó ser víctima, máxime cuando las muestras de ADN identificaban solamente a Mauro Felipe Gavilán Montaña y “*por lo menos un individuo de sexo masculino desconocido*” como el aportante de la mezcla de células detectadas en el frotis de lado derecho e izquierdo y el fragmento del blue jean perteneciente a Díaz Martínez.

De acuerdo a lo anterior, observa la sala que el accionante acreditó los elementos configurativos de la responsabilidad objetiva a cargo del Estado, los cuales se encuentran demostrados con el tiempo de detención y las decisiones por las cuales se determinó la preclusión (proferidas por la atipicidad del hecho investigado, la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal, y además porque el hecho no existió) de los delitos de secuestro simple y acceso carnal violento por los cuales Mauro Felipe Gavilán Montaña fue investigado y privado de su libertad, frente a lo cual la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial deben probar la configuración de un hecho exclusivo de la víctima o el hecho de un tercero, a fin de excluir la responsabilidad que se encuentra a su cargo, eximentes que pasarán a estudiarse a continuación:

- Eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima

Observa la sala que Mauro Felipe Gavilán Montaña, quien resultó detenido, en razón de la petición de la Fiscalía y la determinación del Juzgado 63 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., no se expuso al daño ocasionado por los entes demandados, como pasará a verse a continuación.

⁴⁴ 1. m. Biol. y Med. [extensión](#) (|| preparación para examen microscópico). Tomado de: <https://dle.rae.es/frotis> (Consultado el 27 de enero del 2021)

De acuerdo a lo señalado en las providencias del 18 de diciembre del 2009 y del 22 de febrero del 2010, por las cuales el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá y el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá aprobaron las solicitudes de preclusión de los delitos de secuestro simple y acceso carnal violento (peticionadas por la Fiscalía), la conducta de Mauro Felipe Gavilán Montaña no se enmarcaba en el punible de secuestro simple, y además por cuanto no existió el acceso carnal violento denunciado por Yuli Andrea Díaz Martínez.

En el Informe Técnico Médico Legal de Embriaguez del 11 de octubre del 2009, practicado por Amira Usme, Médico Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a Mauro Felipe Gavilán Montaña (fs. 26-27 c.pruebas), éste último manifestó lo siguiente:

Relato de los hechos y circunstancias relacionadas: INDICIADO DE ACCESO CARNAL MÚLTIPLE, REFIERE QUE ÉL Y OTRO AMIGO LA INVITARON Y QUE TRAJERA AMIGAS, ELLA LLEGÓ COMO A LAS 12:00 A LAS 00:30, TOMÓ UN POCO DE CERVEZA, YO TOMÉ RON, ESTÁBAMOS BIEN CON ELLA, EL QUE SE DORMÍA LO PINTÁBAMOS, LOS DOS CON DAVID NOS DORMIMOS Y POR ESO NOS PINTARON, A LAS 4 AM, YO ESTABA DORMIDO, ELKIN NOS OFRECIÓ EL CUARTO DE ÉL, Y LOS DOS CON ANDREA NOS FUIMOS, YO CERRÉ CON LLAVE, TUVIMOS RELACIÓN SEXUAL, NOSOTROS FUIMOS NOVIOS POR UN MES, Y NOS ENCONTRAMOS HACE COMO 6 MESES, YO NUNCA HABÍA TENIDO RELACIONES SEXUALES CON ELLA. NIEGA USO DE CONDÓN, PERO DICE QUE TUVIERON RELACIONES SEXUALES DOS VECES LA PRIMERA VEZ YO NO EYACULÉ, ELLA ME HIZO ESA VEZ SEXO ORAL, PORQUE ELLA NO QUISO Y YO ME DORMÍ, YO ME LEVANTÉ COMO A LAS 6 AM, ME CEPILLÉ LOS DIENTES, ESTA VEZ SI TUVIMOS LA RELACIÓN COMO TAL, YO NO EYACULÉ DENTRO DE LA VAGINA DE ELLA, ELLA ES MUY MENTIROSA Y POR ESO TUVIMOS PROBLEMAS, MIENTRAS TENÍAMOS LE RELACIÓN ELLA ME DECÍA SUAVE (...) ERITEMA⁴⁵ LEVE EN CUELLO DERECHO, REGIÓN CLAVICULAR DERECHA E IZQUIERDA. MECANISMO CAUSAL INDETERMINADO, INCAPACIDAD MÉDICO LEGAL DE 1 DÍA SIN SECUELAS, REFIERE CONSUMO DE ALCOHOL DESDE LAS 22:00 HASTA LAS 03:00 AM DE HOY. 6 CERVEZAS Y MEDIA DE RON ENTRE CUATRO (Subrayado de la Sala)

Según el documento en cita, Mauro Felipe Gavilán Montaña nunca negó que tuvo relaciones sexuales con Yuli Andrea Díaz Martínez, pero siempre afirmó que fueron consentidas, motivo por el cual su captura le resultó sorpresiva, alegaciones que fueron acreditadas con los demás medios de prueba practicados dentro del proceso penal⁴⁶

⁴⁵ 1. m. Med. Inflamación superficial de la piel, caracterizada por manchas rojas. Tomado de: <https://dle.rae.es/eritema> (Consultado el 27 de enero del 2021)

⁴⁶ Informe técnico médico legal del 22 de enero del 2010 (Complemento Laboratorios), expedido por Martha Elena Pataquiva Wilches, Profesional Universitario Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fs. 189-199 c.pruebas):

CONCLUSIÓN:

Se encontró saliva en los frotis de mama izquierda y cuello.
Se encontró semen en el pantalón exterior.

