



DEAJALO21-88.

Bogotá D. C., martes, enero 19 de 2021.

Doctor

ALEJANDRO BONILLA ALDANA

Juez Sesenta y Dos (60) Administrativa de Bogotá – Oralidad.

Sección Tercera.

E.S.D.

Referencia: 11001-33-43-060-2020-00211-00.
Acción: Reparación Directa
Actor: Johnny Rodolfo Benavides Rodríguez y Otros.
Demandado: Nación - Rama Judicial y Otros.

JESÚS GERARDO DAZA TIMANÁ, identificado con la cédula de ciudadanía No.10'539.319 de Popayán, titular de la tarjeta Profesional No.43.870 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado de la Nación - Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en el proceso de la referencia, según poder que adjunto, estando dentro del término legal, procedo a contestar la demanda, en los siguientes términos:

1.- A LAS PRETENSIONES

Con todo respeto me opongo a la prosperidad de las pretensiones de la presente demanda, por cuanto en el presente caso no se configuran los requisitos para que se estructure la falla en la prestación del servicio que se demanda.

2.- ANTECEDENTES

De la lectura de la demanda se observa que la mayoría de los hechos de la demanda son parcialmente ciertos, excepto los relacionados con la presunta privación injusta y los perjuicios reclamados, por cuanto constituyen los antecedentes del proceso penal adelantado contra JHONNY RODOLFO BENAVIDES por el punible de: acto sexual abusivo con menor de 14 años, radicado con el No. CUI: 11001-60-00-015-2016-04821-00, cuyos hechos más relevantes resumo en los siguientes términos:



El señor BENAVIDES RODRÍGUEZ ingresó al Ejército Nacional en el año 2002 como soldado regular, es decir, con el objetivo de definir su situación militar obligatoria.

En el año 2005 tomó la decisión de incorporarse al ejército nacional como soldado profesional.

En el año 2007 fue ascendido a Suboficial del ejército en el Grado de Cabo Tercero.

A finales del mes de julio del año 2010, tuvo un accidente de tránsito en moto que le generó una lesión en todo el hemisferio izquierdo de su cuerpo, quedando prácticamente inmóvil.

Desde el hecho anterior, con el fin de darle una calidad de vida y tratar de recuperar su movilidad, ha sido sometido a varias cirugías.

Esporádicamente y por sus conocimientos en informática, le ayuda en algunas cosas básicas a su esposa en una papelería e internet de su propiedad, toda vez que no implicaba mayor esfuerzo o movilidad.

Para el día 19 de junio de año 2016 ingresaron varios menores a su establecimiento y una de ellas le solicitó ayuda para ingresar a una página de internet. Con mucha dificultad se trasladó hasta el punto y con su única mano que tenía movilidad le ayuda a ingresar a la página que deseaba sin mayores contratiempos.

El 19 de junio de 2016 JHONNY RODOLFO BENAVIDES RODRÍGUEZ se encontraba atendiendo en la papelería, lugar al que concurrieron a consulta el servicio internet, los menores N.J.Z.C., V.N.M.Z y B.A.Z.S., quienes fueron atendidos por una persona con discapacidad de la pierna izquierda, es decir el ciudadano JHONNY RODOLFO BENAVIDEZ RODRIGUEZ, persona quien se le acerca a la niña V.N.M.Z. con el fin de colaborarle en encontrar juegos por intermedio del sistema, por lo que en desarrollo de tal labor, procedió con sus manos a tocar las partes íntimas de la niña. La menor fue y contó a su Padre.

Horas más tarde de ese mismo día el Padre de la menor acudió a la papelería a reclamar porque había abusado de su hija y le dijo que como iban a arreglar. Luego dio aviso a la Policía la que concurrió de inmediato y capturó a JHONNY RODOLFO BENAVIDEZ RODRIGUEZ, como presunto abusador.

Estos hechos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía, Entidad que solicitó su captura, la que se materializó el 21 de junio de 2016 y fue remitido al Hospital Militar al observar su deteriorado estado de salud. La Fiscalía le formuló la imputación y la solicitud



de medida de aseguramiento. El Juez de Garantías le impuso medida de aseguramiento intramural.

Aduce el apoderado de la parte actora que tiempo después y pese a su escasa movilidad, fue trasladado a la URI de Ciudad Bolívar. Sitio en el cual permaneció varios meses sin cuidados de salud mínimos y en condiciones de total hacinamiento.

Afirma su apoderado que todo esto perturbó mucho a él y todo su entorno familiar, pues de la noche a la mañana criminal abusador de menores, muchos más, cuando las condiciones de salud hacían prácticamente imposible que se valiera por sí mismo.

Después de tres meses de pasar por la URI de Ciudad Bolívar, el señor BENAVIDES RODRÍGUEZ, fue trasladado a una cárcel para criminales comunes.

El día 27 de septiembre de 2016 ingresó a la Penitenciaría la Picota de Bogotá, lugar en el que mejoró un poco su sitio de reclusión, no contaba con las condiciones mínimas para un Militar activo en condiciones de discapacidad.

Precisamente por sus patologías, su familia se vio en la obligación de solicitar ayuda a uno de los internos para que le ayudara permanentemente en casi todo lo básico, desde ir al baño hasta el cuidado de su ropa y alimentación. Amén que también debió consignar dineros a una cuenta del INPEC.

Afirma su apoderado que con el fin de ayudar en su recuperación y por lo menos evitar que el deterioro e inmovilidad de sus extremidades izquierdas se acentuara, permanentemente solicitaba las remisiones a citas médicas, controles y cirugías pendientes, pero en su gran mayoría las perdió porque el INPEC no contaba con los recursos para ello.

Se pidió su protección a través del mecanismo de tutela y pese a contar con una orden judicial a su favor, las incomodidades no cesaron.

Considera la parte actora que por las constantes dilaciones del proceso judicial, día a día su salud tanto física como emocional se deterioraron, su motricidad izquierda casi que era nula para atender sus necesidades básicas.

Su abogado defensor para mitigar esa situación se solicitó se le concediese un mecanismos sustitutivos de la privación de la libertad, pero iguales de válidos a los fines de dicha medida.

Afirma el apoderado de la parte actora que su abogado requirió en varias oportunidades la valoración de medicina legal con el fin de probar que cada día se perjudicaban



enormemente la salud del señor BENAVIDES RODRÍGUEZ. Y solicitaron en tres oportunidades que la medida impuesta fuera sustituida cuando menos por la domiciliaria, sin resultados positivos.

En la etapa de juicio, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, dentro del radicado 11001-60-00-015-2016-04821-00, dictó sentencia absolutoria por duda, más no porque haya demostrado su plena inocencia. Esta decisión no fue apelada, resaltando:

Teniendo en cuenta ello, considera el suscrito Juez que no puede darse total credibilidad a los testimonios traídos por la Fiscalía General de la Nación, pues los mismos son contradictorios entre sí, dejando profundas dudas frente a la ocurrencia del ilícito, máxime cuando ni siquiera se logran acreditar los hechos tal y como fueran expuestos por el ente acusador en la audiencia de formulación de acusación...

(...)

Sin embargo, al no existir prueba que permita derruir la presunción de inocencia que cobija al acusado, por lo que no se logró llevar al juez a la convicción más allá de toda duda razonable frente a la responsabilidad del mismo en la comisión de la conducta delictual por la que fue llamado a juicio, resulta imperativo dar aplicación al artículo 7 del CPP, lo que sumado al pedimento tanto de la Fiscalía General de la Nación como de la defensa, el Despacho procederá a emitir a favor de JHONNY RODOLFO BENAVIDEZ (sic) RODRÍGUEZ sentencia ABSOLUTORIA, por la conducta de Actos Sexuales con menor de catorce años. NEGRILLA EN TEXTO ORIGINAL Y SUBRAYA PROPIA.

El Falló judicial absolutorio quedó en firme y ejecutoriado **el día 03 de diciembre del 2018.**

Oportunamente se agotó el requisito de procedibilidad

Por estos hechos el aquí demandante permaneció privado de la libertad entre el 21 de junio de 2016 al 26 de septiembre de 2018, es decir, 2 años, 3 meses y 5 días, por lo que la demandante considera que se le han causado perjuicios materiales, morales y daño a la vida de relación de ella y a su grupo familiar por \$1.315'209.470.,oo.

3.- RAZONES DE DEFENSA DE LA RAMA JUDICIAL

Inexistencia de antijuridicidad

La parte actora pretende que se declare que la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL** y **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, son responsables administrativamente por los daños y perjuicios que reclama, alegando como título jurídico de imputación de responsabilidad patrimonial la “supuesta” privación injusta de la libertad de la que fue objeto.



En razón a tal premisa, es imperioso citar las normas relativas a la responsabilidad del Estado y en particular las normas de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que consagran dicho título de imputación de responsabilidad, analizarlas frente a las consideraciones que respecto a este título de imputación ha hecho el H. Consejo de Estado y examinar si la entidad debe responder por los hechos alegados.

En cuanto al erro judicial es preciso tener en cuenta los presupuestos contenidos en el artículo 67 de la Ley 270 de 1996, el cual exige que se hayan instaurado los recursos legales, contra las decisiones cuestionadas, lo que no ocurrió en este caso contra el auto que impartió legalidad a la captura y el que impuso la medida de aseguramiento, por lo que queda descartada su configuración.

Respecto al defectuoso funcionamiento por una presunta mora judicial, es preciso tener en cuenta: i).- la conducta omisiva de la defensa que nunca objeto los aplazamientos de la audiencias solicitas por la Fiscalía y ii).- La Rama Judicial no fue la causante de dichos aplazamientos, razón por la cual no se configura dicho título de imputación por la Rama Judicial.

Conforme a las pretensiones descritas, resulta pertinente destacar que la cláusula general en materia de responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, del cual se puede concluir que para que se estructure la responsabilidad por parte del estado, debe existir un daño antijurídico y que este pueda ser atribuible a una Autoridad por acción u omisión¹.

En desarrollo del precepto constitucional citado, la Ley Estatutaria 270 de 1996 desarrolla la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad consagrando la posibilidad de que quien sufra este daño, puede demandar al Estado la indemnización de perjuicios².

Aunado a lo anterior, y tal como lo ha señalado la Corte Constitucional, es preciso establecer que el régimen para atribuir responsabilidad a las autoridades con ocasión del daño sufrido por privación injusta de la libertad puede ser el modelo de responsabilidad subjetiva. Así lo señaló la Corte Constitucional en ejercicio de sus funciones de control previo y automático sobre el proyecto de la Ley Estatutaria citada anteriormente. Al respecto este Alto Tribunal manifestó:

“... una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y

¹ Artículo 90 Constitución Política: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”

² Ley 270 de 1996. Art. 68: “Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.”



*considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, **la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.***³

En este mismo orden de ideas, la Corte Constitucional en el año 2018 concluyó que tratándose de la responsabilidad del Estado por privación injusta de libertad, el régimen que se puede aplicar es el de responsabilidad subjetiva. Esto por cuanto al hacer una interpretación de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado no se puede descartar la aplicación de dicho régimen: *“De la misma forma, se anota que la Corte y el Consejo de Estado comparten dos premisas: la primera, que la responsabilidad del Estado se deduce a partir de la constatación de tres elementos: (i) el daño, (ii) la antijuridicidad de este y (iii) su producción a partir de una actuación u omisión estatal (nexo de causalidad). La segunda, que el artículo 90 de la Constitución no define un único título de imputación, lo cual sugiere que tanto el régimen subjetivo de la falla del servicio, coexiste con títulos de imputación de carácter objetivo como el daño especial y el riesgo excepcional.”*⁴

También esta Corporación en la misma providencia destacó que se descarta que el régimen aplicable para casos de privación injusta de la libertad sea el objetivo, y que por el contrario, es el Juez, atendiendo a las particularidades del caso objeto de estudio, quien debe definir el régimen aplicable, permitiendo entre otros que se analice el dolo o la culpa en cada caso. Esto con ocasión de la aplicación del principio *iura novit curia*⁵:

“Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial– del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un

³ Corte Constitucional. Sentencia C – 037 de 1996 M. P. Dr.: Vladimiro Naranjo Mesa. En previos pronunciamientos de esta misma Corporación, se ha establecido que el artículo 90 constitucional permitía la aplicación del régimen subjetivo de responsabilidad, basado en la culpa: *“A pesar de que se ha considerado por algunos doctrinantes que la nueva concepción de la responsabilidad del Estado tiene como fundamento un criterio objetivo, no puede afirmarse tajantemente que el Constituyente se haya decidido exclusivamente por la consagración de una responsabilidad objetiva, pues el art. 90 dentro de ciertas condiciones y circunstancias también admite la responsabilidad subjetiva fundada en el concepto de culpa. Y ello es el resultado de que si bien el daño se predica del Estado, es necesario tener en cuenta que se puede generar a partir de la acción u omisión de sus servidores públicos, esto es, de un comportamiento que puede ser reprochable por irregular o ilícito.”* En: Corte Constitucional. Sentencia C – 430 de 2000. M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas

⁵ Este principio ha sido definido por la Corte Constitucional de la siguiente manera: *“El principio iura novit curia, es aquel por el cual, corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente, la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen.”* En: Corte Constitucional. Sentencia T – 851 de 2010. M. P. Dr.: Humberto Antonio Sierra Porto.



ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio iura novit curia, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante.”⁶

Aunado a lo anterior, otro aspecto tenido en cuenta por el Alto Tribunal citado para afirmar que tratándose de la privación injusta de la libertad es pertinente acudir o aplicar el régimen subjetivo de responsabilidad consisten en primer lugar en determinar que el *nomen iuris* del título de imputación denominado “*privación injusta de la libertad*”, trae en su contenido el vocablo “*injusta*”, lo cual permite colegir que para atribuir responsabilidad al Estado por esta causa, el Juez debe terminar que la decisión sea desproporcional o irrazonable, antes claro está, de verificar que la decisión sea ajustada al ordenamiento jurídico aplicable al caso concreto. Sobre este particular afirmó:

*“En el caso de la privación injusta de la libertad la Corte, ciñéndose exclusivamente al texto normativo y teniendo en cuenta las dos premisas señaladas, esto es, que el artículo 90 de la Constitución no define un título de imputación y que, en todo caso, la falla en el servicio es el título de imputación preferente, concluyó en la sentencia C-037 de 1996 que el significado de **la expresión "injusta" necesariamente implica definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho.**”⁷ (Negrilla no original del texto)*

Dicha proporcionalidad y razonabilidad puede verificarse según lo dispuesto en las normas de la Ley 906 de 2004, según las cuales, para la imposición de la medida de aseguramiento privativa de libertad se deben cumplir o acreditar con una serie de requisitos tales como la inferencia razonable, y que la misma se muestre como necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, que el imputado constituya un peligro para la comunidad o la víctima y/o que el imputado no vaya a comparecer al proceso o al cumplimiento de la sentencia.⁸

En este caso, el Juez de Garantías, para proferir la medida de aseguramiento tuvo en cuenta: que se trató de un presunto delito de abuso sexual contra una menor de 14 años, la versión de la menor, la denuncia instaurada por el Padre de la menor, el informe de captura, entre otros.

Tratándose de delitos contra menores de edad, el legislador ha sido drástico para sancionar todas aquellas conductas que atentan contra su integridad física, psicológica, su vida o su desarrollo sexual, por ello el Juez de Garantías respecto a la medida de aseguramiento se sujetó a lo previsto en el artículo 28 de la Constitución Política y en los

⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas

⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas

⁸ Ley 906 de 2004. Artículo 308



artículos 306, 308, 310, 311 y 313 de la Ley 906 de 2004, en armonía con lo dispuesto en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, norma especial que protege de manera especial a los menores, motivo por el cual, las decisiones de legalidad de la captura y la imposición de la medida de aseguramiento intramural en el presente caso, estuvieron fundadas en criterios de RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD y PONDERACIÓN, producto de los cuales se arribó a una **inferencia razonable**, soportada además en los elementos materiales probatorios que le fueron presentados por parte de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, al momento de las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, normativa que fue armonizada con lo dispuesto en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, que impide la detención domiciliaria y establece que medida de aseguramiento debe ser intramural. Siendo así las cosas el auto que impartió legalidad a la captura y el que impuso la medida de aseguramiento se encuentran ajustados a derecho, lo que de antemano desvirtúa la ANTIJURIDICIDAD de la medida.

Otro de los aspectos que dan lugar a imponer una medida de aseguramiento intramural en esta clase de punibles, es el relacionado con el peligro para la comunidad.

“La Corte Constitucional explicó, a través del comunicado sobre la Sentencia C-469 del 2016, la exequibilidad de varios apartes demandados del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, relacionados con las circunstancias que el juez penal debe valorar para establecer si la libertad del imputado representa un peligro para la comunidad.