La Sala precisa que, aunque Mauro Felipe Gavilán Montaña tuvo relaciones sexuales con Yuli Andrea Díaz Martínez (la denunciante), dicho comportamiento no merece ningún tipo de reproche y tampoco representa un comportamiento negligente o imprudente, pues aquello hace parte de la vida íntima de las personas, al haberse tratado de relaciones sexuales consentidas. En ese sentido, solamente amerita la atención jurídica en cuanto alguna persona es obligada, contra su voluntad, a mantener relaciones sexuales.

De igual forma, las pruebas practicadas en el marco del proceso penal evidenciaron que Mauro Felipe Gavilán Montaña no retuvo contra su voluntad a Yuli Andrea Díaz Martínez, pues la evidencia señaló que la noche del 11 de octubre del 2009 y la mañana del 12 de octubre del 2009 aquella tuvo libertad de locomoción para salir en varias ocasiones del Conjunto Residencial Salitre Club I y volver a ingresar haciendo uso de un celular, circunstancias que refuerzan la ausencia del comportamiento imprudente o reprochable por parte de Gavilán Montaña.

Con fundamento en lo anterior, se desprende que la actuación de Mauro Felipe Gavilán Montaña no generó la causación del daño reclamado en las pretensiones de la demanda, en la medida que no se expuso de manera imprudente (conducta gravemente culposa) a la privación de la libertad, motivo por el cual, no se rompe la imputación contra la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación.

- Eximente de responsabilidad del hecho de un tercero

La Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial proponen en las contestaciones de la demanda la excepción de hecho de un tercero, puesto que la investigación, el proceso penal y la imposición de la medida de aseguramiento contra Mauro Felipe Gavilán Montaña fueron originados por la denuncia presentada por Yuli Andrea Díaz Martínez, quien posteriormente se retractó de lo manifestado.

Observa la Sala que la captura y los procesos penales adelantados contra Mauro Felipe Gavilán Montaña por los delitos de secuestro simple y acceso carnal violento tuvieron su origen en las afirmaciones de Yuli Andrea Díaz Martínez condensadas en el Formato Único de Noticia Criminal del 11 de octubre del 2009 (denuncia Yully Andrea Díaz Martínez (fs. 33-36 c.pruebas, 34-37 c.7), así:

(...) LLEGUÉ A UN CONJUNTO QUE SE LLAMA CASAS DE CIUDAD SALITRE EN DONDE SALÍA UN JOVEN QUIEN ME DIJO QUE FELIPE ESTABA EN EL PARQUEADERO MUY TOMADO YO LE DIJE A ANDRÉS QUE ME LLEVARA AL PARQUEADERO PARA VERLO Y EN ESE MOMENTO GIRÉ Y VI A UN SUJETO ALTO Y DE CONTEXTURA GRUESA QUE ME TAPABA LA BOCA CON SU MANO Y ME ALZÓ LLEVANDOME AL BLOQUE 10 APARTAMENTO 104 ESO ERA A LAS 20:30 HORAS APROXIMADAMENTE, HAY (sic) ENTRE LOS BRAZOS DE ESE SUJETO, HAY (sic) VÍ A MUCHOS MÁS JOVENES QUE ENTRABAN AL APARTAMENTO Y A FELIPE QUE ENTRÓ SIN ESTAR TOMADO, Y LOS OTROS SUJETOS SE SALIERON Y ME QUEDÉ CON FELIPE QUIEN ME

El hallazgo de lesiones en el área genital (en horquilla vulvar, himen y anal) son compatibles con manipulación sexual reciente en este nivel. El reporte negativo de espermatozoides se puede dar en el contexto de uso de preservativo o de NO eyaculación entre otras.

COLOCÓ UN PAÑUELO EN LA BOCA A LAS MALAS Y EMPEZÓ A QUITARME EL PANTALÓN Y LA ROPA INTERIOR CON UNA MANO MIENTRAS QUE CON LA OTRA ME SOSTENÍA LAS MANOS Y COMO NO PODÍA LLAMÓ A ANDRÉS (...) LE DIJO A ANDRÉS QUE SE FUERA Y QUE CERRARA LA PUERTA, DE HAY FELIPE EMPEZÓ A PENETRARME POR LA COLA Y COMO NO PODÍA POR MI TAMAÑO Y A ÉL LE DIO COMO MAL GENIO Y ME VOLTIO Y ME LEVANTÓ LAS PIERNAS Y EMPEZÓ A PENETRARME POR LA VAGINA Y YO LLORABA Y LE DECÍA CON LA MIRADA QUE ME ESTABA HACIENDO DAÑO Y COMO ÉL NO PODÍA PENETRARME BIEN ME SEGUÍA LASTIMANDO (...) SE LEVANTÓ Y SE COLOCÓ EL BOXER Y SALIÓ DEL CUARTO YO ME QUEDÉ LLORANDO Y DE AHÍ INGRESÓ ANDRÉS QUIEN EMPIEZA A TOCARME LOS SENOS Y ME LOS PELLIZCABA (...) vi el celular en el piso y empecé a llamar a la Policía pero nadie me contestaba y vi que hacia la calle había una ventana corrediza y me vestí rápido y me salí por ahí, alberque ellos se encontraban afuera y que otro se estaba bajando, al salir me paré en la mitad de la calle y le pedí a un joven que pasaba en su carro y que vio que yo salía por esa ventana y le dije que un minuto para llamar a la policía (...) (Subrayado de la Sala)

En dicha denuncia Yuli Andrea Díaz Martínez refirió haber sido retenida contra su voluntad y accedida sexualmente por aproximadamente 5 hombres, entre ellos Mauro Felipe Gavilán Montaña, motivo por el cual aquél fue capturado y la Fiscalía, a efectos de obtener luz sobre los hechos presentados, solicitó al Instituto de Medicina Legal que le practicara a la supuesta víctima un examen médico legal sexológico, cuyo resultado, en principio, apoyaba las afirmaciones de Yuli Andrea Díaz Martínez (sostuvo que no fue golpeada), pues concluyó que aquella había tenido relaciones sexuales recientes.

Si bien la acción penal y el aparato de justicia que le impuso a Mauro Felipe Gavilán Montaña la pena privativa de la libertad desde el 11 de octubre del 2009 hasta el 6 de febrero del 2010 en el Establecimiento Carcelario de Bogotá “La Modelo” fue originada en una denuncia (impetrada por Yuli Andrea Díaz Martínez), dicho actuar no es suficiente para enervar la responsabilidad objetiva a cargo de la Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial, teniendo en cuenta que aquellas tienen en su poder la facultad legal de privar a las personas de su libertad, es decir, de limitar el derecho fundamental de que trata el artículo 24 de la Constitución Política⁴⁷, poder que también conlleva la responsabilidad que de él se deriva.

En pocas palabras, pese a que la imposición de la medida de aseguramiento y el proceso penal al cual fue vinculado Mauro Felipe Gavilán Montaña fueron originados por la denuncia (contraria a la realidad) de Yuli Andrea Díaz Martínez, lo cierto es que las autoridades que tenían la facultad legal de privar de la libertad a Gavilán Montaña son la Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial, razón por la cual la responsabilidad objetiva a cargo de aquellas continúa incólume.

Para la Sala, es importante mencionar que la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, como entes encargados de acusar y de juzgar, respectivamente, son titulares de potestades, competencias y atribuciones con capacidad de movilizar ingentes recursos, personal y técnicas de investigación que no permitirían admitir,

⁴⁷ Artículo 24. Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia.

por lo menos en sede de responsabilidad administrativa, que pudieran ser inducidos a engaño por el testimonio de una persona o aun el dictamen pericial de Medicina Legal, y llegar hasta afectar el derecho fundamental a la libertad personal, para luego, al final, encontrarse en un punto en que sea la propia Fiscalía la que solicite la preclusión de la investigación o sea el juez de conocimiento el que deba proferir decisión absolutoria porque la conducta no existió o la persona encausada no cometió el ilícito. En este escenario, la denuncia del tercero, incluso respaldada circunstancialmente por el dictamen de Medicina Legal, no tienen fuerza para desplazar la responsabilidad de los entes acusador y de control de garantías cuando se producen decisiones que equivalen a desestimar por completo la causa penal. Debe aplicarse el máximo rigor investigativo cuando se trata de encausar penalmente a un individuo, y más aún, si se busca imponer una medida tan gravosa como la privación de la libertad. Esta es, por definición, una medida de carácter excepcional, que procede en casos específicos que cuenten con respaldo probatorio mínimo pero suficiente para justificar tal actuación. En el Estado Social de Derecho, pese a los índices elevados de violencia y criminalidad que asolan a la Nación, la libertad de las personas no puede depender de las afirmaciones que hacen terceros de otros individuos.

En conclusión, la sala encuentra que se acreditó que el daño, es decir, la privación de la libertad sufrida por Mauro Felipe Gavilán Montaña desde el 11 de octubre del 2009 hasta el 6 de febrero del 2010, resultó en antijurídico, en cuanto se trató de un menoscabo que aquél no se encontraba en la obligación de soportar, motivo por el cual la Sala declarará la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, máxime cuando no se configuraron los eximentes de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima y hecho del tercero.

Por otro lado, la sala procederá a pronunciarse sobre la tacha de sospecha propuesta por el apoderado de la Procuraduría General de la Nación frente al testimonio de Adalber Beltrán Alonso. Al respecto, vale la pena citar el artículo 211 del Código General del Proceso que establece:

Artículo 211. Imparcialidad del testigo. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso. (Subrayado fuera del texto)

En lo atinente a la tacha formulada para el testimonio de Adalber Beltrán Alonso⁴⁸, vale la pena indicar que refirió en la audiencia de pruebas que junto a Mauro Felipe Gavilán Montaña fue procesado y privado de la libertad en el marco de los procesos penales No. 110016000017200908275 y No. 10016000100200900148 por los

⁴⁸ Folios 303 a 306 del primer cuaderno principal

delitos de secuestro simple y acceso carnal violento, motivo por el cual también demandó a la Nación, proceso que al momento de la recepción del testimonio (5 de mayo del 2015) se encontraba en trámite. En ese sentido, advierte la Sala que al aludido testigo le asiste un interés en las resultas del presente proceso, motivo por el cual la tacha planteada por el apoderado de la Procuraduría General de la Nación está llamada a prosperar, razón por la cual no será tenida en cuenta en esta sede.