Vale la pena recordar que estas circunstancias son las siguientes:

La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.

- *El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.*
- *El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.*
- *La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.*
- *Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.*
- **Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.**
- *Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada”.*

EL INTERES SUPERIOR DEL MENOR

Es compatible con el concepto de **interés superior del menor**, por encontrarse en un proceso formativo físico y mental que requiere una especial protección, ante lo cual, como lo indica expresamente el artículo 44 de la Carta Política, sus derechos



prevalecen sobre los demás y, por lo tanto, su interés se maximiza en la vida jurídica.

Frente a ese concepto, la Corte Constitucional puntualizó en la sentencia T-408/95, lo siguiente:

*"El denominado **'interés superior'** es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado 'menos que los demás' y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.*

Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la sicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión-, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. Tal reconocimiento quedó plasmado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3º) y, en Colombia, en el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989). Conforme a estos principios, la Constitución Política elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (artículos 44 y 45)"⁹. (subrayas fuera de texto).

Tales nociones no pueden relegarse al plano de la abstracción; por el contrario, deben tener manifestaciones concretas en el mundo jurídico y de ello no está alejado el ámbito penal. De esa forma, se ha sostenido que en las actuaciones de esta naturaleza en donde se vea involucrado un menor, bien como acusado o como víctima, es necesario brindarle una protección especial. Y precisamente cuando sean sujetos pasivos de conductas punibles sexuales, ello se traduce, como también lo resalta la Corte Constitucional, en que:

⁹ Corte Constitucional, sentencia de tutela T-408 del 12 de septiembre de 1005..



“Las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos.

En efecto, en la mayoría de estos casos, los responsables del abuso sexual son personas allegadas al menor, aún con vínculos de parentesco, lo cual dificulta enormemente la investigación del ilícito. Es usual asimismo que la víctima se encuentre bajo enormes presiones psicológicas y familiares al momento de rendir testimonio contra el agresor.

De tal suerte que constituiría acto de discriminación cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria, profiera frases o expresiones lesivas a la dignidad del menor o lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa.

En este orden de ideas, el interés superior del niño conduce necesariamente a que los funcionarios judiciales modifiquen su actitud pasiva frente al menor víctima de delitos sexuales en el curso de un proceso judicial, absteniéndose de cualquier práctica discriminatoria”¹⁰ (subrayas fuera de texto).

La permisión de la libertad frente a las conductas punibles establecidas en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 pone en riesgo la integridad fiscal y mental de los menores, distanciándose del deber que asiste a los funcionarios judiciales de adoptar medidas en aras de su protección y seguridad. Con mayor razón en este caso porque se posibilitaría el retorno del sindicado al entorno familiar, pues no debe olvidarse que se trata del padrastro de las menores, quien puede tomar retaliaciones en su contra.

La prohibición de tal gracia, de otro lado, permite enviar un mensaje contundente a la sociedad, a la familia y al Estado de que la vida, la dignidad y la integridad de los niños, niñas y adolescentes son bienes, como ya se dijo, de superior y mayor jerarquía que deben ser tutelados con especial

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-554 del 10 de julio de 2003.



consideración y en el sentido de que las violencias de género no son “delitos de bajo impacto”, sino, por el contrario, delitos de altísimo impacto pues atentan contra la posibilidad de construir un proyecto democrático de convivencia, de inclusión y de ejercicio real de los derechos de nuestra infancia y adolescencia”.

DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRO INFANS COMO CAUSAL DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Teniendo en cuenta que el señor JHONNY RODOLFO BENAVIDES RODRÍGUEZ fue procesado por delitos contra la integridad sexual de una menor de edad, resulta pertinente destacar que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han desarrollado en su jurisprudencia este principio de orden constitucional. La primera para determinar que en caso en los cuales se vea involucrado un menor de edad en un proceso penal como víctima de delitos sexuales, las interpretaciones que haga el Juez de las normas aplicables deben ir en favor de los intereses del menor, afirmando lo siguiente:

“Particularmente, el principio pro infans ha sido caracterizado por esta Corte como una pauta hermenéutica que restringe la autonomía de los funcionarios para decretar y valorar pruebas. En este sentido, en caso de dudas sobre la ocurrencia de agresiones sexuales contra menores de edad, las decisiones que adopten los funcionarios deben ser resueltas a favor de los derechos de los menores. Asimismo, constituye un condicionamiento para la aplicación del principio in dubio pro reo en los casos de delitos sexuales contra menores, y una exigencia reforzada de debida diligencia en las investigaciones por estos delitos.”¹¹

De otra parte, el Consejo de Estado en decisión del año 2016 absolvió a la Rama Judicial en un caso con un contexto similar, es decir, de delitos sexuales contra menores de edad. En aplicación del principio pro infans – la prevalencia de los derechos de los menores - determinó que este puede constituirse como una causal de exoneración de responsabilidad teniendo en cuenta, la modalidad de la conducta delictiva, las presunciones de riesgo de los menores, la especial protección de ellos menores en el marco de los delitos sexuales y el contexto de los delitos sexuales en Colombia. Sobre el particular afirmó:

“... Rememora la Sala que a XXXXX se le adelantó investigación por los presuntos actos de abuso sexual en contra de un menor de seis años de edad y, que fueron recogidos a partir de la versión que el menor le expuso a su padre.

La premisa de apertura a este análisis viene marcada por el reconocimiento a la intangibilidad de la presunción de inocencia que fue blindada en el escenario de la investigación penal, y que, ni puede ser controvertida ni

¹¹ Corte Constitucional. A009 de 2015. M. P. Dr.: Luis Ernesto Vargas Silva.



alcanzada por las valoraciones que aquí se hagan. Esa hermeticidad, a su vez, facilita el ejercicio de interpretación que le corresponde al juez de lo contencioso y le permite asumir una exploración axiológica amplia, pues en últimas, nada de lo que aquí se diga tiene por objeto abatir la decisión penal. De esta forma, las valoraciones de la Sala son por completo autónomas e independientes y se reservan a los fines y efectos de esta jurisdicción.

(...)

Como se trata de principios que –ab initio- están hechos de la misma molécula jurídica y, por ende, del mismo peso, cada jurisdicción, conforme a las reglas que la gobiernen, debe valorar aquellos cuya relevancia sea inobjetable a los fines y propósitos que a cada una corresponde. De esta forma, en el análisis de la culpa grave o dolo de la víctima no cabe ninguna consideración a cerca la presunción de inocencia, pero en cambio sí, de otros principios de igual raigambre e importancia, sobre los que se levanta el edificio de la responsabilidad civil extracontractual, como por ejemplo, la buena fe, el interés general, la moral y las buenas costumbres, el principio pro infans, el interés superior de los menores, entre otros.

Más aún, el estándar de valoración de dichos principios, impone a la Sala el deber de realizar dentro del marco normativo correspondiente, una estimación propia del material probatorio, conforme a los fines y presupuestos autónomos.

De entrada se advierte una razón potísima para exhaustivar el estudio de la causal exonerativa, por cuanto, como se mencionó anteriormente, las actuaciones en contra de los sujetos de especial protección son denotativamente dolosas e implican el desconocimiento de un interés superior y prevalente resguardado por el ordenamiento constitucional, cuya protección supone un juicio de ponderación transpuesto al que se hace en materia penal, como pasa a explicarse.

*Como se sabe, en el ámbito de la responsabilidad penal el principio de presunción de inocencia tiene un peso concreto fuerte, que prevalece cuando surge la duda razonable como premisa empírica de balanceo, de ahí, que la decisión absolutoria en tales casos se hace inminente y, por lo mismo, incontrovertible en otras instancias que no sean la penal. Por su parte, la regla ponderativa en el marco de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, en aquellos casos donde está de por medio un sujeto de especial protección, conlleva a la siguiente proposición: **el peso del reproche al cumplimiento del deber de especial protección se agudiza cuando surge la condición de vulnerabilidad como premisa empírica del balanceo, en cuyo caso, la culpa de la víctima se sitúa en la escala más intensa de gradación y la decisión de exonerar el deber de indemnizar se torna perentoria. Huelga decir, por evidente, que el peso abstracto que tienen***



los derechos de los niños/as como sujetos de especial protección, en cualquier escenario judicial es superior a otro derecho que se le contra ponga, porque así está dispuesto desde el ordenamiento constitucional.”

12

De lo anterior se colige que tratándose de menores de edad, resulta procedente la exoneración del deber de indemnizar puesto que debe ponderarse los intereses de los sujetos de especial protección permiten establecer que nos encontremos ante una posible culpa o dolo de la víctima aquí convocante, y el denunciado estaba en el deber de soportar la medida cautelar que se le impuso en el marco del proceso penal.

Con base en la jurisprudencia transcrita, se ratifica la necesidad de la imposición de la medida de aseguramiento intramural en esta clase de punibles por cuanto está de por medio la integridad sexual de un menor.

Dicho lo anterior, la Corte Constitucional ha concluido que no basta con verificar la causalidad en relación con aspectos de privación injusta de libertad, sino que además es deber el fallador verificar la proporcionalidad y razonabilidad de la medida restrictiva de la libertad impuesta. En tal sentido se destaca:

*“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.”*¹³

De cara a lo anterior, resulta pertinente destacar lo que la Corporación en cita manifestó en relación con la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, lo cual implica en el ámbito penal que para proferir una condena se debe llegar a un grado de conocimiento más allá de toda duda, y si esta persiste y no es superada, el Juez de Conocimiento debe emitir absolución en favor del procesado, pues se mantiene incólume la presunción de inocencia.

Se advirtió por parte de la Corte que en este tipo de casos, cuando hay imposición de medida de aseguramiento pero absolución en aplicación del principio *in dubio pro reo*, la responsabilidad del Estado no opera de forma automática o/y objetiva, y esto se explica ya que en este tipo de casos la labor del Ente Acusador y del Juez de Conocimiento se torna más compleja de discernir. Esto por cuanto la Corte reconoce que, conforme al esquema procesal vigente, el mismo se adecua a

¹² Consejo de Estado (Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 17001-23-31-000-2008-00305-01(42615)

¹³ Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas



una serie de principios tales como los de inmediación, contradicción, oralidad, entre otros, y que también la facultad de investigar y juzgar se encuentra en diferentes Instituciones.

De allí que, a manera de ejemplo, al no existir en este esquema procesal lo que anteriormente se conocía como permanencia de la prueba, solamente en juicio oral al momento de practicarse las pruebas se puede determinar si el testigo miente, se contradice o si por el contrario dice la verdad y ayuda a soportar una teoría de caso. Esto implica que la valoración que hace un juez de garantías respecto de los elementos materiales probatorios es diferente a la que hace el Juez de Conocimiento para emitir fallo condenatorio o absolutorio. En este sentido menciona la Corte:

*“Téngase en cuenta, por ejemplo, que en el esquema procesal penal anterior al actual el Fiscal tenía la posibilidad de interactuar de manera más directa con la prueba; sin embargo, una vez se expide la Ley 906 de 2004, el protocolo procesal e investigativo cambió trascendentalmente de tal manera que **la inmediación probatoria queda como asunto reservado al juez de conocimiento y, en ese orden, una investigación que en principio parecía sólida, podría perder vigor acusatorio en el juicio oral.***

*En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial, en el cual la contradicción y la valoración de la prueba, se materializan en el juicio oral, **es desproporcionado exigirle al Fiscal y al juez con función de control de garantías que hagan valoraciones propias de otras fases procesales en aras de definir, en etapas tan tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria que se mostraban uniformes, la imposibilidad de que el procesado hubiera ejecutado la conducta, ya que, se reitera, quien tiene la competencia para decidir acerca de la contundencia demostrativa de aquellos elementos es un funcionario judicial que actúa en etapas posteriores a las previstas para definir asuntos como la libertad.***

Es incuestionable, entonces, que solo ante la contradicción en el juicio oral se puede evidenciar que los testimonios, las pericias y los demás tipos de prueba obtenidos por el Estado tenían fallas o admitían lecturas contrarias.¹⁴

Tal conclusión se adecua con la naturaleza misma del proceso penal acusatorio y adversarial, el cual se sostiene, entre otros principios, en el de progresividad¹⁵. Al respecto se ha mencionado:

“El natural estado de inocencia del que goza toda persona trae aparejada la exigencia de que para que se pueda originar en su contra un proceso penal deban existir ciertos elementos probatorios que conmuevan esa posición. Debe surgir cierta “sospecha” en su contra. Mas adelante, para poder formular acusación, es necesaria la “probabilidad” de que el hecho se haya cometido y que el imputado haya tenido participación en él. Sólo así será factible que el proceso

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 2 de octubre de 2019. Rad.: 53440. M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar



continúe su secuela progresiva, requiriéndose que ese nivel de probabilidad se mantenga a la hora de elevar la causa a juicio, el que, una vez agotado, sólo podrá dar lugar a una sentencia condenatoria si existe la “certeza” sobre aquellos extremos. Se advierte entonces que la gestación y progreso paulatino del proceso penal únicamente pueden tener lugar cuando el grado de conocimiento del juez con relación al hecho y a la individualización de sus partícipes vaya aumentando, teniendo como sustento objetivo las pruebas reunidas en él. Para superar las distintas etapas se requieren específicos grados intelectuales en ese sentido.”¹⁶

Conforme a los criterios expuestos se puede concluir en primer lugar que ante casos de “privación injusta de la libertad”, el Juez debe decidir el caso verificando si en el *sub examine* se atendió a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y legalidad sobre la imposición de medidas de aseguramiento. Lo anterior teniendo en cuenta es estándar probatorio y el grado de conocimiento exigido por la Ley Procesal Penal para la imposición de las medidas coercitivas de carácter personal.

En eventos en los cuales al procesado se le haya impuesto una medida de aseguramiento privativa de la libertad y posteriormente sea absuelto en aplicación del *principio in dubio pro reo*, como en este caso, se debe hacer por parte del Juez de la causa la verificación de los criterios arriba expuestos, pues tal como se manifestó por el Corte Constitucional, tanto la medida como la sentencia de fondo corresponden a dos escenarios diferentes donde no se puede exigir al Juez Penal el mismo criterio de valoración probatoria.

INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO EN EL CASO CONCRETO

Como ya se expresó al aquí demandante, se le procesó por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años. La Fiscalía General de la Nación, a raíz de los hechos investigados y con elementos materiales probatorios recaudados hasta ese momento, tales como: la denuncia, la versión de la menor, el informe ejecutivo de captura y otras versiones recaudadas, solicitó medida de aseguramiento y el Juez de Control de Garantías tratándose de un menor dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, que impide la detención domiciliaria y establece que medida de aseguramiento debe ser intramural y accedió a dicha petición ordenando enviar de forma preventiva a la procesada a establecimiento carcelario.

Dicha situación se encuentra conforme con lo dispuesto por organismos internacionales y el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el artículo 28 de la Constitución Política¹⁷, autoriza la restricción del derecho a la libertad, siempre y cuando sea ordenado por la autoridad judicial competente, en cumplimiento de las formalidades legales y por motivo previamente definido en la

¹⁶ Jauchen, Eduardo. Proceso penal. Sistema acusatorio adversarial. Buenos Aires. Editorial Rubinzal – Culzoni. 2015. Pág.: 297 – 298.

¹⁷ ARTÍCULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, **sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.**



ley, la cual, a su vez, debe atender criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en tanto en derecho a la libertad no ostenta el carácter de absoluto.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que resulta procedente, de forma excepcional, la privación de la libertad como medida cautelar. Es decir, se encuentra ajustado a los instrumentos internacionales que protegen derechos humanos que un Estado pueda privar de la libertad a una persona de forma preventiva:

“ 69. En virtud del principio de inocencia, en el marco de un proceso penal, el imputado debe permanecer en libertad, como regla general.