No obstante, no ocurre lo mismo frente al testigo Andrés Felipe Ramírez Palomino⁴⁹, quien, siendo amigo de Mauro Felipe Gavilán Montaña, fue también procesado y privado de la libertad en el marco de los procesos penales No. 110016000017200908275 y No. 10016000100200900148 por los delitos de secuestro simple y acceso carnal violento, pues si bien existe una relación de amistad entre el testigo y el demandante, lo cierto es que se limitó a señalar lo que a él le constaba en la declaración por él rendida el 6 de mayo del 2015. Igualmente, debe tenerse en cuenta que aquél no formuló demanda contra la Nación por los citados hechos, motivo por el cual la tacha de sospecha no puede prosperar.

De otra parte, respecto de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación no puede predicarse la falla del servicio originada en la captura en flagrancia, puesto que aquella fue llevada a cabo por miembros de la Policía Nacional. Bajo esa línea de pensamiento, si dicha captura presentó fallas o falencias, ello resultaría imputable a la Policía Nacional.

De la solidaridad en la responsabilidad extracontractual en el presente caso

La Corte Constitucional, en sentencias C-979 de 2005 y T-450 de 2018, respecto del rol del juez penal con función de control de garantías, discurrió del siguiente tenor:

Una formulación coherente con la estructura de un proceso penal de tendencia acusatoria, como el que configura la Ley 906 de 2004, exige que las discusiones relacionadas con la afectación de los derechos fundamentales del imputado, se resuelvan en el ámbito jurisdiccional. La salvaguarda de los derechos fundamentales del investigado es función prioritaria adscrita al juez de control de garantías. Así, toda actuación que involucre afectación de derechos fundamentales demanda para su legalización o convalidación el sometimiento a una valoración judicial, con miras a garantizar el necesario equilibrio que debe existir entre la eficacia y funcionalidad de la administración de justicia penal y los derechos fundamentales del investigado y de la víctima. (Subrayado de la Sala)

En esa secuencia, ha sido tesis reiterada de esta Sala de Subsección⁵⁰, que las actuaciones de Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial necesariamente son convergentes para la restricción de la libertad en el marco de la Ley 906 del 2004, como en el presente caso, y por tal razón, la atribución de la responsabilidad debe hacerse de manera conjunta, por concausalidad.

⁴⁹ Folios 307 a 319 del primer cuaderno principal

⁵⁰ Sentencia del 06 de junio de 2019, MP Fernando Iregui Camelo, radicado 2016 – 00084.

En otros casos en los que se ha condenado al pago de la indemnización de perjuicios por corresponsabilidad de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, la Sala ha acogido el criterio aplicado en el pronunciamiento jurisprudencial del H. Consejo de Estado de 29 de agosto de 2016⁵¹, en cuanto a que le asiste mayor responsabilidad a la Rama Judicial en la privación injusta de la libertad del demandante, porque es la competente para proferir la decisión definitiva de imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva y la sentencia que define la responsabilidad del procesado, asignando a la Rama Judicial un 60% y a la Fiscalía General de la Nación un 40%⁵², línea que se seguirá en el caso de autos.

10.2.2. De la Responsabilidad de la Policía Nacional

La parte actora sustenta que la Policía Nacional incurrió en falla del servicio, en la medida que, contrario a lo señalado por dicha entidad, la captura de Mauro Felipe Gavilán Montaña no se dio en flagrancia y además por cuanto no realizó el registro y recaudo de pruebas en el inmueble en el que supuestamente había sido retenida Yuli Andrea Díaz. Al respecto, la parte accionante pretende endilgar a la Policía Nacional falencias generadas con su actuación y omisión, sin embargo, se advierte que, a efectos de argumentar la falla del servicio de una entidad, el interesado no sólo debe señalar las actuaciones u omisiones en las que aquella incurrió, sino que además debe establecer las razones por las cuales aquella incumplió las funciones a su cargo, previstas en las normas (Leyes, Decretos o Resoluciones).

En este punto, se recuerda que el Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que la falla del servicio se predica cuando el servicio no se prestó, se prestó tardíamente o de forma defectuosa, pero además la función a cargo de la entidad debe estar contemplada en una norma.

Es así que lo argüido por la parte actora no permite a la Sala estudiar la falla del servicio que se derivó de las actuaciones de la Policía Nacional, pues no se argumentó la función contemplada en una norma que resultó incumplida o infringida.

No obstante, vale la pena destacar que en el Informe de la Policía de Vigilancia en Casos de Captura en Flagrancia FPJ-5 del 11 de octubre del 2009 (fs. 17-19 c.pruebas) se señala lo que pasa a verse frente a la detención de Mauro Felipe Gavilán Montaña:

Siendo las 11:00 horas aproximadamente del día de hoy Central PONAL nos reporta un caso de acceso carnal en la carrera 68B # 22 A 71 torre 10 apto 104, procedemos a trasladarnos a este sitio llegando aproximadamente en 7 minutos después del reporte, en donde nos entrevistamos con la señorita Andrea Díaz C.C. 1.014.210.650 de Bogotá de 19 años, (...) se encontraba frente a la portería del Conjunto Salitre Club, ubicado en la anterior dirección, quien manifiesta que momentos antes, aproximadamente unos quince minutos atrás, logró escapar por una ventana del apto 104 de este mismo

⁵¹ Consejo de Estado, C.P. Danilo Rojas Betancourth, sentencia de 29 de agosto de 2016, Rad. No. 2009-00011-01(41594).