70. Sin perjuicio de ello, es aceptado que el Estado, sólo como excepción y bajo determinadas condiciones, está facultado para detener provisionalmente a una persona durante un proceso judicial aún inconcluso, con la atención de que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada.”¹⁸

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha destacado que bajo los presupuestos de la Constitución existen privaciones de la libertad que resultan legítimas en el marco de un proceso penal. En decisión de constitucionalidad del año 2016 resaltó lo siguiente:

*“No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la libertad personal no es absoluto sino que se está sujeto a privaciones y restricciones temporales. Las privaciones legítimas a la libertad son llevadas a cabo por esencia en el marco del proceso penal, bajo la forma de sanciones contra el acusado, como consecuencia de su declaratoria de responsabilidad penal. **Sin embargo, también en el trámite de la actuación el Estado puede afectar la libertad personal a través de decisiones cautelares, denominadas medidas de aseguramiento, transitorias, decretadas con fines preventivos.***

Las medidas de aseguramiento implican la privación efectiva del derecho a la libertad personal, restricciones a su ejercicio o la imposición de otras obligaciones, con el objeto general de garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas dentro del trámite, la presencia del imputado en el proceso y asegurar la estabilidad y tranquilidad sociales, de modo que se contrarresten hipotéticas e indeseables situaciones como producto del tiempo transcurrido en la adopción de la decisión y las medidas de fondo a que haya lugar.”¹⁹

¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. INFORME No. 86/09 CASO 12.553 FONDO JORGE, JOSÉ Y DANTE PEIRANO BASSO REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY 6 de agosto de 2009. Misma posición descrita en las siguientes decisiones: Corte I.D.H., Caso López Álvarez. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Serie C Nº 141, párrafo 69; Corte I.D.H., Caso García Asto y Ramírez Rojas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C Nº 137, párrafo 106; Corte I.D.H., Caso Acosta Calderón. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C Nº 129, párrafo 75; Corte I.D.H., Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C Nº 114, párrafo 180; y Corte I.D.H., Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C Nº 35, párrafo 77.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C – 469 de 2016. M. P. Dr.: Luis Ernesto Vargas Silva.



Bajo la Constitución la normatividad procesal vigente es al Juez de Control de Garantías al que le corresponde decidir sobre la imposición o no de una medida de aseguramiento. Para establecer si el daño causado al demandante es de carácter antijurídico, se hace necesario precisar cuál es el rol o función del Juez de Control de Garantías dentro del sistema penal acusatorio regulado por la Ley 906 de 2004 en armonía con lo dispuesto en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 tratándose de menores de edad.

Según la reforma constitucional del Acto Legislativo 03 de 2002, nuestro sistema penal es de tendencia acusatoria, es decir, que radica en la Fiscalía General de la Nación, la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal, y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento²⁰, por manera que, no es del resorte del Juez de Garantías resolver, *a motu proprio* y *ab initio*, sobre la responsabilidad penal del imputado.

Lo que sí compete, inicialmente, al Juez de Garantías es resolver lo atinente a la legalidad de los actos previos de: solicitud de orden de captura, legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento,²¹ actuaciones que inician a petición de la **Fiscalía**, como titular de la acción penal, la cual se sustenta en la información oportuna y legalmente recogida por parte de la policía judicial, bajo su propia coordinación, que habilita la adopción de las medidas necesarias para evitar que la acción penal resulte inane.

Bajo el anterior contexto y conforme a los hechos descritos si bien es cierto el Juez de Control de Garantías impartió control de legalidad a la captura del demandante, formuló la imputación hecha por la Fiscalía, e impuso la medida de aseguramiento por dicho ente solicitada, tales decisiones se produjeron en un momento procesal en el cual el estándar probatorio exigido es el de una inferencia razonable de autoría o participación²²

Conforme a la normatividad citada, el Juez de Control de Garantías, para imponer la medida de aseguramiento debe verificar lo siguiente:

a. La inferencia de autoría o participación del procesado en la comisión de una conducta punible

En esta etapa procesal no se trata de establecer la responsabilidad penal del procesado, sino de establecer una inferencia sobre su posible participación en la comisión de una conducta que revista las características de delito²³. Así mismo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha destacado que el estándar probatorio para imponer y revocar una medida de aseguramiento es básicamente “(...) **la inferencia razonable de autoría o participación que no es otra cosa que la deducción efectuada por el funcionario judicial sobre la probabilidad que existe, en términos lógicos y razonables dentro del espectro de posibilidades serías, que el imputado haya cometido y/o dominado la realización de la conducta ilícita o haya participado en su ejecución,**

²⁰ Artículo 250 C.P.

²¹ Artículos 275 y s.s. del C.P.P.

²² Ley 906 de 2004. Art. 286.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C 673 de 2005. M. P. Dra. Clara Inés Vargas



sin que tal operación mental, fundada en el valor demostrativo de las evidencias puestas a su disposición, implique un pronóstico anticipado de responsabilidad penal o equivalga a la certeza sobre el compromiso del procesado.²⁴ (Negrilla no original del texto)

En el caso concreto la Fiscalía contaba con distintos elementos materiales probatorios que daban cuenta de las posibles conductas delictivas desarrolladas por parte de JHONNY RODOLFO BENAVIDES RODRIGUEZ. Existieron relatos mediante los cuales se le involucraba con el presunto abuso sexual con una menor de edad.

Aunado a esto también el Ente Acusador en su actividad investigativa recolectó elementos materiales probatorios elementos que le bastaban para llegar al grado de probabilidad sobre la ocurrencia de los hechos y la posible autoría de la aquí demandante, sobre todo tratándose de conductas que lesionaron el bien jurídico de la vida y el desarrollo sexual del menor.

En cuanto a la medida de aseguramiento y la compatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia, pertinente resulta recordar lo recientemente expuesto por la Honorable Sección Tercera del Consejo de Estado, en la **Sentencia de Unificación** del 15 de agosto de 2018, dentro del radicado No. 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947), Consejero Ponente Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, mediante la cual modifica y unifica 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, se le revoca dicha medida**, decisión en la cual se indicó sobre el particular:

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

“La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelante el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Decisión del 24 de julio de 2017. Rad.: 47850. M. P. Dr. Eugenio Fernández Carlier.



todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal²⁵ (se subraya).

De igual forma, en sentencia C-695 de 2013, en la que decidió acerca de la constitucionalidad de la expresión “o que no cumplirá la sentencia” contenida en el numeral 3 del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, dicha Corporación reiteró aquella posición, en los siguientes términos:

“En síntesis, las medidas de aseguramiento tienen un carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad del imputado o acusado. No constituyen por ende una sanción como tal, como quiera que su naturaleza siempre será la de una actuación cautelar, eminentemente excepcional, cuyo carácter es meramente instrumental o procesal, más no punitivo, esto es, no debe estar precedida de la culminación de un proceso, pues tal exigencia ... desnaturalizaría su finalidad, se insiste, preventiva”.

No obstante, es necesario rectificar la tesis conforme a la cual la medida de aseguramiento de detención preventiva, aun cuando constitucional, pugna con la presunción de inocencia, en primer lugar, porque la libertad no es un derecho absoluto (como luego se expondrá -ver infra, numeral 4.4.) y, en segundo lugar, por cuanto aquella forma de restricción de la libertad no tiene relación alguna con esta última presunción, ni mucho menos comporta un desconocimiento de la misma, **ya que, en la medida en que durante el proceso penal no se profiera una sentencia condenatoria, la inocencia del implicado se mantiene intacta; por consiguiente, si la terminación del proceso responde a su preclusión y si, por igual razón, la inocencia de la persona se sigue presumiendo, no hay cabida a hablar de un daño (mucho menos antijurídico) ni de una privación injusta de la libertad** sobre la cual se pueda edificar un deber indemnizatorio fundamentado exclusivamente en la vulneración de dicha presunción.

Sobre el particular, ya la Subsección C de esta Sala, en algunos casos, se ha pronunciado en los siguientes términos (se transcribe literal):

“... la Sala entiende que así no se haya logrado desvirtuar la presunción de inocencia, no en todos los casos procede la indemnización, sin que ello menoscabe el derecho constitucional fundamental a la libertad, comoquiera que la **antijuridicidad del daño**, como elemento que da derecho a la reparación, **no puede confundirse con la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en cuanto presupuestos que probados conjuntamente y con certeza judicial, a toda**

²⁵ Al respecto, también se puede consultar, entre otras, la sentencia C-774 de 2001.



prueba, convergen para desvirtuar la presunción de inocencia". (CONSEJO DE ESTADO, CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, sentencia del 15 de agosto de dos mil dieciocho (2018), expediente No, 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), actor Martha Lucía Ríos Cortés y otros, demandado La Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación).

El proceso penal a medida que avanza exige un grado mayor de conocimiento, por ello tratándose de audiencias preliminares como la de imputación y medida, el conocimiento exigido es el menor que exige la Ley. Con razón expone la doctrina especializada que:

“Según vamos avanzando en el proceso penal el grado de conocimiento exigido al funcionario judicial: juez o fiscal según el caso; va aumentando, de tal suerte que la ausencia de duda en cuanto a la existencia del delito y la atribución de responsabilidad debe ir despejándose a través del tamiz del procedimiento.”²⁶

b. Los fines constitucionales de la medida de aseguramiento – proporcionalidad

El artículo 308 del Código de procedimiento penal establece los fines constitucionales que se debe acreditar para la imposición de una medida de aseguramiento. Los fines constitucionales que se deben acreditar deben ir acompañados de un test de proporcionalidad que debe ser resuelto por el fallador. Así lo ha explicado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“Entonces, el que sea proporcional la medida de aseguramiento, como viene de verse, significa que la limitación del derecho fundamental -la libertad- que implica su imposición, sea: (i) idónea para la satisfacción de alguno de los fines constitucionales que la justifican –seguridad de la sociedad y las víctimas, efectividad de la administración de justicia y comparecencia del implicado-; (ii) necesaria para ese mismo efecto en los términos atrás explicados, y (iii) ponderada, es decir, que la gravedad de su restricción sea de menor o igual entidad en comparación con la satisfacción del principio o los principios que se pretenden beneficiar con los fines fijados; asunto respecto de lo cual ninguna reflexión aportó la apelante.”²⁷

Aunado a esto, en reciente jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia, destacó que junto la inferencia razonable y la necesidad o fines constitucionales de la medida, se debe acudir a la normatividad que en específico permiten la imposición de determinadas medidas de aseguramiento. Al respecto señaló en decisión del año 2019:

“Para ello, deberán tenerse en cuenta: (i) las previsiones normativas aplicables, esto es, las que permiten la imposición de medida de detención en establecimiento

²⁶ Suárez Ramírez José Leonardo. Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable. Grados de conocimiento en el proceso penal colombiano. Bogotá. Editorial Ibáñez. 2018. Pág.: 15.

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Decisión del 12 de octubre de 2016. Rad.: 46148. M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar.



carcelario (como el art. 313); (ii) las que prohíben el decreto de una medida distinta a la de privación de la libertad intramuros (v. gr. el numeral 11 del art 193 y 199 de la Ley 1098 de 2006); y (iii) si resulta procedente una medida no privativa de la libertad, cuando la misma pueda ser suficiente para alcanzar el fin perseguido (parágrafo 2º del art. 307 y art. 308).²⁸

Así, es claro que las decisiones adoptadas por el Juez de Control de Garantías se fundaron en la **inferencia razonable** a la cual arribó, de acuerdo a los elementos materiales probatorios que se le presentaron como respaldo a las solicitudes en el momento de la audiencia por parte de la Fiscalía, los cuales gozaban de presunción de autenticidad y veracidad.

En consecuencia, el Juez de Control de Garantías al imponer la medida de aseguramiento, atendió los procedimientos y presupuestos previstos en la Ley 906 de 2004, para este caso, en armonía con lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006, que le permiten, en ejercicio del *ius puniendi* del Estado, restringir preventivamente el derecho a la libertad, pues, como se dijo, tal decisión se fundó en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, que permitían, **bajo una inferencia razonable**, determinar que el imputado podría ser autor o partícipe de las conductas delictivas por las cuales se le investigaba más aun tratándose de delitos o conductas de tal trascendencia que atentaban contra el patrimonio de varias personas.

DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*

En este caso el el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, en aplicación del principio *in dubio pro reo* emitió decisión absolutoria. En tal sentido debe tenerse en cuenta que, en sentencia de unificación de la Corte Constitucional, se realizaron una serie de precisiones sobre la responsabilidad del Estado cuando se constata en el proceso penal la aplicación de este principio. Al respecto en sentencia SU - 072 de 2018 manifestó:

“Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma.

La condena automática del Estado cuando se logra demostrar que el acusado no fue responsable de la conducta punible –antes, “no cometió el hecho”- o que su responsabilidad no quedó acreditada con el grado de convicción que exige la normativa penal, no satisface la necesidad de un ordenamiento armónico que además avance a la par de los desafíos normativos.

(...)

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Decisión del 11 de junio de 2019. Rad.: 104439. M. P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.



En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial, en el cual la contradicción y la valoración de la prueba, se materializan en el juicio oral, es desproporcionado exigirle al Fiscal y al juez con función de control de garantías que hagan valoraciones propias de otras fases procesales en aras de definir, en etapas tan tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria que se mostraban uniformes, la imposibilidad de que el procesado hubiera ejecutado la conducta, ya que, se reitera, quien tiene la competencia para decidir acerca de la contundencia demostrativa de aquellos elementos es un funcionario judicial que actúa en etapas posteriores a las previstas para definir asuntos como la libertad.

Es incuestionable, entonces, que solo ante la contradicción en el juicio oral se puede evidenciar que los testimonios, las pericias y los demás tipos de prueba obtenidos por el Estado tenían fallas o admitían lecturas contrarias.

(...)

*Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial-- del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante.”*

De otra parte, la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha afirmado que la aplicación del principio *in dubio pro reo* no se equipara con la inocencia del procesado, sino que simplemente no se llegó a un convencimiento más allá de toda duda, con base en las pruebas practicadas. Al respecto ha señalado el Alto Tribunal:

*“...Si la presunción de inocencia es un estado garantizado constitucional y legalmente a toda persona que se le inicie un proceso en nuestro territorio patrio, desprendiéndose la regla del **in dubio pro reo** en el sentido de que toda duda debe resolverse a favor del procesado, y que al aplicarse por los funcionarios judiciales conduce indefectiblemente a la declaratoria de NO RESPONSABILIDAD, bien a través de la preclusión de la investigación o de la sentencia absolutoria, de ninguna manera puede equipararse con la declaratoria de INOCENCIA, habida cuenta que si la DUDA se entiende como carencia de CERTEZA, deviene como lógica reflexión en los casos en que **se considere, no la aseveración de que se juzgó a un***



inocente, sino la IMPOSIBILIDAD PROBATORIA para que se dictara sentencia condenatoria...²⁹

Bajo el anterior criterio, resulta evidente que los hechos del caso en concreto permiten establecer que no se puede atribuir responsabilidad por el simple hecho de que haya una decisión de carácter absolutorio. **En efecto la duda recayó sobre elementos objetivos del tipo, pero no se descartó la materialidad de la conducta desarrollada por la convocante.**

Deficiencia probatoria

Tratándose de investigaciones penales en las que está de por medio un menor, debe tenerse en cuenta que la Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal (Art. 250 Constitución Política) y en consecuencia es esta institución a través de sus delegados quien tiene la facultad de investigar, recaudar elementos materiales probatorios e imputar y solicitar medida de aseguramiento ante los jueces de control de garantías.

La formulación de imputación es definida por el legislador de la siguiente manera: “*La formulación de imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.*”³⁰

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y reciente jurisprudencia se ha encargado de identificar las características o consecuencias prácticas de esta figura en la Ley 906 de 2004, destacando entre otras que se trata de una potestad exclusiva de la Fiscalía, que no tiene control material por parte del Juez y que es relevante para la solicitud de medida de aseguramiento. En este orden de ideas ha mencionado esta Corporación al hacer estudio del artículo 308 de la Ley 906 de 2004:

“De esta norma se desprende lo siguiente: (i) mientras el “juicio de imputación” le está asignado al fiscal, sin posibilidades de control material por parte de los jueces, la determinación de la inferencia razonable sobre la autoría o participación del imputado frente al que se solicita la medida cautelar le corresponde al juez; (ii) a diferencia de la imputación, la solicitud de medida de aseguramiento implica la obligación de presentar y explicar las evidencias que sirven de soporte a la inferencia razonable de autoría o participación, sin perjuicio de lo atinente a los fines de la medida cautelar; (iii) la medida de aseguramiento se analiza a la luz de uno o varios delitos en particular, entre otras cosas porque, según el artículo 313 ídem, la prisión preventiva está reservada a unas determinadas conductas punibles; y (iv) por tanto, el estudio de esta temática solo puede realizarse a partir de

²⁹ Corte suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 15 de julio de 2003. Rad.: 17866. M. P. Dr.: Jorge Aníbal Gómez Gallego. Posición reiterada en decisión del 13 de junio de 2012. Rad.: 35331.

³⁰ Ley 906 de 2004. Art. 286



una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes debidamente estructurada.³¹

De lo anterior se colige que la formulación de imputación limita o determina el debate propio de la medida de aseguramiento y si bien es cierto corresponde al Juez de Control de Garantías imponer la medida de aseguramiento, esta decisión se encuentra supeditada a la solicitud de imputación cuya carga corresponde al Ente Acusador. En tal sentido, es responsabilidad de la Fiscalía realizar los actos de investigación idóneos para llevar al Juez a un grado de conocimiento, en inferencia razonable, sobre la responsabilidad de la procesada.