⁵² Sentencia de 7 de marzo de 2018, Proceso Rad. No. 1100 – 13 – 33 – 60 – 37 – 2014 – 00339 – 01, Demandante: Jaime Leonel Castillo Mejía y Otros, Demandado: Nación – Rama Judicial - Fiscalía General.

conjunto, ya que durante el transcurso de la noche permaneció contra su voluntad encerrada en un cuarto donde varios sujetos, según ella alrededor de 05 personas quienes abusaron sexualmente de ella hasta altas horas de la mañana, que uno de estos sujetos el cual responde al nombre de Andrés Ramírez es amigo de hace varios años y que otro de estos sujetos responde al nombre de Felipe Gavilán que es también un conocido, pero que las otras 3 personas no los conoce, a lo anterior procedemos en compañía de la afectada a trasladarnos a este apto localizado cerca a la portería de este conjunto ya que se encuentra en el primer nivel, hicimos el llamado al timbre donde abre la puerta un joven a quien le manifestamos que de forma voluntaria saliera en compañía de sus acompañantes frente al apto, donde salen del mismo cuatro sujetos los cuales al ser observados por la víctima los señala y manifiesta reconocerlos como las personas que durante el transcurso de la noche de ayer y la mañana del día de hoy habían abusado sexualmente de ella, por lo anterior procedemos a notificarles inicialmente de forma verbal los derechos que le asisten como capturados. (...)
(Subrayado de la Sala)

Ahora bien, vale la pena precisar que la flagrancia solamente se configura por las causales expresamente establecidas en el artículo 301 de la Ley 906 del 2004, que reza:

Artículo 301. Se entiende que hay flagrancia cuando:

- 1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito.*
- 2. La persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho.*
- 3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él. (Subrayado de la Sala)*

Sobre este punto, la Sala precisa que el juez con función de control de garantías decidió que la captura se había efectuado en flagrancia, y para ello expuso los argumentos respectivos y citó una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, motivo por el cual declaró la legalidad de la captura de Mauro Felipe Gavilán Montaña. En ese sentido, como el juez competente se pronunció sobre ese tema dentro del proceso penal, no le es dable al juez administrativo volver a revivir asuntos que ya fueron objeto de decisión en dicha jurisdicción.

De otro lado, la Sala advierte que la Policía Nacional se limitó a cumplir las funciones a su cargo, en la medida que, tras recibir la versión de los hechos dada por Yuli Andrea Díaz, los cuales según las resultas del proceso penal no resultaron ciertos, se dirigieron afuera del apartamento y capturaron a las personas por ella señaladas.

Al respecto, si bien la testigo Cindy Caribe Castillo Castiblanco, quien llegó al Conjunto Salitre Club a petición de Yuli Andrea Díaz, refirió lo siguiente "(...) unos policías la llamaron (a Yuli Andrea Díaz) se alejaron un poco de donde nosotros estábamos y comenzaron a hablar, dentro de esa conversación alcancé a escuchar lo recuerdo que cambiara las horas, que tenía que cambiar las horas, ya después me distraje con el muchacho que estaba con nosotros ellos siguieron conversando,

luego Andrea se acercó hacia nosotros y yo le pregunté que de qué horas estaban hablando y ella me dijo que le habían dicho que cambiara las horas de llegada y de salida del apartamento (...) (Subrayado de la Sala), lo cierto es que la declarante ignoraba a qué se referían los policiales, incluso lo manifestado por Yuli Andrea Díaz frente a dicha conversación, a juicio de esta Sala, resulta sospechoso, pues como se vio durante el proceso penal aquella se retractó de la retención y del acceso carnal violento del que presuntamente había sido víctima, razón por la cual se inició una investigación en su contra por falso testimonio.

Por lo anterior, no es posible imputar la privación injusta de la libertad de que fue objeto Mauro Felipe Gavilán Montaña a la Policía Nacional.

10.2.3. De la Responsabilidad del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

Se reiteran los argumentos expuestos frente a la Policía Nacional, pues en este caso el accionante tampoco argumentó las razones por las cuales el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses dejó de cumplir, cumplió tardía o defectuosamente las funciones a su cargo, las cuales se encuentran previstas en la Ley 938 del 2004 “Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, así:

ARTÍCULO 35. *La misión fundamental del Instituto es prestar auxilio y soporte científico y técnico a la administración de justicia en todo el territorio nacional, en lo concerniente a medicina legal y las ciencias forenses.*

ARTÍCULO 36. *En desarrollo de su misión, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses tiene las siguientes funciones:*

(...)

2. Prestar los servicios médico-legales y de ciencias forenses que sean solicitados por los Fiscales, Jueces, Policía Judicial, Defensoría del Pueblo y demás autoridades competentes de todo el territorio nacional.

Informe Ejecutivo FPJ-3 del 11 de octubre del 2009 (fs. 28-32 c.pruebas), elaborado por el servidor de la Policía Judicial Harold Santos Monje:

(...)

DILIGENCIAS ADELANTADAS:

(...)