Como quiera que el Ente investigador, a la luz de lo dispuesto en los artículos 7 y 381, de la Ley 906 de 20014, se comprometió demostrar la responsabilidad del imputado más allá de toda duda, para imponer una sentencia de condena.

No obstante, en el presente caso como ya se advirtió, el Ente Investigador no logró desvirtuar la presunción de inocencia del aquí demandante, como lo precisa la sentencia absolutoria, por cuanto la absolución fue por duda, en aplicación del principio in dubio pro reo, más no porque haya demostrado plenamente su inocencia, por cuanto la Fiscalía se había comprometido desde la formulación de la imputación a demostrar más allá de toda duda, la responsabilidad penal de la indiciada, por la deficiencia probatoria.

Es por lo anterior que, cuando la Fiscalía incumple sus deberes probatorios, lo cual da lugar a que se deba absolver a la procesada no surge la responsabilidad del Estado respecto de la Nación - Rama Judicial, toda vez que, la privación de la libertad, tuvo origen en el caudal probatorio allegado inicialmente por el Ente investigador, en los que, por las deficiencias allí consignadas, el proceso no contó con las pruebas suficientes para ser tenidos como plena prueba y soportar una decisión condenatoria contra la aquí demandante.

Además, es pertinente resaltar que el proceso penal colombiano se caracteriza porque rige o se reconocido, entre otros, el **principio de progresividad**. Este ha sido reconocido y desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que precisamente es responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación verificar si para imputar (y consecuentemente solicitar una medida de aseguramiento) se encuentran los presupuestos exigidos por la Ley procesal penal. En tal sentido ha expresado la Sala Penal:

“Afirmar que la acción penal es técnicamente un ius ut procedatur o derecho a que se proceda no es una mera formulación teórica, sino que en la práctica supone reconocer la existencia de determinados momentos en el iter procedimental donde se va depurando la acusación. Precisamente por esta razón la acción penal, a diferencia de la civil, se caracteriza por ese desarrollo progresivo y escalonado, donde a través de una serie de opciones y decisiones jurisdiccionales se efectúa el control de la consistencia y fundamentación de la acusación.

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Decisión del 5 de junio de 2019. Rad.: 51007 M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar



En los diversos «escalones» del proceso penal la Fiscalía debe examinar previamente su fundabilidad. El primero de estos momentos o «escalones» viene constituido por el control jurisdiccional efectuado sobre los actos procesales de iniciación que determinan una imputación de parte. El grado de verosimilitud en que se funda este escalón es una simple posibilidad. Por ello el artículo 287 de la Ley 906 señala que la imputación se eleva cuando, de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se infiere razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. La imputación formal no sólo es una exigencia que posibilite el derecho de defensa (art. 290 ibídem), sino que cumple la función garantista de evitar, en un primer estadio, las acusaciones infundadas.»³² (negrilla fuera de texto)

En el presente caso existió una denuncia penal contra persona determinada realizada por el Padre de la menor la que inicialmente tuvo los elementos materiales probatorios para soportar la imposición de una medida de aseguramiento, sin embargo en el desarrollo del debate probatorio, del análisis del acervo probatorio surgieron muchas dudas, que en virtud del principio de progresividad, porque la Fiscalía en su labor no ahondó en la investigación respecto al abuso contra la menor, y frente a la deficiencia de pruebas para desvirtuar la presunción de inocencia, el Juez de Conocimiento, el Juez profirió sentencia absolutoria, por duda, más no porque haya declarado la atipicidad de la conducta.

Bajo el caso objeto de estudio, puede encontrarse que la Fiscalía General de la Nación posiblemente incurrió en errores los cuales llevaron a la absolución de la convocante. Lo que debía hacer la Fiscalía a través de sus representantes era realizar las respectivas labores de investigación para poder obtener material probatorio sólido y suficiente que permitirá al Juez de conocimiento obtener un grado de convencimiento sobre la responsabilidad penal del acusado, situación que en el caso concreto no ocurrió. Debía solicitar elementos de prueba que permitieran corroborar lo manifestado por quienes presenciaron la ocurrencia de los hechos, así como los que acreditaran los elementos subjetivos de las conductas acusadas, pues la materialidad de las conductas no se descartó. Es evidente que no bastaba con la información obtenida a través de terceros, sino que además podría ser recomendable haber recolectado más prueba documental.

La Ley 906 de 2004 impone la carga a las partes de realizar este tipo de solicitudes. En tal sentido el artículo 357 consagra:

“Durante la audiencia el juez dará la palabra a la fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

(...)

³² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 25 de abril de 2007. Rad.: 26309. M. P. Dr.: Yesid Ramírez Bastidas. Posición reiterada en: Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Decisión del 5 de junio de 2019. Rad.: 51007 M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar



Las partes pueden probar sus pretensiones a través de ellos medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso.”

Conforme a lo anterior se colige que la Fiscalía General de la Nación siendo la parte legitimada para solicitar las pruebas que sustenten su petición de condena, debía hacerlo en debida forma. De manera que siendo del Ente Acusador la carga procesal de demostrar la responsabilidad penal con elementos materiales de prueba admisibles y con el poder suasorio suficiente, también al no cumplir con esta carga ni desarrollar de manera idónea la practica probatoria, se puede atribuir la responsabilidad a esta Institución, de no lograr probar sus propias pretensiones por los mismos errores en que incurrió. Se puede evidenciar el desconocimiento del principio de progresividad den el caso concreto, pues antes de realizar los actos procesales de imputación, acusación y petición de condena en juico oral, la Fiscalía examinar la fundabilidad de estos, tal como lo ha desarrollado la jurisprudencia. Es decir, no bastaba solamente con lo presentado en audiencia de imposición de medida de aseguramiento, sino de obtener elementos de prueba que llevaran no a una inferencia razonable sino a un conocimiento más allá de toda duda.

En conclusión, la Corte Constitucional sentencia de unificación 072 de 2018, además de exponer que **la antijuridicidad del daño está determinada por una decisión restrictiva de la libertad abiertamente ilegal, desproporcionada, irracional, inapropiada o arbitraria**, precisó que bajo los derroteros del artículo 90 Constitucional y la sentencia C-037 de 1996, no puede aplicarse un régimen de responsabilidad riguroso e inmutable (objetivo) de manera general para los casos en que se alegue la privación injusta de la libertad, pues corresponde al juez de lo Contencioso Administrativo valorar el régimen de imputación aplicable de acuerdo a las particularidades del caso, considerando que el de falla del servicio (subjetivo) es el preponderante y general, y que el objetivo es excepcional y residual y solo aplica si el subjetivo resulta insuficiente para declarar la responsabilidad del Estado, pero, en todo caso, éste último debe aplicarse en casos en que la **absolución se funde en el principio de *in dubio pro reo*** o en la atipicidad subjetiva.

En el presente caso, es claro, de un lado, que las decisiones del Juez de Control de Garantías se sujetaron a lo previsto en el artículo 28 de la Constitución Política y en los artículos 306, 308, 310, 311 y 313 de la Ley 906 de 2004, en armonía con lo dispuesto en el numeral 11 del art 193 y 199 de la Ley 1098 de 2006, estuvieron fundadas en criterios de RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD y PONDERACIÓN, producto de los cuales se arribó a una **inferencia razonable**, soportada además en los elementos materiales probatorios que le fueron presentados por parte de la Fiscalía, al momento de las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, los cuales daban cuenta de la posible participación de la convocante frente al delito de estafa, por lo que el acto jurisdiccional restrictivo preventivamente de la libertad del hoy demandante fue en un todo legal y proporcional, consecuencia de la inferencia razonable, con lo que la decisión se reputa legítima y legal.

Razones por las que se considera que el **daño que alega el extremo demandante no tiene la calidad de antijurídico**, pues, tanto la decisión de privar preventivamente de la libertad al imputado, como la sentencia absolutoria confirmada en segunda instancia fueron consecuencia del agotamiento de los procedimientos y requisitos, tanto constitucionales, como legales, que la permiten y legitiman, en ejercicio del *ius puniendi* del Estado, y en procura de unos fines



superiores en los que prevalece el interés general, por ende, **se trató de un daño jurídicamente permitido.**

Finalmente, con base en lo dispuesto en la sentencia de la Corte Constitucional C - 037 de 1996, en la que se determinó, como COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL lo que realmente constituye el DAÑO ANTIJURIDICO, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 68 de la Ley 70 de 1996, bajo el entendido de que el término “INJUSTAMENTE” para efectos de solicitar la declaratoria de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de procedimientos legales, de tal forma que se entienda que la privación de la libertad no resultó apropiada, ni acorde con el ordenamiento jurídico, claramente arbitraria (ratio decidendi), razón por la cual, corresponde a la parte actora asumir la carga procesal de acreditar la ilegalidad de las decisiones, aspecto que en este caso no se encuentra acreditado, lo que desvirtúa la ANTIJURIDICIDAD deprecada.

CONDUCTA DEL PROCESADO

Según la versión de la menor el señor JHONNY RODOLFO BENAVIDES RODRÍGUEZ con su proceder contra la menor se expuso de manera imprudente a ser acusado, ante el Padre de la menor y este a dió aviso a las autoridades competentes, por lo que fue su actuar el que dio lugar a que en su contra se iniciara un proceso penal, es decir no actuó con la prudencia debida frente a la menor y sus compañeritos que ingresaron a la papelería a conectarse al internet, no actuó como un buen padre de familia y como un militar provisto de respeto, valores, por lo que actuó con culpa grave y a partir de lo prescrito por el artículo 63 del Código Civil, la culpa es la conducta reprochable de la víctima, por violación del deber objetivo de cuidado, al no prever los efectos nocivos de su acto o, habiéndolos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos. Reviste el carácter de culpa grave aquel comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, al paso que el dolo es asimilado a la conducta realizada con la intención de generar daño a una persona o a su patrimonio.

La responsabilidad directa de la víctima, fundamentada en su propia culpa, y por tal, estructurante del eximente de responsabilidad a favor de la Rama Judicial, tiene su fundamento en el artículo 70 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que a tenor literal, reza:

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

El Consejo de Estado, se ha referido a este tema en varias providencias, cuando expresó:

Mediante sentencia de 26 de marzo de 2008 Expediente 16.902, la Sala sostuvo que las hipótesis previstas por el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 ya derogado, mantienen vigencia para decidir la responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad cuando quiera que se encuentre acreditada cualquiera de ellas. Puede concluirse, entonces, que en los eventos en los que se produce la exoneración de responsabilidad del sindicado a través de sentencia



absolutoria o su equivalente, porque se demostró en el proceso que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, entre otros, la privación de la libertad se torna siempre injusta, pues no hay duda que la persona que permaneció privada de la libertad sufrió un daño el cual no estaba en la obligación de soportar, y que deberá ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política. Lo anterior, sin perjuicio de que el daño haya sido causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima, o en el evento de que ésta no haya interpuesto los recursos de ley, pues en esos casos el Estado quedará exonerado de responsabilidad.”³³ (Subrayado fuera del texto original.)

Postura Jurisprudencial que encuentra su reflejo en providencias anteriores, y que ha definido el Hecho de la Víctima, de la siguiente forma:

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

“... Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño....” (Sentencia del 25 de julio de 2002, Exp. 13744, Actor: Gloria Esther Noreña B).

Tesis sostenida por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, especificando su cabida, a la ocurrencia de los siguientes supuestos:

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

³³ Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03813-01(17741). Fallo del 25 de marzo de 2010. M.P. Myriam Guerrero de Escobar.



Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si el hecho del afectado es la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total. Por el contrario, si ese hecho no tuvo incidencia en la producción del daño, debe declararse la responsabilidad estatal. Ahora bien, si la actuación de la víctima concurre con otra causa para la producción del daño, se producirá una liberación parcial, por aplicación del principio de concausalidad y de reducción en la apreciación del daño, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2357 del Código Civil.” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de Abril de 2005, C.P: Dr. Ramiro Saavedra Becerra, Radicación No. 1994-00103).

Siendo así las cosas, este eximente de responsabilidad rompe el nexo de causalidad respecto a la responsabilidad de la Rama Judicial.

4.- PRUEBAS Y PERJUICIOS

La parte actora solicita indemnización de perjuicios, materiales, morales, a la vida de relación y a los derechos constitucionalmente protegidos, los cuales no hay lugar a su reconocimiento, con base en los argumentos de hecho y de derecho anteriormente expuesto.

Pruebas de la parte demandada

La Nación - Rama Judicial, con todo respeto solicita se tenga en cuenta el Oficio DEAJALO21- 127 del 19 de enero de 2021 con el que se solicitó el proceso penal No. 91001-60-01-509-2015-00061-00, al Juzgado 2 Promiscuo del Circuito con Función de Conocimiento de Leticia – Amazonas.

5.- ANEXOS

1.- Copia de la Resolución No. 5393 del 16 de agosto de 2017, por medio de la cual el Director Ejecutivo delega la función de Representación Judicial de la Nación - Rama Judicial en la Directora Administrativa de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal y Copia de la Resolución No. 7361 del 3 de noviembre de 2016 mediante la cual se nombra en propiedad a la doctora BELSY YOHANA PUENTES DUARTE como Directora Administrativa de la División de Procesos de la Dirección Ejecutiva de Administración judicial y Acta de posesión del 30 de noviembre de 2016.

6.- NOTIFICACIONES

Ministerio Público: Procurador Judicial Administrativa Dra. María Cristina Muñoz Arboleda: procjudadm79@procuraduria.gov.co
Apoderado parte actora: abogado Harold Ocampo Camacho, correo: notificaciones.oa@gmail.com. Celular: 320-9638099.



Fiscalía General de la Nación: jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co.

Las personas las recibiré en la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Calle 72 No.7 - 96 Piso 8º. Tel. 3127011 Ext. 705661 de Bogotá D.C. o en el buzón electrónico de notificaciones: Correo electrónico: notifdeaj@deaj.ramajudicial.gov.co o al mi correo institucional: jdazat@deaj.ramajudicial.gov.co Celular: 320-4685184.

De la Señora Juez,

JESÚS GERARDO DAZA TIMANÁ

C.C. No 10'539.319 de Popayán.

T.P. No 43.870 del C. S. de la J.

Correo: jdazat@deaj.ramajudicial.gov.co

Cel: 320-4685184.



Señor:

JUEZ SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. – SECCIÓN TERCERA.

Sede Judicial del CAN – Carrera 57 N° 43 – 91 Piso 5°

E. S. D.

ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

RADICADO: 1001 3343 060 2020 00211 00

DEMANDANTE: JHONY RODOLFO BENAVIDES RODRIGUEZ.

DEMANDADO: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO.

FERNANDO GUERRERO CAMARGO, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 74.081.042 de Sogamoso., con Tarjeta Profesional N.º 175.510 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderada especial de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, conforme al poder adjunto, por medio del presente escrito, de manera oportuna procedo a **CONTESTAR** la demanda que, en ejercicio del medio de control de reparación directa, a través de apoderado, instauran el señor **JHONY RODOLFO BENAVIDES RODRIGUEZ.**

1. OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Dentro del término establecido en el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P., procedo a contestar la presente demanda. La demanda fue notificada electrónicamente el diez (10) de noviembre de 2020.

2. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

HECHO UNO al SIETE. Son hechos referentes al pasado del señor **BENAVIDES**, por lo tanto, me abstengo de hacer manifestación alguna.

HECHO OCHO al ONCE. parcialmente cierto, por lo siguiente: Es cierto que el señor **JHONY RODOLFO BENAVIDES RODRIGUEZ.** fue objeto de captura, pero no es cierto que dicho procedimiento haya sido por orden de la Fiscalía General de la Nación, toda vez que la orden de captura fue expedida por un Juez Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, y dicha orden la cumplió miembros de la Policía Nacional, pues son quienes tienen asignada dicha función.

HECHO DOCE al DIECISIETE. Estos hechos no le atañen a mi representada, pues no somos nosotros los encargados de administrar el sistema penitenciario del país, después que el Juez imparte la orden de la medida de aseguramiento, es la Policía y el Inpec, quienes tienen a cargo los presos del país, por consiguiente, son estas entidades las que deben entrar a responder por no dar un trato digno al demandante en su condición de discapacitado.

HECHO DIECIOCHO y SIGUIENTES. Son los Jueces de cada instancia quienes negaron tales peticiones hechas por los diferentes apoderados del señor **JHONY RODOLFO BENAVIDES RODRIGUEZ**, y finalmente el fallo absolutorio se da con ocasión a la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, mas no por atipicidad de la conducta.

3. A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Me opongo a cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda, porque considero que en el presente caso no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar responsabilidad extracontractual en cabeza de mi representada por las siguientes razones:

3.1. PRINCIPIO PRO INFANS.

En primer lugar y teniendo en cuenta que la presente litis tiene como pretensión que se declare administrativamente responsable a las entidades demandadas con ocasión de una supuesta injusta privación de la libertad del señor **JHONY RODOLFO BENAVIDES RODRIGUEZ**, investigado por los hechos denunciados que ocurrieron el 19 de junio de 2016, en una papelería e internet de propiedad del hoy demandante.

Como quiera que resultó involucrada una menor de edad, al respecto el Consejo de Estado en Sentencia del 14 de agosto de 2014 radicado 66001-23-31-000-2004-01278-01(34670) M.P. Hernán Andrade Rincón, se refirió **al alto impacto social de los delitos investigados cuando están inmersos** bienes jurídicos que amparan los derechos fundamentales de los niños.

En sentencia del 1º de agosto de 2016¹, ese Alto Tribunal en un caso relacionado con una privación de la libertad por delito sexual en contra de un menor de edad, hizo un análisis sobre la violencia infantil, **de los deberes que tienen las autoridades judiciales de investigar y sancionar cuidadosamente este tipo de asunto** y de la **protección reforzada de niños, niñas, adolescentes, víctimas o testigos de delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexual**.

En dicha sentencia se hizo énfasis en el principio *pro infans*², que impone la obligación de actuar en pro de la protección de los menores. Principio que se

¹ Consejo de Estado, Sentencia del 1º de agosto de 2016, radicado 20001233100200800263-01, Consejo Ponente: Ramiro Pazos Guerrero.

² Siendo así, es claro el dolo del actor contra una menor de edad, respecto de la que existen los inexcusables deberes de i) proteger sus derechos y hacerlos prevalecer sobre los de los demás, para lo cual deben tenerse en cuenta, entre otros, el principio *pro infans* que le imponía la obligación de actuar en pro de la protección de su interés superior y la prohibición de suministrarle bebidas embriagantes que el ordenamiento impone como medida para proteger su integridad —art. 44 constitucional—; ii) considerar su situación de vulnerabilidad e indefensión y iii) no someterla a discriminaciones odiosas en razón del género —artículos 13 y 43 constitucionales—, en especial, abstenerse de actuar prevalecido en estereotipos, así en el medio social y cultural reciban

sustenta en tres premisas: (i) El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo, (ii) La protección de los menores en el marco de la violencia sexual y, (iii) El contexto de la violencia y el abuso de menores en Colombia. Y es que la Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de iniciar la investigación y es además el fundamento de la ruptura de la obligación de reparar al reclamante que invoca como hecho generador de la privación supuestamente injusta de la libertad.

Este principio ha sido valorado por el Consejo de Estado en los casos que impliquen delitos sexuales contra menores de edad y ha derivado en absolución de la Fiscalía General de la Nación en algunos procesos promovidos en ejercicio del medio de control de reparación directa.

Asimismo, en el proceso con radicado 4393617001233100020080031701, el Consejo de Estado señaló que la duda sobre la veracidad de los testimonios de los menores se debe resolver a favor del menor. Es decir, debe prevalecer la versión proveniente del menor, debidamente mediada por el psiquiatra forense.

En el mismo sentido, en el proceso 70001-23-31-000-2001-01472-01(37216), el Consejo de Estado tuvo en cuenta la existencia de la declaración de la menor y la existencia de pruebas médicas donde se determinó que la menor tenía una enfermedad venérea, para absolver a las entidades demandadas y en el proceso 4393617001233100020080031701, el Consejo de Estado enfatizó que a la menor de edad se le practicó un dictamen pericial por parte de un psiquiatra forense, que el dictamen concluyó que no había motivos para descreer de lo declarado por la menor, que la menor de edad se encontraba a cargo del denunciante, estos argumentos sustentaron la absolución de las entidades demandadas.

El desarrollo de la figura en el ámbito contencioso administrativo ha sido netamente jurisprudencial, haciendo que el juez administrativo estudie dentro del contexto de las investigaciones penales, la necesidad de dar credibilidad a las declaraciones de los menores, con el fin de evitar su revictimización, que es independiente de las conclusiones a las que se haya llegado dentro del proceso penal.

3.2. LA FISCALÍA OBRÓ EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL, DE CONFORMIDAD CON EL CONTENIDO NORMATIVO Y FINALIDAD LA LEY 906 DE 2004 Y EN CONSECUENCIA NO PUEDE PREDICARSE FALLA EN EL SERVICIO ATRIBUIBLE A ESTA ENTIDAD.

La providencia que decretó la ABSOLUCIÓN a favor de CARLOS ALBERTO SILVA MARTÍNEZ, además de que claramente señala la configuración del apotegma del *in dubio pro reo*, significa el cumplimiento, por parte de cada uno de los funcionarios que participó dentro del proceso, de sus funciones contempladas en la Ley 906 de

aprobación. Lo anterior acorde con el artículo 21 del Código del Menor, vigente para la época de los hechos.”

2004. Se hace claridad sobre los roles que cumple la policía judicial, los fiscales y los jueces, así:

1. Se comienza el proceso con el conocimiento de la probable ocurrencia de una conducta delictiva y a la policía judicial le corresponde realizar “actos de indagación o investigación” (artículo 205 de la Ley 906 de 2004).
2. El resultado debe ponerse en conocimiento del fiscal que dirige la investigación, quien debe adelantar el plan metodológico, en el cual se deben establecer los objetivos de la investigación teniendo en cuenta la naturaleza de la “hipótesis delictiva”.
3. Recolectadas las pruebas, se presenta formulación de imputación (artículo 286 de la Ley 906). En esta etapa es que se puede afirmar que inicia la investigación, en la cual, tanto la defensa como el fiscal recopilan pruebas.
4. Luego se presenta la acusación, etapa en la cual la defensa puede conocer las pruebas con las que cuenta la Fiscalía (artículos 339 y ss. de la Ley 906).
5. Se realizan los actos preparatorios del juicio oral con la audiencia de formulación de acusación y la audiencia preparatoria (artículos 356 y ss. de la Ley 906).
6. Juicio Oral. Tal como se reconoce en esta sentencia, en la fase investigativa no puede hablarse propiamente de “pruebas”, porque adquieren esta connotación sólo en el debate público. Por lo tanto, el juicio oral se constituye “en el centro de gravedad del proceso penal”.

Hay que tener claro que el proceso penal contemplado en la Ley 906 de 2004, tiene una filosofía acusatoria diferente al anterior *“debido a que la concepción del proceso penal como proceso de partes involucra justamente las nociones de la duda (decisión más allá de toda duda razonable), en calidad de variables que son incontrolables por parte del fiscal si la actividad de la defensa es lo suficientemente profesional como para quitarle piso a una acusación (...). Los conceptos penales nuevos, creados por la Ley 906 de 2004, requieren una adaptación en la teoría de la responsabilidad administrativa debido a que el proceso penal está más librado a las partes que al propio Estado en la demostración de la responsabilidad penal”*³³

Por lo tanto, no se puede pretender que el Fiscal desde el comienzo del proceso pueda definir a ciencia cierta sobre la responsabilidad del investigado, porque existe un debate probatorio para tratar de establecer la verdad de los hechos y es al Juez a quien le corresponde integrar todo el material probatorio y decidir según los

³³ PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD – Documentos Especializados de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mayo de 2013, página 57.

principios de hermenéutica jurídica en materia penal, es así que hasta en el juicio oral puede solicitar la absolución del investigado, tal y como sucedió en el caso que nos ocupa sin llegar a incurrir en falla alguna, toda vez que como se ha venido mencionado, todos los procedimientos se hacen bajo la dirección, orientación y visto bueno del Juez de Garantías o de Conocimiento, según la etapa del proceso que se esté desarrollando.

3.3. IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – NO FUE DESPROPORCIONADA NI VIOLATORIA DE LOS PROCEDIMIENTOS LEGALES.

En la sentencia C-037 de 1996 la Corte estudió la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Al revisar la constitucionalidad del artículo 68, que establece la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, esa Corporación señaló que el término "*injustamente*" debe entenderse en referencia a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales. Es decir, debe ocurrir, de manera evidente, que la privación de la libertad no fue apropiada, ni razonada, sino que resultó manifiestamente arbitraria.

Esa Corporación precisó también que para efectos de aplicar esa disposición estatutaria y, en consecuencia, declarar responsable al Estado en los asuntos de privación injusta de la libertad, se deben observar los parámetros antes enunciados y, en todo caso, realizar un análisis sobre la razonabilidad y proporcionalidad de las circunstancias en las que se produjo la privación de la libertad¹. Es decir, no puede aplicarse un estándar de responsabilidad objetiva, sino que debe efectuarse un análisis de cada caso con el fin de establecer las condiciones concretas en las que se produjo la actuación de las autoridades y determinar el mérito que exista para declarar su responsabilidad.

Estas consideraciones fueron puestas de presente por la Corte Constitucional en el comunicado N°. 25 del 5 de julio de 2018 que se refirió a la Sentencia SU- 072 de 2018 en los siguientes términos:

"Concluyó la Corte que determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia —aplicación del principio in dubio pro reo—, el Estado debe ser condenado de manera automática, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo del juez que determine si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede el precedente constitucional fijado por la Sala Plena —con ocasión del control integral y automático de constitucionalidad de la que sería la Ley 270 de 1996— concretamente en la sentencia C-037 de 1996"⁴.

⁴ Corte Constitucional, Secretaría General. Comunicado No. 25 del 5 de julio de 2018.

En el mismo sentido, se pronunció el Honorable Consejo de Estado en sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018, en donde indicó:

*“De conformidad con lo anterior, como la indemnización se abre paso cuando se demuestre que la privación de la libertad del procesado fue injusta, podría no ser admisible ni justo con el Estado —el cual también reclama justicia para sí— que se le obligara a indemnizar a quien ha sido objeto de la medida de detención preventiva cuando para la imposición de esta, se han satisfecho los requisitos de ley ni cuando a pesar de haber intentado desvirtuar la duda mediante la práctica de pruebas, no se ha podido obtener o lograr ese objetivo, es decir, cuando sobre el investigado persisten dudas acerca de su participación en el ilícito y, por lo tanto, también persisten respecto de lo justo o injusto de la privación de la libertad, caso en el cual, **si el juez verifica que se cumplieron los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una persona, como aquellos de que tratan los ya citados artículos 28 y 250 constitucionales (inclusive este último después de la modificación que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002), las normas de procedimiento penal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mal puede imponer una condena en contra de este último.***

Así las cosas, se insiste, resultaría incoherente que el Estado tuviera que indemnizar automática o indefectiblemente por una privación de la libertad impuesto, incluso, por la aplicación del mencionado sustento constitucional, pues para nada es lógico y sí más bien es absurdo pensar y aceptar que la propia Constitución Política exige a la Fiscalía adoptar —a solicitar al Juez— medidas de aseguramiento, como la detención domiciliaria a la detención preventiva u otras que —en las voces de la jurisprudencia de esta Corporación— implican la pérdida jurídica de la libertad, como por ejemplo (...), para garantizar la comparecencia del investigado al proceso —como lo exigen las normas transcritas— y que dicho organismo, sin embargo, por satisfacer ese deber y por obedecer el mandato que le imponía el artículo 6 del derogado Decreto 2700 de 1991 —el cual establecía que los funcionarios judiciales debían someterse al imperio de la Constitución y de la Ley—, se vea obligado a pagar indemnización cuando deba levantar la medida, lo cual, como se vio unos párrafos atrás, para nada implica la imposición de una sanción o condena”

En el caso objeto de estudio, la decisión de solicitar la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad en contra del hoy demandante **JHONY RODOLFO BENAVIDES RODRIGUEZ** cumplió con las exigencias legales y constitucionales establecidas para proceder en este sentido.

Nótese que la *ratio decidendi* de la sentencia absolutoria proferida por el Juez Veintitrés (a favor del hoy demandante **JHONY RODOLFO BENAVIDES RODRIGUEZ** claramente señala la configuración del apotegma de ***in dubio pro-reo***, al concluir que:

*“(…) entonces, como el mismo médico lo dice que él, es decir, **no se puede descartar lo relatado por la menor**, pero el hecho de que no se descarte*

*no quiere decir que se deba aceptar como cierto, entonces ahí surge la duda, pueda (Sic) que haya sido cierto lo que manifestó la menor, como pueda que haya sido mentiras (Sic), y entonces —repito— esa es la duda que, pues, lamentablemente no se pudo dilucidar dentro del juicio oral, y a hacer la valoración probatoria pues **el Despacho encuentra que le asiste razón a la señora Fiscal cuando solicita la sentencia absolutoria en favor del aquí procesado, por duda**, en la medida en que —repito— no fue posible, por la no concurrencia de la misma víctima y de su progenitora, como denunciante, para que estas hubieran declarado dentro del juicio y de esa manera hubiesen aclarado las cosas tal y como supuestamente se presentaron. En este sentido, pues, atendiendo la sentencia 43.837 de mayo 25 del año en curso, con ponencia del doctor Enrique malo Fernández, éste Despacho considera que si bien, anteriormente, es decir, antes de esta decisión jurisprudencial, la petición de los fiscales de sentencia absolutoria (Sic), formulada equivalía al retiro de cargos, lo cual implicaba que el Juez no tenía necesidad ni siquiera de entrar a hacer valoración probatoria; ahora, a partir de la sentencia 43.837 de mayo 25 del año en curso, con ponencia del doctor Enrique malo Fernández, el Juez de Conocimiento puede rechazar las peticiones de absolucón de la Fiscalía (Sic), para lo cual debe, necesariamente, hacer valoración probatoria y si encuentra que la petición de la Fiscalía no se adecúa a la situación fáctica, que ha sido probada, deberá apartarse de dicha solicitud y eventualmente proferir sentencia condenatoria. En este caso, pues esa situación no ocurre porque realmente al analizar las pruebas que fueron aducidas dentro del presente juicio, pues, las mismas no ofrecen certeza para condenar al aquí procesado, el señor Carlos Alberto Silva Martínez, razón por la cual —repito— **la sentencia será de carácter absolutorio por duda** (...)" (Subrayado y resaltado fuera del texto)*

3.4. INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL.

El nexo causal es la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado. La jurisprudencia ha establecido que para poderle atribuir un resultado a una Entidad y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es necesario definir si aquel aparece ligado a esta por una relación de causa-efecto.

En Colombia legalmente no existe una norma que le de prevalencia a una teoría de causalidad. Entre las teorías reconocidas por el H. Consejo de Estado y la doctrina se encuentra *la teoría de causalidad adecuada y la imputación objetiva*. Conviene recordar que anteriormente fue aceptada la teoría de equivalencia de condiciones.

No obstante, lo anterior, el H. Consejo de Estado le ha dado prevalencia a la teoría de causalidad adecuada, a saber:

“En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión, por parte de una autoridad pública, en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, la Sala ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligatorio que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo

*implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro. Ahora bien, una vez se ha establecido que la entidad responsable no ha atendido —o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa— al referido contenido obligacional, esto es, se ha apartado —por omisión— del cabal cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, **es menester precisar si dicha ausencia o falencia en su proceder tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño atendiendo, de acuerdo con la postura que reiteradamente ha sostenido la Sala, a las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada. En el mismo sentido hasta ahora referido, es decir, en el de sostener que se hace necesaria la concurrencia de dos factores para que proceda la declaratoria de responsabilidad del Estado en estos casos —la constatación de la ocurrencia de un incumplimiento omisivo al contenido obligacional impuesto normativamente a la Administración, de un lado, y la relación causal adecuada entre dicha omisión y la producción del daño, de otro.** En suma, son dos los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión, como en el presente caso: en primer término, la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública o que ejerza función administrativa y a la cual ésta no haya atendido o no haya cumplido oportuna o satisfactoriamente; y, en segundo lugar, la virtualidad jurídica del eventual cumplimiento de dicha obligación, de haber interrumpido el proceso causal de producción del daño, daño que, no obstante no derivarse —temporalmente hablando— de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar de no haberse evidenciado ésta (...)*⁵

En esta Litis, bajo la teoría de la causalidad adecuada, no se presenta el nexo causal entre el supuesto daño alegado y la actuación del Ente investigador, pues la causa eficiente de la privación de la libertad fue la imposición de la medida de aseguramiento y no la solicitud.