MEDICINA LEGAL:

SE REMITIÓ A EL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL A LA VÍCTIMA CON EL FIN DE REALIZAR EL EXAMEN SEXOLÓGICO Y PODER ESTABLECER SI HABÍA (sic) ELLA PRESENTA MUESTRAS DE AGRSIÓN SEXUAL O ACTIVIDAD SEXUAL RECIENTE.

SE DEJA CONSTANCIA QUE LOS CUATRO CAPTURADOS FUERON REMITIDOS A EL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL CON EL FIN DE

ESTABLECER SU ESTADO FÍSICO, TAL REMISIÓN SE REALIZÓ POR PARTE DE LA POLICÍA DE VIGILANCIA (...)

De las pruebas allegadas al proceso se observa que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en acatamiento de los servicios solicitados por la administración de justicia elaboró los informes médico legales por aquella requeridos, motivo por el cual no le asiste responsabilidad en la privación injusta de la libertad padecida por Mauro Felipe Gavilán Montaña.

10.2.4. De la Responsabilidad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario

El apoderado de la parte accionante aduce que Mauro Felipe Gavilán Montaña fue objeto de maltratos dentro de las instalaciones del Establecimiento Carcelario de Bogotá “La Modelo”, sin embargo, aquello no fue acreditado en el plenario, pese a que el testigo Andrés Felipe Ramírez Palomino⁵³ refirió que habían sido amedrentados psicológicamente mientras estuvieron reclusos, lo cierto es que no señaló que Mauro Felipe hubiera sido víctima de golpes o improperios por parte de guardianes del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

Por lo anterior, no se declarará la responsabilidad administrativa y patrimonial del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, máxime por cuanto nada tuvo que ver en la privación injusta de la libertad de aquél.

10.2.5. De la Responsabilidad a cargo de la Nación (Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo)

Observa la Sala que la parte accionante pretende endilgar a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo falencias generadas con su actuación y omisión, sin embargo, se limitó a señalar las actuaciones u omisiones en las que aquellas incurrieron, sin explicar las razones por las cuales incumplieron las funciones a su cargo, previstas en las normas (Leyes, Decretos o Resoluciones).

En el Informe Ejecutivo FPJ-3 del 11 de octubre del 2009 (fs. 28-32 c.pruebas), el servidor de la Policía Judicial Harold Santos Monje, informó lo que pasa a verse:

(...)

DILIGENCIAS ADELANTADAS:

(...)

DEFENSORÍA:

UNA VEZ SE LES INDAGÓ A LOS CAPTURADOS SI LOS MISMOS CONTABAN CON DEFENSOR DE CONFIANZA SE PUDO ESTABLECER QUE:

⁵³ Folios 307 a 319 del primer cuaderno principal

SERÁN ASISTIDOS POR (...) EL DOCTOR MARIO MONTAÑA IDENTIFICADO CON CÉDULA DE CIUDADANÍA NÚMERO 79.101.098 Y TARJETA PROFESIONAL NÚMERO 51.747 (...) (Subrayado de la Sala)

Advierte la Sala que la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo se limitaron a ejecutar las funciones a ellas encomendadas por la Constitución y las leyes. En este punto, se precisa que a Mauro Felipe Gavilán Montaña no solicitó a la Defensoría del Pueblo la designación de un defensor público, sino que fue representado en el curso del proceso penal por un abogado de confianza. Por lo expuesto, no se declarará la responsabilidad administrativa y patrimonial de dichas entidades representadas en la persona jurídica de la Nación, máxime por cuanto nada las relaciona con la privación injusta de la libertad de Mauro Felipe Gavilán Montaña.

XI. CONDENA EN PERJUICIOS

11.1. Perjuicio moral.

En las pretensiones de la demanda se solicitó el reconocimiento de los perjuicios morales a favor de los demandantes, en atención a los siguientes montos:

Demandantes	Calidad	Monto
Mauro Felipe Gavilán Montaña	Víctima directa	500 SMLMV
María Teresa de Lourdes Montaña Bayona	Progenitora	500 SMLMV
Wilson Gavilán Álvarez	Tío paterno	300 SMLMV
Rubén Darío Gavilán Álvarez	Tío paterno	500 SMLMV
Jorge Alberto Gavilán Álvarez	Tío paterno	300 SMLMV
Carlos Hernando Gavilán Álvarez	Tío paterno	300 SMLMV
María Cristina Grillo	Tía política	200 SMLMV
Luis Alberto Gavilán Chacón	Abuelo paterno	400 SMLMV
Melissa Gavilán Muñoz	Prima	200 SMLMV
Nicolette Gavilán Muñoz	Prima	200 SMLMV
Laura Natalia Gavilán Grillo	Prima	200 SMLMV
Jhonnatan Mauricio Gavilán Grillo	Primo	200 SMLMV
Cristian Hernando Gavilán Mejía	Primo	200 SMLMV
Diana Carolina Gavilán Mejía	Prima	200 SMLMV
Total		4.200 SMLMV

En sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014⁵⁴, el H. Consejo de Estado dispuso los parámetros de indemnización para la tasación del perjuicio moral en los casos de privación injusta de la libertad en establecimiento carcelario, tal y como se resume en el cuadro que se muestra a continuación:

⁵⁴ Consejo de Estado, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 36.149, : Hernán Andrade Rincón (E).