Es claro que en el procedimiento penal regulado en la Ley 906 de 2004, quedó en cabeza del Juez de Control de Garantías la facultad jurisdiccional para imponer la medida de aseguramiento y quedó reducido la facultad del Ente Instructor en

⁵ Sentencia de septiembre once de mil novecientos noventa y siete; consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Radicación número: 11764; Actor: Olimpo Arias Cedeño y otros; Demandado: La Nación- Ministerio De Obras, Intra y Distrito Especial de Bogotá. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre once de mil novecientos noventa y siete; consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Radicación número: 11764; Actor: Olimpo Arias Cedeño y otros; Demandado: La Nación- Ministerio De Obras, Intra y Distrito Especial De Bogotá. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002); Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación: 05001-23-31-000-1993-0621-01(12789); Actor: Argemiro de Jesús Giraldo Arias y otros; Demandado: Municipio de Medellín; Sentencia del veinte y cinco de julio; Consejero Ponente María Elena Giraldo Gómez; Radicación número 13811; Actor: Jaime de Jesús Munera Munera; Demandado: La Nación Ministerio de Transporte y otros. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección “A”. Consejera Ponente: (E) Gladys Agudelo Ordóñez. Sentencia del 26 de enero de 2011. Radicación número: 540001-23-31-000-1994-08665-01 (18965).

presentar la solicitud; siendo la causa adecuada o próxima al daño alegado la actuación del Juez de Control de Garantías.

En este orden de ideas, el Juez administrativo debe preguntarse: ¿LA SOLICITUD DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO TIENE LA FUERZA DE PRIVAR DE LA LIBERTAD A UN IMPUTADO DENTRO DE UN PROCESO PENAL?, ¿LA SOLICITUD REALIZADO POR LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN TIENE FUERZA VINCULANTE PARA EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS?

Al responder los anteriores interrogantes, es palpable que no tiene el mismo valor la solicitud de la medida de aseguramiento y la imposición de la medida de aseguramiento, pues solo la última actuación tiene la fuerza de producir un daño antijurídico.

Jurídicamente, se podría llegar a una conclusión distinta en aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, sin embargo, esta teoría ha sido abandonada por el H. Consejo de Estado en los siguientes términos:

“(…) La Sala debe preguntarse sobre si ¿las conductas demostradas de los demandados fueron causa determinante y eficiente en la producción del daño sufrido por los actores? Sobre el particular se observa que las pruebas de demostración de las conductas de los demandados, no es a su vez prueba de la relación causal. Particularmente los demandantes alegaron indirectamente que debe aplicarse para la determinación del nexo causal la teoría de “la equivalencia de las condiciones” y no la teoría de “la causalidad adecuada”, pues cree que la mera conducta, o de falla o de riesgo, son causales en la producción del daño. Por tanto, para la Sala es indispensable señalar cómo no toda conducta referida a un daño puede entenderse como causal en su producción. La jurisprudencia ha insistido en tal punto; para ello recuerda que sobre el nexo de causalidad se han expuesto dos teorías; la primera de la equivalencia de las condiciones, según la cual, todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo. Esta teoría fue desplazada por la de causalidad adecuada, en la cual se considera que el daño fue causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo; se ha exigido, en consecuencia, que ese hecho sea relevante y eficiente. (…)” (Sentencia del 25 de julio de 2002, Radicado interno 13811 C.P. María Elena Giraldo Gómez)

Igualmente, en Sentencia del 26 de enero de 2011, indicó lo siguiente:

“Para la Sala es importante resaltar que no todas las acciones que anteceden a la producción del daño son causas directas del mismo, como se plantea en la teoría de la equivalencia de las condiciones, es un sinsentido otorgarle igual importancia a cada hecho previo a la producción del daño, lo relevante es identificar cuál acción fue la causa determinante, principal y eficiente del hecho dañoso, de lo contrario, se llegaría al absurdo de que la consecuencia o daño, sería la sumatoria de todos los antecedentes, haciendo un retorno al infinito”. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección “A”. Consejera Ponente:

(E) Gladys Agudelo Ordóñez. Sentencia del 26 de enero de 2011. Radicación número: 540001-23-31-000-1994-08665-01 (18965)).

Finalmente, se encuentra la teoría de la imputación objetiva, en donde el elemento “nexo causal” no es autónomo y se encuentra inmerso en el término de imputación. El Consejo de Estado ha señalado:

*“Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al Estado son: a) El daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Es, pues **“menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’**”.* (Sentencia de 13 de julio de 1993). *En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”.* (Negrilla fuera de texto. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643)

Asimismo, el Consejo de Estado en sentencia del 19 de agosto de 2011, señaló lo siguiente:

*“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio —simple, presunta y probada—; daño especial —desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal—; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. (...) Sin duda, **en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las —estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que —parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”** (CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de agosto de 2011. Expediente: 63001-23-31-000-1998- 00812-01(20144). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.)*

Como la Fiscalía no es quien impone la medida de aseguramiento ni tiene la facultad de hacerlo, no se puede imputar ni fáctica ni jurídicamente el daño alegado.

4. RESPECTO A LOS SUPUESTOS PERJUICIOS.

Es evidente que la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva, esto es, la privación de la libertad del señor **JHONY RODOLFO BENAVIDES RODRIGUEZ**, no fue antijurídica, porque al margen del curso de la investigación y del sustento fáctico y jurídico de la absolución que del implicado hizo el Juez de Conocimiento, se prueba que el caudal probatorio fue suficiente para reunir las condiciones objetivas que llevaron al Ente investigador a solicitar dicha medida de aseguramiento, y al Juez de Control de Garantías a imponerla.

Conviene traer a colación la tesis jurisprudencial sentada por el H. Consejo de Estado⁶ en el sentido que, “(...) **puede llegar a ocurrir que estén reunidas las condiciones objetivas para resolver la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento de detención preventiva e, incluso, para proferir resolución de acusación en su contra y que, finalmente, la prueba recaudada permita absolverlo o resulte insuficiente para establecer su responsabilidad penal, (...) pero nada de ello implica, por sí mismo, que los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan sido necesariamente desvirtuados en el proceso penal y que la privación de la libertad haya sido, por tanto, injusta. (...)**”

El máximo órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha sido claro al señalar que las medidas a través de las cuales se puede restringir la libertad de un ser humano son de carácter constitucional y legal, y su carácter preventivo y excepcional hacen que se puedan imponer, siempre y cuando se cumplan de manera irrestricta los requisitos que para el caso se exigen, todo lo cual, mientras se define la responsabilidad del investigado.⁷

Si bien es cierto, la indemnización por el daño (privación injusta de la libertad) se concreta cuando se demuestra que éste fue injusto, también lo es que no es justo para la Fiscalía General de la Nación que en el sub examine se le obligue a indemnizar a los demandantes, máxime cuando para la solicitud de imposición de la medida se satisficieron los requisitos de ley, y al margen de que el Ente investigador intentó desvirtuar la duda mediante la práctica de pruebas, sin haber podido lograr dicho objetivo. En este evento, “(...) *si el juez verifica que se cumplieron los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una persona, como aquellos de que tratan los ya citados artículos 28 y 250 constitucionales (inclusive este último después de la modificación que le introdujo el Acto Legislativo 03 de 200254), las normas de procedimiento penal y la Convención Americana*

⁶Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Expediente: 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947)

⁷ Ibidem.

sobre Derechos Humanos, **mal puede imponer una condena en contra de este último**".⁸

Daños morales.

De acuerdo con los argumentos fácticos, legales y jurisprudenciales antes expuestos, y las pruebas que se encuentran en el expediente, no se evidencia en el sub examine, que el proceder de la Fiscalía General de la Nación pueda catalogarse como falla del servicio que haya afectado gravemente los derechos fundamentales del señor **JHONY RODOLFO BENAVIDES RODRIGUEZ**, y de las personas que reclaman indemnización, que permita inferir el posible reconocimiento de indemnizaciones por perjuicios morales, más aún cuando está demostrado que el demandante fue absuelto por configurarse el principio de **IN DUBIO PRO REO**, sin que ello signifique que se configure la responsabilidad patrimonial de la Administración, porque —se insiste— en el sub examine está plenamente acreditada la actuación legal de la Fiscalía General de la Nación, y que dentro del proceso que se adelanta en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se constituye en circunstancia que exime de responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación, por la presunta privación injusta de la libertad que se demanda.

No obstante, en el evento que el señor Juez Administrativo determine condenar a la Fiscalía General de la Nación, respetuosamente solicito que para cuantificar la indemnización por perjuicios morales derivados de la privación injusta de la libertad, se dé aplicación a los parámetros jurisprudenciales sentados por el H. Consejo de Estado, teniendo en cuenta para el efecto, el período de privación del referido derecho fundamental y el nivel de afectación, esto es, de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño y aquellos que acuden a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en calidad de presuntos perjudicados o víctimas indirectas.

Daños materiales.

El demandante solicita se le reconozca el **lucro cesante**, que corresponde a unos supuestos ingresos que dejó de percibir como “reciclador” durante el tiempo de privación de la libertad, circunstancia que no está probada.

5. EXCEPCIONES.

Para que sean declaradas al momento de proferir sentencia en el presente proceso y si a ese evento se llegare, propongo las siguientes excepciones:

1.- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA MATERIAL.

⁸CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA. CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Expediente: 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947)

De acuerdo a lo previsto por el actual sistema penal acusatorio cuyo procedimiento regula la **Ley 906 de 2004**, respecto a la detención, la Fiscalía General de la Nación es quien asume el papel acusador frente a conductas punibles, más no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo este el fundamento principal que conlleva a que en el presente caso la Fiscalía quede EXIMIDA de responsabilidad frente a una detención calificada por los solicitantes como falla del servicio, pues la legalidad fue avalada por el respectivo juez competente.

El sistema penal acusatorio vigente en casos como el que nos ocupa impide que sea la Fiscalía quien decida sobre la detención, al punto que, como se vislumbra de la norma jurídica y lo enseñado por la jurisprudencia, la solicitud del Fiscal de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad debe ser avalada y controlada por el Juez de Garantías, y posteriormente también advierte la eventual responsabilidad de éste y del juez de conocimiento en una posible irregularidad. Así lo advierte la H. Corte Constitucional, quien con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad en la que se examinaron las características esenciales de la figura del juez de control de garantías, señaló:

*“(...) En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ejercicio de esta competencia, los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica. Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos estos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso. **Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado.** Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento. (...).*

Ante el juez de conocimiento, por su parte, se presenta el escrito de acusación con el fin de dar inicio al juicio público, oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías; se solicita la preclusión de la investigación

cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar; y se demanda la adopción de las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas”. Sentencia C-1092 de 2003, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Conforme a las anteriores enseñanzas y a otras similares que están recogidas en las sentencias C-873 de 2003, C-591 de 2005 y C-730 de 2005, que refieren a los elementos esenciales y las principales características del nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, introducido mediante el acto legislativo 03 de 2002, que reformó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, se concluye que ya la Fiscalía no puede resultar responsable por los daños antijurídicos que se le imputen por “detención injusta”, sencillamente porque esta Entidad no es la encargada de asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal. En el último fallo aludido (sentencia C-730 de 2005), la Corte Constitucional dijo que la Fiscalía General de la Nación, “ahora únicamente puede solicitar la adopción de dichas medidas al juez que ejerza las funciones de control de garantías, con la misma finalidad de asegurar la comparecencia de los imputados, así como para garantizar la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas. Se trata, así, de una atribución que ha sido trasladada por el constituyente a un funcionario judicial independiente”.

Señala el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 lo siguiente:

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

Del artículo transcrito se observa que se encuentra dentro de la discrecionalidad del JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS decretar la medida de aseguramiento.

En la *Ratio decidendi* de las sentencias del 30 de junio del 2016, del 26 de mayo de 2016, del 24 de junio de 2015 entre otras, el Honorable Consejo de Estado señaló que la Fiscalía General de la Nación no tiene la capacidad jurisdiccional para imponer la medida de aseguramiento y que por lo tanto no está llamada a responder en los casos de privación injusta bajo la Ley 906 de 2004. El H. Consejo de Estado, expresó:

“(...) Según se dejó indicado en los antecedentes de esta providencia, el libelo introductorio se dirigió contra la Fiscalía General de la Nación y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Sobre el particular, la Sala estima necesario reiterar el criterio expuesto en sentencia proferida el 24 de junio de 2015, según el cual si bien cada una de las entidades demandadas ostentan la representación de la Nación en casos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por hechos imputables a la Administración de Justicia (inciso segundo del artículo 49 de



la Ley 446 de 1998 y numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996), lo cierto es que las decisiones que se discuten en el presente litigio y que habrían ocasionado el daño por cuya indemnización se reclama, fueron proferidas por la Rama Judicial (representada por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial), razón por la cual una vez efectuado el recuento probatorio, se concretará si el aludido daño antijurídico reclamado se encuentra acreditado y, de estarlo, se establecerá si el mismo le resulta imputable a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la cual fue debidamente notificada y representada.

En efecto, con la expedición de la Ley 906 de 2004 —Código de Procedimiento Penal— el Legislador articuló el proceso penal de tal manera que buscó fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, como de instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar dentro de la acción penal, por lo que, suprimió del ente investigador —Fiscalía— la facultad jurisdiccional, la cual venía ejerciendo por disposición de los antiguos Códigos de Procedimiento Penal —Decreto Ley 2700 de 1991 y Ley 600 de 2000—

Así las cosas, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, las decisiones que impliquen una privación de la libertad, son proferidas por los Jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal, como en efecto ocurrió en este caso mediante el auto proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Armenia con funciones de control de garantías que declaró la legalidad de la captura, según se desprende del oficio No. CCSJ-0095 expedido por la Coordinación del Centro de Servicios Judiciales.

Así pues, en el asunto sub examine la decisión que llevó a la privación de la libertad del señor Pedro Pablo Palacio Molina, si bien es cierto fue solicitada por la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que dicho ente no tenía la potestad de decidir sobre la privación de la libertad del ahora demandante, cosa que sí le correspondía a la Rama Judicial, por encontrarse dentro de sus funciones jurisdiccionales, razón por la cual, forzoso resulta concluir que en el presente asunto y, a la luz de las nuevas disposiciones penales, no es posible endilgarle responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación. (...)” (Sentencia del Consejo de Estado, Consejo Ponente Hernán Andrade Rincón, radicado 63001-23-31-000-2009-00025-01(41573), del 26 de mayo.) (Negrilla y cursiva fuera de texto)

Posiciones ratificadas en sentencia de junio de 2016, donde señaló:

“Así las cosas, a la luz de las disposiciones consagradas en la normativa procesal Penal vigente, la facultad jurisdiccional se encuentra radicada única y exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, los únicos que pueden tornar la decisión de privar a una persona de su libertad son los Jueces, ya sean de conocimiento o en función de control de garantías, tal y como en efecto sucedió.” (Sentencia del 30 de junio de 2016, radicado 63001 -23-31-000-2009-00022-01 (41604), C.P. doctora Marta Nubia Velásquez Rico)”



En este orden de ideas y teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales antes citados, ruego al señor Juez, declarar probada la presente excepción, absolver de todas las pretensiones a la Fiscalía General de la Nación y condenar en costas a los demandantes.

2.- LA GENÉRICA.

Todas y cada una de las que resulten probadas dentro del proceso y que debe decretar de oficio el señor Juez.

4. ANEXOS.

1. Poder para actuar, debidamente conferido por la Fiscalía General de la Nación.
2. Anexos del poder.

5. NOTIFICACIONES.

Las recibiré en la Diagonal 22 B N° 52 - 01, Edificio C, piso 3, Ciudad Salitre, Bogotá, Dirección Jurídica de la Fiscalía General de la Nación o en la Secretaría del despacho. Correo para notificaciones judiciales: jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co.

Atentamente.

FERNANDO GUERRERO CAMARGO

FERNANDO GUERRERO CAMARGO

C.C. N.º 74.081.042

T.P. 175.510 del C.S. de la J.



Señor:

JUEZ SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. – SECCIÓN TERCERA.

Sede Judicial del CAN – Carrera 57 N° 43 – 91 Piso 5°

E. S. D.

ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

RADICADO: 1001 3343 060 2020 00211 00

DEMANDANTE: JHONY RODOLFO BENAVIDES RODRIGUEZ.

DEMANDADO: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO.

FERNANDO GUERRERO CAMARGO, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía N.º 74.081.042 de Sogamoso., con Tarjeta Profesional N.º 175.510 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderada especial de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, conforme al poder adjunto, por medio del presente escrito, de manera oportuna procedo a **CONTESTAR** la demanda que, en ejercicio del medio de control de reparación directa, a través de apoderado, instauran el señor **JHONY RODOLFO BENAVIDES RODRIGUEZ..**

1. OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Dentro del término establecido en el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P., procedo a contestar la presente demanda. La demanda fue notificada electrónicamente el diez (10) de noviembre de 2020.

2. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

HECHO UNO al SIETE. Son hechos referentes al pasado del señor **BENAVIDES**, por lo tanto, me abstengo de hacer manifestación alguna.

HECHO OCHO al ONCE. parcialmente cierto, por lo siguiente: Es cierto que el señor **JHONY RODOLFO BENAVIDES RODRIGUEZ.** fue objeto de captura, pero no es cierto que dicho procedimiento haya sido por orden de la Fiscalía General de la Nación, toda vez que la orden de captura fue expedida por un Juez Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, y dicha orden la cumplió miembros de la Policía Nacional, pues son quienes tienen asignada dicha función.

HECHO DOCE al DIECISIETE. Estos hechos no le atañen a mi representada, pues no somos nosotros los encargados de administrar el sistema penitenciario del país, después que el Juez imparte la orden de la medida de aseguramiento, es la Policía y el Inpec, quienes tienen a cargo los presos del país, por consiguiente, son estas entidades las que deben entrar a responder por no dar un trato digno al demandante en su condición de discapacitado.

HECHO DIECIOCHO y SIGUIENTES. Son los Jueces de cada instancia quienes negaron tales peticiones hechas por los diferentes apoderados del señor **JHONY RODOLFO BENAVIDES RODRIGUEZ**, y finalmente el fallo absolutorio se da con ocasión a la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, mas no por atipicidad de la conducta.

3. A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Me opongo a cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda, porque considero que en el presente caso no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar responsabilidad extracontractual en cabeza de mi representada por las siguientes razones:

3.1. PRINCIPIO PRO INFANS.

En primer lugar y teniendo en cuenta que la presente litis tiene como pretensión que se declare administrativamente responsable a las entidades demandadas con ocasión de una supuesta injusta privación de la libertad del señor **JHONY RODOLFO BENAVIDES RODRIGUEZ**, investigado por los hechos denunciados que ocurrieron el 19 de junio de 2016, en una papelería e internet de propiedad del hoy demandante.

Como quiera que resultó involucrada una menor de edad, al respecto el Consejo de Estado en Sentencia del 14 de agosto de 2014 radicado 66001-23-31-000-2004-01278-01(34670) M.P. Hernán Andrade Rincón, se refirió **al alto impacto social de los delitos investigados cuando están inmersos** bienes jurídicos que amparan los derechos fundamentales de los niños.

En sentencia del 1º de agosto de 2016¹, ese Alto Tribunal en un caso relacionado con una privación de la libertad por delito sexual en contra de un menor de edad, hizo un análisis sobre la violencia infantil, **de los deberes que tienen las autoridades judiciales de investigar y sancionar cuidadosamente este tipo de asunto** y de la **protección reforzada de niños, niñas, adolescentes, víctimas o testigos de delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexual.**

En dicha sentencia se hizo énfasis en el principio *pro infans*², que impone la obligación de actuar en pro de la protección de los menores. Principio que se

¹ Consejo de Estado, Sentencia del 1º de agosto de 2016, radicado 20001233100200800263-01, Consejo Ponente: Ramiro Pazos Guerrero.

² Siendo así, es claro el dolo del actor contra una menor de edad, respecto de la que existen los inexcusables deberes de i) proteger sus derechos y hacerlos prevalecer sobre los de los demás, para lo cual deben tenerse en cuenta, entre otros, el principio *pro infans* que le imponía la obligación de actuar en pro de la protección de su interés superior y la prohibición de suministrarle bebidas embriagantes que el ordenamiento impone como medida para proteger su integridad —art. 44 constitucional—; ii) considerar su situación de vulnerabilidad e indefensión y iii) no someterla a discriminaciones odiosas en razón del género —artículos 13 y 43 constitucionales—, en especial, abstenerse de actuar prevalecido en estereotipos, así en el medio social y cultural reciban

sustenta en tres premisas: (i) El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo, (ii) La protección de los menores en el marco de la violencia sexual y, (iii) El contexto de la violencia y el abuso de menores en Colombia. Y es que la Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de iniciar la investigación y es además el fundamento de la ruptura de la obligación de reparar al reclamante que invoca como hecho generador de la privación supuestamente injusta de la libertad.

Este principio ha sido valorado por el Consejo de Estado en los casos que impliquen delitos sexuales contra menores de edad y ha derivado en absolución de la Fiscalía General de la Nación en algunos procesos promovidos en ejercicio del medio de control de reparación directa.

Asimismo, en el proceso con radicado 4393617001233100020080031701, el Consejo de Estado señaló que la duda sobre la veracidad de los testimonios de los menores se debe resolver a favor del menor. Es decir, debe prevalecer la versión proveniente del menor, debidamente mediada por el psiquiatra forense.

En el mismo sentido, en el proceso 70001-23-31-000-2001-01472-01(37216), el Consejo de Estado tuvo en cuenta la existencia de la declaración de la menor y la existencia de pruebas médicas donde se determinó que la menor tenía una enfermedad venérea, para absolver a las entidades demandadas y en el proceso 4393617001233100020080031701, el Consejo de Estado enfatizó que a la menor de edad se le practicó un dictamen pericial por parte de un psiquiatra forense, que el dictamen concluyó que no había motivos para descreer de lo declarado por la menor, que la menor de edad se encontraba a cargo del denunciante, estos argumentos sustentaron la absolución de las entidades demandadas.

El desarrollo de la figura en el ámbito contencioso administrativo ha sido netamente jurisprudencial, haciendo que el juez administrativo estudie dentro del contexto de las investigaciones penales, la necesidad de dar credibilidad a las declaraciones de los menores, con el fin de evitar su revictimización, que es independiente de las conclusiones a las que se haya llegado dentro del proceso penal.

3.2. LA FISCALÍA OBRÓ EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL, DE CONFORMIDAD CON EL CONTENIDO NORMATIVO Y FINALIDAD LA LEY 906 DE 2004 Y EN CONSECUENCIA NO PUEDE PREDICARSE FALLA EN EL SERVICIO ATRIBUIBLE A ESTA ENTIDAD.

La providencia que decretó la ABSOLUCIÓN a favor de CARLOS ALBERTO SILVA MARTÍNEZ, además de que claramente señala la configuración del apotegma del *in dubio pro reo*, significa el cumplimiento, por parte de cada uno de los funcionarios que participó dentro del proceso, de sus funciones contempladas en la Ley 906 de

aprobación. Lo anterior acorde con el artículo 21 del Código del Menor, vigente para la época de los hechos.”

2004. Se hace claridad sobre los roles que cumple la policía judicial, los fiscales y los jueces, así:

1. Se comienza el proceso con el conocimiento de la probable ocurrencia de una conducta delictiva y a la policía judicial le corresponde realizar “actos de indagación o investigación” (artículo 205 de la Ley 906 de 2004).
2. El resultado debe ponerse en conocimiento del fiscal que dirige la investigación, quien debe adelantar el plan metodológico, en el cual se deben establecer los objetivos de la investigación teniendo en cuenta la naturaleza de la “hipótesis delictiva”.
3. Recolectadas las pruebas, se presenta formulación de imputación (artículo 286 de la Ley 906). En esta etapa es que se puede afirmar que inicia la investigación, en la cual, tanto la defensa como el fiscal recopilan pruebas.
4. Luego se presenta la acusación, etapa en la cual la defensa puede conocer las pruebas con las que cuenta la Fiscalía (artículos 339 y ss. de la Ley 906).
5. Se realizan los actos preparatorios del juicio oral con la audiencia de formulación de acusación y la audiencia preparatoria (artículos 356 y ss. de la Ley 906).
6. Juicio Oral. Tal como se reconoce en esta sentencia, en la fase investigativa no puede hablarse propiamente de “pruebas”, porque adquieren esta connotación sólo en el debate público. Por lo tanto, el juicio oral se constituye “en el centro de gravedad del proceso penal”.

Hay que tener claro que el proceso penal contemplado en la Ley 906 de 2004, tiene una filosofía acusatoria diferente al anterior *“debido a que la concepción del proceso penal como proceso de partes involucra justamente las nociones de la duda (decisión más allá de toda duda razonable), en calidad de variables que son incontrolables por parte del fiscal si la actividad de la defensa es lo suficientemente profesional como para quitarle piso a una acusación (...). Los conceptos penales nuevos, creados por la Ley 906 de 2004, requieren una adaptación en la teoría de la responsabilidad administrativa debido a que el proceso penal está más librado a las partes que al propio Estado en la demostración de la responsabilidad penal”*³³

Por lo tanto, no se puede pretender que el Fiscal desde el comienzo del proceso pueda definir a ciencia cierta sobre la responsabilidad del investigado, porque existe un debate probatorio para tratar de establecer la verdad de los hechos y es al Juez a quien le corresponde integrar todo el material probatorio y decidir según los

³³ PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD – Documentos Especializados de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mayo de 2013, página 57.

principios de hermenéutica jurídica en materia penal, es así que hasta en el juicio oral puede solicitar la absolución del investigado, tal y como sucedió en el caso que nos ocupa sin llegar a incurrir en falla alguna, toda vez que como se ha venido mencionado, todos los procedimientos se hacen bajo la dirección, orientación y visto bueno del Juez de Garantías o de Conocimiento, según la etapa del proceso que se esté desarrollando.

3.3. IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – NO FUE DESPROPORCIONADA NI VIOLATORIA DE LOS PROCEDIMIENTOS LEGALES.

En la sentencia C-037 de 1996 la Corte estudió la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Al revisar la constitucionalidad del artículo 68, que establece la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, esa Corporación señaló que el término "*injustamente*" debe entenderse en referencia a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales. Es decir, debe ocurrir, de manera evidente, que la privación de la libertad no fue apropiada, ni razonada, sino que resultó manifiestamente arbitraria.

Esa Corporación precisó también que para efectos de aplicar esa disposición estatutaria y, en consecuencia, declarar responsable al Estado en los asuntos de privación injusta de la libertad, se deben observar los parámetros antes enunciados y, en todo caso, realizar un análisis sobre la razonabilidad y proporcionalidad de las circunstancias en las que se produjo la privación de la libertad¹. Es decir, no puede aplicarse un estándar de responsabilidad objetiva, sino que debe efectuarse un análisis de cada caso con el fin de establecer las condiciones concretas en las que se produjo la actuación de las autoridades y determinar el mérito que exista para declarar su responsabilidad.

Estas consideraciones fueron puestas de presente por la Corte Constitucional en el comunicado N°. 25 del 5 de julio de 2018 que se refirió a la Sentencia SU- 072 de 2018 en los siguientes términos:

"Concluyó la Corte que determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia —aplicación del principio in dubio pro reo—, el Estado debe ser condenado de manera automática, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo del juez que determine si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede el precedente constitucional fijado por la Sala Plena —con ocasión del control integral y automático de constitucionalidad de la que sería la Ley 270 de 1996— concretamente en la sentencia C-037 de 1996"⁴.

⁴ Corte Constitucional, Secretaría General. Comunicado No. 25 del 5 de julio de 2018.

En el mismo sentido, se pronunció el Honorable Consejo de Estado en sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018, en donde indicó:

*“De conformidad con lo anterior, como la indemnización se abre paso cuando se demuestre que la privación de la libertad del procesado fue injusta, podría no ser admisible ni justo con el Estado —el cual también reclama justicia para sí— que se le obligara a indemnizar a quien ha sido objeto de la medida de detención preventiva cuando para la imposición de esta, se han satisfecho los requisitos de ley ni cuando a pesar de haber intentado desvirtuar la duda mediante la práctica de pruebas, no se ha podido obtener o lograr ese objetivo, es decir, cuando sobre el investigado persisten dudas acerca de su participación en el ilícito y, por lo tanto, también persisten respecto de lo justo o injusto de la privación de la libertad, caso en el cual, **si el juez verifica que se cumplieron los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una persona, como aquellos de que tratan los ya citados artículos 28 y 250 constitucionales (inclusive este último después de la modificación que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002), las normas de procedimiento penal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mal puede imponer una condena en contra de este último.***

Así las cosas, se insiste, resultaría incoherente que el Estado tuviera que indemnizar automática o indefectiblemente por una privación de la libertad impuesto, incluso, por la aplicación del mencionado sustento constitucional, pues para nada es lógico y sí más bien es absurdo pensar y aceptar que la propia Constitución Política exige a la Fiscalía adoptar —a solicitar al Juez— medidas de aseguramiento, como la detención domiciliaria a la detención preventiva u otras que —en las voces de la jurisprudencia de esta Corporación— implican la pérdida jurídica de la libertad, como por ejemplo (...), para garantizar la comparecencia del investigado al proceso —como lo exigen las normas transcritas— y que dicho organismo, sin embargo, por satisfacer ese deber y por obedecer el mandato que le imponía el artículo 6 del derogado Decreto 2700 de 1991 —el cual establecía que los funcionarios judiciales debían someterse al imperio de la Constitución y de la Ley—, se vea obligado a pagar indemnización cuando deba levantar la medida, lo cual, como se vio unos párrafos atrás, para nada implica la imposición de una sanción o condena”

En el caso objeto de estudio, la decisión de solicitar la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad en contra del hoy demandante **JHONY RODOLFO BENAVIDES RODRIGUEZ** cumplió con las exigencias legales y constitucionales establecidas para proceder en este sentido.

Nótese que la *ratio decidendi* de la sentencia absolutoria proferida por el Juez Veintitrés (a favor del hoy demandante **JHONY RODOLFO BENAVIDES RODRIGUEZ** claramente señala la configuración del apotegma de ***in dubio pro-reo***, al concluir que:

*“(…) entonces, como el mismo médico lo dice que él, es decir, **no se puede descartar lo relatado por la menor**, pero el hecho de que no se descarte*

*no quiere decir que se deba aceptar como cierto, entonces ahí surge la duda, pueda (Sic) que haya sido cierto lo que manifestó la menor, como pueda que haya sido mentiras (Sic), y entonces —repito— esa es la duda que, pues, lamentablemente no se pudo dilucidar dentro del juicio oral, y a hacer la valoración probatoria pues **el Despacho encuentra que le asiste razón a la señora Fiscal cuando solicita la sentencia absolutoria en favor del aquí procesado, por duda**, en la medida en que —repito— no fue posible, por la no concurrencia de la misma víctima y de su progenitora, como denunciante, para que estas hubieran declarado dentro del juicio y de esa manera hubiesen aclarado las cosas tal y como supuestamente se presentaron. En este sentido, pues, atendiendo la sentencia 43.837 de mayo 25 del año en curso, con ponencia del doctor Enrique malo Fernández, éste Despacho considera que si bien, anteriormente, es decir, antes de esta decisión jurisprudencial, la petición de los fiscales de sentencia absolutoria (Sic), formulada equivalía al retiro de cargos, lo cual implicaba que el Juez no tenía necesidad ni siquiera de entrar a hacer valoración probatoria; ahora, a partir de la sentencia 43.837 de mayo 25 del año en curso, con ponencia del doctor Enrique malo Fernández, el Juez de Conocimiento puede rechazar las peticiones de absolucón de la Fiscalía (Sic), para lo cual debe, necesariamente, hacer valoración probatoria y si encuentra que la petición de la Fiscalía no se adecúa a la situación fáctica, que ha sido probada, deberá apartarse de dicha solicitud y eventualmente proferir sentencia condenatoria. En este caso, pues esa situación no ocurre porque realmente al analizar las pruebas que fueron aducidas dentro del presente juicio, pues, las mismas no ofrecen certeza para condenar al aquí procesado, el señor Carlos Alberto Silva Martínez, razón por la cual —repito— **la sentencia será de carácter absolutorio por duda** (...)" (Subrayado y resaltado fuera del texto)*

3.4. INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL.

El nexo causal es la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado. La jurisprudencia ha establecido que para poderle atribuir un resultado a una Entidad y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es necesario definir si aquel aparece ligado a esta por una relación de causa-efecto.

En Colombia legalmente no existe una norma que le de prevalencia a una teoría de causalidad. Entre las teorías reconocidas por el H. Consejo de Estado y la doctrina se encuentra *la teoría de causalidad adecuada y la imputación objetiva*. Conviene recordar que anteriormente fue aceptada la teoría de equivalencia de condiciones.

No obstante, lo anterior, el H. Consejo de Estado le ha dado prevalencia a la teoría de causalidad adecuada, a saber:

“En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión, por parte de una autoridad pública, en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, la Sala ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligatorio que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo

*implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro. Ahora bien, una vez se ha establecido que la entidad responsable no ha atendido —o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa— al referido contenido obligacional, esto es, se ha apartado —por omisión— del cabal cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, **es menester precisar si dicha ausencia o falencia en su proceder tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño atendiendo, de acuerdo con la postura que reiteradamente ha sostenido la Sala, a las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada. En el mismo sentido hasta ahora referido, es decir, en el de sostener que se hace necesaria la concurrencia de dos factores para que proceda la declaratoria de responsabilidad del Estado en estos casos —la constatación de la ocurrencia de un incumplimiento omisivo al contenido obligacional impuesto normativamente a la Administración, de un lado, y la relación causal adecuada entre dicha omisión y la producción del daño, de otro.** En suma, son dos los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión, como en el presente caso: en primer término, la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública o que ejerza función administrativa y a la cual ésta no haya atendido o no haya cumplido oportuna o satisfactoriamente; y, en segundo lugar, la virtualidad jurídica del eventual cumplimiento de dicha obligación, de haber interrumpido el proceso causal de producción del daño, daño que, no obstante no derivarse —temporalmente hablando— de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar de no haberse evidenciado ésta (...)*⁵

En esta Litis, bajo la teoría de la causalidad adecuada, no se presenta el nexo causal entre el supuesto daño alegado y la actuación del Ente investigador, pues la causa eficiente de la privación de la libertad fue la imposición de la medida de aseguramiento y no la solicitud.