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

A efectos de dar aplicación a lo señalado en la aludida sentencia de unificación del Consejo de Estado, debe tenerse en cuenta que para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros, sin embargo, frente a los niveles 3 y 4, además, se requiere la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 debe ser probada la relación afectiva.

De acuerdo al registro civil obrante en el plenario⁵⁵ se acredita que María Teresa de Lourdes Montaña Bayona es la progenitora de Mauro Felipe Gavilán Montaña, quien resultó privado de la libertad, de conformidad a los medios de prueba aportados al plenario, desde el 11 de octubre del 2009 hasta el 6 de febrero del 2010, es decir, 3 meses y 26 días, situación que conlleva al reconocimiento de los perjuicios morales en atención a los parámetros fijados por el Consejo de Estado.

Igualmente, de conformidad al registro civil obrante en el plenario⁵⁶ se acredita que Luis Alberto Gavilán Chacón es el abuelo paterno de Mauro Felipe Gavilán Montaña, quien resultó privado de la libertad, situación que conlleva al reconocimiento de los perjuicios morales en atención a los parámetros fijados por el Consejo de Estado.

Por otro lado, en las pretensiones de la demanda se solicita a favor de Wilson, Rubén Darío, Jorge Alberto y Carlos Hernando Gavilán Álvarez, en calidad de tíos de Mauro Felipe Gavilán Montaña, el reconocimiento de los perjuicios morales respectivos, sin embargo, observa la Sala que, en tratándose del tercer grado de consanguinidad, la parte actora debió acreditar la relación afectiva entre aquellos, pero no lo hizo, motivo por el cual los perjuicios reclamados serán negados a los tíos.

De igual forma ocurre con Melissa y Nicolette Gavilán Muñoz, Laura Natalia y Jhonnatan Mauricio Gavilán Grillo, Cristian Hernando y Diana Carolina Gavilán Mejía, primos de Mauro Felipe Gavilán Montaña, pues teniendo una relación de cuarto grado de consanguinidad, la parte accionante debió demostrar la relación afectiva entre aquellos, pero no lo hizo, por lo cual los perjuicios reclamados serán negados a los mencionados.

⁵⁵ Folio 3 del cuaderno de pruebas

⁵⁶ Folio 2 del cuaderno de pruebas

Igualmente, respecto de María Cristina Grillo, tía política de Mauro Felipe Gavilán Montaña, debió acreditarse la relación afectiva, por tratarse de una tercera damnificada, pero como no se aportaron pruebas que así lo demostraran, los perjuicios morales por ella solicitados serán denegados.

En atención a lo expuesto en precedencia, se condenará a la indemnización por daño moral en los siguientes términos:

Demandantes	Calidad	Monto a reconocer
Mauro Felipe Gavilán Montaña	Víctima directa	50 SMLMV
María Teresa de Lourdes Montaña Bayona	Progenitora	50 SMLMV
Luis Alberto Gavilán Chacón	Abuelo paterno	25 SMLMV
Total		125 SMLMV

Las entidades condenadas, Fiscalía General y Rama Judicial, deberán concurrir de manera proporcional, al pago del 40% (Fiscalía) y del 60% (Rama Judicial), de la indemnización, respectivamente.

11.2. Perjuicios materiales

11.3.1 Lucro cesante.

En el presente caso se observa que no hay lugar al reconocimiento de los perjuicios materiales por concepto de lucro cesante, pues de acuerdo al Memorando No. DFNI.M.05280 del 9 de julio del 2015, expedido por el Director Financiero Nacional de Ingresos de la Fundación Universitaria San Martín (f. 402 c.1), Mauro Felipe Gavilán Montaña, para la época de los hechos, se dedicaba a estudiar en la jornada diurna Finanzas y Estudios Internacionales. En ese sentido, pese a que para aquella época aquél contaba con edad productiva, lo cierto es que consagraba su tiempo al estudio de una carrera profesional, sin que se aportara prueba que indicara que mientras realizaba sus estudios hubiera tenido algún tipo de trabajo que le reportara una ganancia diaria o mensual.

11.3.2 Daño emergente.

La parte actora solicita en las pretensiones de la demanda el reconocimiento del daño emergente por concepto del pago de los honorarios profesionales del abogado que ejerció la defensa técnica de Mauro Felipe Gavilán Montaña.

Sobre la prueba para el pago de los honorarios del abogado defensor en el proceso penal, para efectos de determinar la cuantía de este perjuicio por concepto de daño emergente, el Consejo de Estado ha establecido que la prueba efectiva del pago de los honorarios debe estar soportada en registros tributarios que den cuenta certera de que dicho capital salió del patrimonio de la víctima e ingresó al del abogado defensor.

La Sala evidencia que, en efecto, el abogado Wilmer Ricardo Cobo Pinto actuó como defensor de la demandante durante la investigación

*penal, exceptuándose la indagatoria, diligencia respecto de la cual no obra prueba que acredite su participación como defensor como sí se evidencia en el resto de la instrucción, en tal medida, se atestigua la efectiva prestación del servicio por el que se reclama (fls. 8, 29, y 42 c. de pruebas expediente penal); **sin embargo, la Sala no tomará el valor que aparece en la certificación aportada por la parte demandante porque no se allegaron los soportes tributarios de los alegados pagos, tales como los comprobantes de retención en la fuente o las declaraciones de renta que den certera cuenta del ingreso de dicho capital al patrimonio del beneficiario y de su salida del de la víctima**⁵⁷.*

En esta oportunidad se tendrá en cuenta el valor certificado por la Corporación Colegio Nacional de Abogados - Conalbos, respecto a la defensa adelantada en la etapa de instrucción según criterio fijado por la Sala en sentencias del 13 de noviembre de 2014 y 29 de febrero de 2016⁵⁸. (Consejo de Estado, Sentencia del 30 de noviembre de 2017, MP Ramiro Pazos Guerrero, RI 45081). (Subrayado y negrillas de la Sala).