Es claro que en el procedimiento penal regulado en la Ley 906 de 2004, quedó en cabeza del Juez de Control de Garantías la facultad jurisdiccional para imponer la medida de aseguramiento y quedó reducido la facultad del Ente Instructor en

⁵ Sentencia de septiembre once de mil novecientos noventa y siete; consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Radicación número: 11764; Actor: Olimpo Arias Cedeño y otros; Demandado: La Nación- Ministerio De Obras, Intra y Distrito Especial de Bogotá. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre once de mil novecientos noventa y siete; consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Radicación número: 11764; Actor: Olimpo Arias Cedeño y otros; Demandado: La Nación- Ministerio De Obras, Intra y Distrito Especial De Bogotá. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002); Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación: 05001-23-31-000-1993-0621-01(12789); Actor: Argemiro de Jesús Giraldo Arias y otros; Demandado: Municipio de Medellín; Sentencia del veinte y cinco de julio; Consejero Ponente María Elena Giraldo Gómez; Radicación número 13811; Actor: Jaime de Jesús Munera Munera; Demandado: La Nación Ministerio de Transporte y otros. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección “A”. Consejera Ponente: (E) Gladys Agudelo Ordóñez. Sentencia del 26 de enero de 2011. Radicación número: 540001-23-31-000-1994-08665-01 (18965).

presentar la solicitud; siendo la causa adecuada o próxima al daño alegado la actuación del Juez de Control de Garantías.

En este orden de ideas, el Juez administrativo debe preguntarse: ¿LA SOLICITUD DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO TIENE LA FUERZA DE PRIVAR DE LA LIBERTAD A UN IMPUTADO DENTRO DE UN PROCESO PENAL?, ¿LA SOLICITUD REALIZADO POR LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN TIENE FUERZA VINCULANTE PARA EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS?

Al responder los anteriores interrogantes, es palpable que no tiene el mismo valor la solicitud de la medida de aseguramiento y la imposición de la medida de aseguramiento, pues solo la última actuación tiene la fuerza de producir un daño antijurídico.

Jurídicamente, se podría llegar a una conclusión distinta en aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, sin embargo, esta teoría ha sido abandonada por el H. Consejo de Estado en los siguientes términos:

“(...) La Sala debe preguntarse sobre si ¿las conductas demostradas de los demandados fueron causa determinante y eficiente en la producción del daño sufrido por los actores? Sobre el particular se observa que las pruebas de demostración de las conductas de los demandados, no es a su vez prueba de la relación causal. Particularmente los demandantes alegaron indirectamente que debe aplicarse para la determinación del nexo causal la teoría de “la equivalencia de las condiciones” y no la teoría de “la causalidad adecuada”, pues cree que la mera conducta, o de falla o de riesgo, son causales en la producción del daño. Por tanto, para la Sala es indispensable señalar cómo no toda conducta referida a un daño puede entenderse como causal en su producción. La jurisprudencia ha insistido en tal punto; para ello recuerda que sobre el nexo de causalidad se han expuesto dos teorías; la primera de la equivalencia de las condiciones, según la cual, todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo. Esta teoría fue desplazada por la de causalidad adecuada, en la cual se considera que el daño fue causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo; se ha exigido, en consecuencia, que ese hecho sea relevante y eficiente. (...)” (Sentencia del 25 de julio de 2002, Radicado interno 13811 C.P. María Elena Giraldo Gómez)

Igualmente, en Sentencia del 26 de enero de 2011, indicó lo siguiente:

“Para la Sala es importante resaltar que no todas las acciones que anteceden a la producción del daño son causas directas del mismo, como se plantea en la teoría de la equivalencia de las condiciones, es un sinsentido otorgarle igual importancia a cada hecho previo a la producción del daño, lo relevante es identificar cuál acción fue la causa determinante, principal y eficiente del hecho dañoso, de lo contrario, se llegaría al absurdo de que la consecuencia o daño, sería la sumatoria de todos los antecedentes, haciendo un retorno al infinito”. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección “A”. Consejera Ponente:

(E) Gladys Agudelo Ordóñez. Sentencia del 26 de enero de 2011. Radicación número: 540001-23-31-000-1994-08665-01 (18965)).

Finalmente, se encuentra la teoría de la imputación objetiva, en donde el elemento “nexo causal” no es autónomo y se encuentra inmerso en el término de imputación. El Consejo de Estado ha señalado:

*“Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al Estado son: a) El daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Es, pues **“menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’**”.* (Sentencia de 13 de julio de 1993). *En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”.* (Negrilla fuera de texto. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643)

Asimismo, el Consejo de Estado en sentencia del 19 de agosto de 2011, señaló lo siguiente:

*“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio —simple, presunta y probada—; daño especial —desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal—; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. (...) Sin duda, **en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las —estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que —parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”** (CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de agosto de 2011. Expediente: 63001-23-31-000-1998- 00812-01(20144). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.)*

Como la Fiscalía no es quien impone la medida de aseguramiento ni tiene la facultad de hacerlo, no se puede imputar ni fáctica ni jurídicamente el daño alegado.

4. RESPECTO A LOS SUPUESTOS PERJUICIOS.

Es evidente que la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva, esto es, la privación de la libertad del señor **JHONY RODOLFO BENAVIDES RODRIGUEZ**, no fue antijurídica, porque al margen del curso de la investigación y del sustento fáctico y jurídico de la absolución que del implicado hizo el Juez de Conocimiento, se prueba que el caudal probatorio fue suficiente para reunir las condiciones objetivas que llevaron al Ente investigador a solicitar dicha medida de aseguramiento, y al Juez de Control de Garantías a imponerla.

Conviene traer a colación la tesis jurisprudencial sentada por el H. Consejo de Estado⁶ en el sentido que, “(...) **puede llegar a ocurrir que estén reunidas las condiciones objetivas para resolver la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento de detención preventiva e, incluso, para proferir resolución de acusación en su contra y que, finalmente, la prueba recaudada permita absolverlo o resulte insuficiente para establecer su responsabilidad penal, (...) pero nada de ello implica, por sí mismo, que los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan sido necesariamente desvirtuados en el proceso penal y que la privación de la libertad haya sido, por tanto, injusta. (...)**”

El máximo órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha sido claro al señalar que las medidas a través de las cuales se puede restringir la libertad de un ser humano son de carácter constitucional y legal, y su carácter preventivo y excepcional hacen que se puedan imponer, siempre y cuando se cumplan de manera irrestricta los requisitos que para el caso se exigen, todo lo cual, mientras se define la responsabilidad del investigado.⁷

Si bien es cierto, la indemnización por el daño (privación injusta de la libertad) se concreta cuando se demuestra que éste fue injusto, también lo es que no es justo para la Fiscalía General de la Nación que en el sub examine se le obligue a indemnizar a los demandantes, máxime cuando para la solicitud de imposición de la medida se satisficieron los requisitos de ley, y al margen de que el Ente investigador intentó desvirtuar la duda mediante la práctica de pruebas, sin haber podido lograr dicho objetivo. En este evento, “(...) *si el juez verifica que se cumplieron los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una persona, como aquellos de que tratan los ya citados artículos 28 y 250 constitucionales (inclusive este último después de la modificación que le introdujo el Acto Legislativo 03 de 200254), las normas de procedimiento penal y la Convención Americana*

⁶Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Expediente: 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947)

⁷ Ibidem.

sobre Derechos Humanos, **mal puede imponer una condena en contra de este último**".⁸

Daños morales.

De acuerdo con los argumentos fácticos, legales y jurisprudenciales antes expuestos, y las pruebas que se encuentran en el expediente, no se evidencia en el sub examine, que el proceder de la Fiscalía General de la Nación pueda catalogarse como falla del servicio que haya afectado gravemente los derechos fundamentales del señor **JHONY RODOLFO BENAVIDES RODRIGUEZ**, y de las personas que reclaman indemnización, que permita inferir el posible reconocimiento de indemnizaciones por perjuicios morales, más aún cuando está demostrado que el demandante fue absuelto por configurarse el principio de **IN DUBIO PRO REO**, sin que ello signifique que se configure la responsabilidad patrimonial de la Administración, porque —se insiste— en el sub examine está plenamente acreditada la actuación legal de la Fiscalía General de la Nación, y que dentro del proceso que se adelanta en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se constituye en circunstancia que exime de responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación, por la presunta privación injusta de la libertad que se demanda.

No obstante, en el evento que el señor Juez Administrativo determine condenar a la Fiscalía General de la Nación, respetuosamente solicito que para cuantificar la indemnización por perjuicios morales derivados de la privación injusta de la libertad, se dé aplicación a los parámetros jurisprudenciales sentados por el H. Consejo de Estado, teniendo en cuenta para el efecto, el período de privación del referido derecho fundamental y el nivel de afectación, esto es, de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño y aquellos que acuden a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en calidad de presuntos perjudicados o víctimas indirectas.

Daños materiales.

El demandante solicita se le reconozca el **lucro cesante**, que corresponde a unos supuestos ingresos que dejó de percibir como "reciclador" durante el tiempo de privación de la libertad, circunstancia que no está probada.

5. EXCEPCIONES.

Para que sean declaradas al momento de proferir sentencia en el presente proceso y si a ese evento se llegare, propongo las siguientes excepciones:

1.- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA MATERIAL.

⁸CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA. CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Expediente: 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947)

De acuerdo a lo previsto por el actual sistema penal acusatorio cuyo procedimiento regula la **Ley 906 de 2004**, respecto a la detención, la Fiscalía General de la Nación es quien asume el papel acusador frente a conductas punibles, más no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo este el fundamento principal que conlleva a que en el presente caso la Fiscalía quede EXIMIDA de responsabilidad frente a una detención calificada por los solicitantes como falla del servicio, pues la legalidad fue avalada por el respectivo juez competente.

El sistema penal acusatorio vigente en casos como el que nos ocupa impide que sea la Fiscalía quien decida sobre la detención, al punto que, como se vislumbra de la norma jurídica y lo enseñado por la jurisprudencia, la solicitud del Fiscal de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad debe ser avalada y controlada por el Juez de Garantías, y posteriormente también advierte la eventual responsabilidad de éste y del juez de conocimiento en una posible irregularidad. Así lo advierte la H. Corte Constitucional, quien con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad en la que se examinaron las características esenciales de la figura del juez de control de garantías, señaló:

*“(...) En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ejercicio de esta competencia, los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica. Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos estos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso. **Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado.** Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento. (...).*

Ante el juez de conocimiento, por su parte, se presenta el escrito de acusación con el fin de dar inicio al juicio público, oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías; se solicita la preclusión de la investigación

cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar; y se demanda la adopción de las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas”. Sentencia C-1092 de 2003, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Conforme a las anteriores enseñanzas y a otras similares que están recogidas en las sentencias C-873 de 2003, C-591 de 2005 y C-730 de 2005, que refieren a los elementos esenciales y las principales características del nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, introducido mediante el acto legislativo 03 de 2002, que reformó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, se concluye que ya la Fiscalía no puede resultar responsable por los daños antijurídicos que se le imputen por “detención injusta”, sencillamente porque esta Entidad no es la encargada de asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal. En el último fallo aludido (sentencia C-730 de 2005), la Corte Constitucional dijo que la Fiscalía General de la Nación, “ahora únicamente puede solicitar la adopción de dichas medidas al juez que ejerza las funciones de control de garantías, con la misma finalidad de asegurar la comparecencia de los imputados, así como para garantizar la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas. Se trata, así, de una atribución que ha sido trasladada por el constituyente a un funcionario judicial independiente”.

Señala el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 lo siguiente:

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

Del artículo transcrito se observa que se encuentra dentro de la discrecionalidad del JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS decretar la medida de aseguramiento.

En la *Ratio decidendi* de las sentencias del 30 de junio del 2016, del 26 de mayo de 2016, del 24 de junio de 2015 entre otras, el Honorable Consejo de Estado señaló que la Fiscalía General de la Nación no tiene la capacidad jurisdiccional para imponer la medida de aseguramiento y que por lo tanto no está llamada a responder en los casos de privación injusta bajo la Ley 906 de 2004. El H. Consejo de Estado, expresó:

“(...) Según se dejó indicado en los antecedentes de esta providencia, el libelo introductorio se dirigió contra la Fiscalía General de la Nación y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Sobre el particular, la Sala estima necesario reiterar el criterio expuesto en sentencia proferida el 24 de junio de 2015, según el cual si bien cada una de las entidades demandadas ostentan la representación de la Nación en casos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por hechos imputables a la Administración de Justicia (inciso segundo del artículo 49 de



la Ley 446 de 1998 y numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996), lo cierto es que las decisiones que se discuten en el presente litigio y que habrían ocasionado el daño por cuya indemnización se reclama, fueron proferidas por la Rama Judicial (representada por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial), razón por la cual una vez efectuado el recuento probatorio, se concretará si el aludido daño antijurídico reclamado se encuentra acreditado y, de estarlo, se establecerá si el mismo le resulta imputable a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la cual fue debidamente notificada y representada.

En efecto, con la expedición de la Ley 906 de 2004 —Código de Procedimiento Penal— el Legislador articuló el proceso penal de tal manera que buscó fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, como de instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar dentro de la acción penal, por lo que, suprimió del ente investigador —Fiscalía— la facultad jurisdiccional, la cual venía ejerciendo por disposición de los antiguos Códigos de Procedimiento Penal —Decreto Ley 2700 de 1991 y Ley 600 de 2000—

Así las cosas, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, las decisiones que impliquen una privación de la libertad, son proferidas por los Jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal, como en efecto ocurrió en este caso mediante el auto proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Armenia con funciones de control de garantías que declaró la legalidad de la captura, según se desprende del oficio No. CCSJ-0095 expedido por la Coordinación del Centro de Servicios Judiciales.

Así pues, en el asunto sub examine la decisión que llevó a la privación de la libertad del señor Pedro Pablo Palacio Molina, si bien es cierto fue solicitada por la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que dicho ente no tenía la potestad de decidir sobre la privación de la libertad del ahora demandante, cosa que sí le correspondía a la Rama Judicial, por encontrarse dentro de sus funciones jurisdiccionales, razón por la cual, forzoso resulta concluir que en el presente asunto y, a la luz de las nuevas disposiciones penales, no es posible endilgarle responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación. (...)” (Sentencia del Consejo de Estado, Consejo Ponente Hernán Andrade Rincón, radicado 63001-23-31-000-2009-00025-01(41573), del 26 de mayo.) (Negrilla y cursiva fuera de texto)

Posiciones ratificadas en sentencia de junio de 2016, donde señaló:

“Así las cosas, a la luz de las disposiciones consagradas en la normativa procesal Penal vigente, la facultad jurisdiccional se encuentra radicada única y exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, los únicos que pueden tornar la decisión de privar a una persona de su libertad son los Jueces, ya sean de conocimiento o en función de control de garantías, tal y como en efecto sucedió.” (Sentencia del 30 de junio de 2016, radicado 63001 -23-31-000-2009-00022-01 (41604), C.P. doctora Marta Nubia Velásquez Rico)”



En este orden de ideas y teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales antes citados, ruego al señor Juez, declarar probada la presente excepción, absolver de todas las pretensiones a la Fiscalía General de la Nación y condenar en costas a los demandantes.

2.- LA GENÉRICA.

Todas y cada una de las que resulten probadas dentro del proceso y que debe decretar de oficio el señor Juez.

4. ANEXOS.

1. Poder para actuar, debidamente conferido por la Fiscalía General de la Nación.
2. Anexos del poder.

5. NOTIFICACIONES.

Las recibiré en la Diagonal 22 B N° 52 - 01, Edificio C, piso 3, Ciudad Salitre, Bogotá, Dirección Jurídica de la Fiscalía General de la Nación o en la Secretaría del despacho. Correo para notificaciones judiciales: jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co.

Atentamente.

FERNANDO GUERRERO CAMARGO

FERNANDO GUERRERO CAMARGO

C.C. N.º 74.081.042

T.P. 175.510 del C.S. de la J.