En el caso concreto, obran constancias de pago por servicios prestados del abogado Víctor Manuel Rivera Jiménez (fs. 21, 285 c.pruebas), sin embargo, no se aportó al expediente el contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre Mauro Felipe Gavilán Montaña y el abogado mencionado.

Advierte la Sala que no se allegó ningún soporte tributario que demuestre el pago de los honorarios al profesional del derecho, por lo que entonces, como lo autoriza el Consejo de Estado, para determinar el daño emergente por ese concepto se acudirá a las tarifas certificadas por la Corporación Colegio Nacional de Abogados (Conalbos), que establece: “18.7.6. *Procesos de competencia ante los juzgados del circuito. Diez salarios mínimos legales vigentes.*” Teniendo cuenta que el Doctor Víctor Manuel Rivera Jiménez actuó ante el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, se condenará por este concepto a las demandadas solidariamente en cuantía de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Wilson Wdsley Gavilán Álvarez (tío de Mauro Felipe Gavilán Montaña), quien, según las constancias obrantes en el plenario, era el que pagaba al aludido profesional del derecho los servicios prestados.

De otro lado, en las pretensiones undécima y décima quinta se petitiona el reconocimiento de \$1.135.283.533,77, sin embargo, no se indicó el concepto en virtud del cual se solicita, motivo por el cual la Sala no se pronunciará frente a los mismos.

⁵⁷ Sobre el particular, el artículo 10 de la Ley 58 de 1982 prevé: “Para la tasación de los perjuicios en acciones indemnizatorias contra el Estado deberá examinarse la concordancia entre los daños alegados y la declaración de renta de las personas vinculadas a la controversia”.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de febrero de 2016, exp. 42480, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Ahí se advirtió: “No obstante, en cuanto a la suma cancelada por concepto del contrato de prestación de servicios, la Sala no le dará credibilidad a los certificados allegados, por cuanto la suma en ellos consignada resulta desproporcionada en comparación a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura y el Colegio Nacional de Abogados. // Sin embargo, dicha situación no significa que deba dejarse de indemnizar el perjuicio causado al señor Gómez”.

XII. COSTAS PROCESALES

La Sala considera que el artículo 171 del CCA⁵⁹, no contiene el imperativo de condenar en costas a la parte vencida, en la medida que depende de la conducta asumida por las partes en el proceso, cuya remisión a la norma supletoria, es decir, Código de Procedimiento Civil, es solo para efectos de la liquidación y ejecución de las costas.

Teniendo en cuenta que en la jurisdicción contencioso administrativa, la condena en costas, no deviene como consecuencia de resultar vencido en el proceso, esta jurisdicción tiene por finalidad la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, y que este compendio de garantías comprende en el ámbito de los artículos 2º y 230 Constitucionales, la realización de la justicia y el acceso a la administración de justicia, y que no se vislumbró una actuación temeraria de las partes, esta se abstendrá de condenar en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR de oficio la falta de legitimación en la causa por activa de Dora Milena Ardila, de acuerdo a las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Nación – Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, en virtud del daño antijurídico causado a los demandantes con la privación injusta de la libertad de que fue objeto Mauro Felipe Gavilán Montaña desde el 11 de octubre del 2009 hasta el 6 de febrero del 2010, de conformidad a lo expuesto en la presente providencia.

TERCERO: En consecuencia, **CONDENAR solidariamente** a la Nación – Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación, a pagar en favor de los demandantes, por concepto de perjuicios morales **ciento veinticinco (125) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de la presente sentencia**, discriminados así:

Demandantes	Calidad	Monto a reconocer
Mauro Felipe Gavilán Montaña	Víctima directa	50 SMLMV
María Teresa de Lourdes Montaña Bayona	Progenitora	50 SMLMV
Luis Alberto Gavilán Chacón	Abuelo paterno	25 SMLMV
Total		125 SMLMV

⁵⁹ **Artículo 171.** *Condena en costas.* En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.

Las entidades responsables deberán concurrir de manera proporcional al pago de la condena en un 40% para la Fiscalía General de la Nación, y en un 60% para la Rama Judicial.

CUARTO: CONDENAR solidariamente a la Nación – Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación, a pagar en favor de Wilson Wdsley Gavilán Álvarez, por concepto de perjuicios materiales por daño emergente, la suma de **diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de la presente sentencia**, que serán pagados en la proporción del 40% a cargo de la Fiscalía General de la Nación, y del 60% a cargo de la Rama Judicial, conforme a las consideraciones expuestas.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con los argumentos señalados en la parte motiva del presente fallo.

SEXTO: ABSTENERSE de condenar en costas.

SÉPTIMO: En firme esta providencia por Secretaría liquidar las costas del proceso, entregar el remanente a la demandante y archivar el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
(Aprobado en sesión de la fecha, Sala N° 7).



FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado



JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado



MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada