



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
Magistrado Ponente: LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Ibagué, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 73001-33-33-009-2017-00041-01
Interno: 1356-2019
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: JOSÉ HERMES NARVÁEZ SÁNCHEZ – OTROS
Apoderado: JENNY PAOLA CASTILLO MARÍN
Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
Apoderada: FRANKLIN DAVID ANCINEZ LUNA
Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Apoderada: GLORIA LUCIA VILLEGAS GONZÁLEZ (PENDIENTE RECONOCER PERSONERÍA)
TEMA: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

I. SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el fallo proferido por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué el día 22 de octubre de 2019, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

La parte activa del proceso en ejercicio del medio de control de reparación directa, presentó demanda contra la Nación – Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, con el fin de que sean declaradas administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios morales, materiales y daño a la vida en relación causados con ocasión a la privación injusta de la libertad de JOSÉ HERMES NARVÁEZ SÁNCHEZ.

Como consecuencia de lo anterior, solicitan el reconocimiento de perjuicios materiales y morales.

2. HECHOS

Las circunstancias fácticas pertinentes para el respectivo estudio son:

2.1 José Hermes Narváez Sánchez debió soportar un proceso penal que culminó con sentencia absolutoria proferida el día 28 de marzo de 2015 por el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Fresno – Tolima, por el delito de acto sexual violento y agravado, la cual fue confirmada en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial el 25 de abril de 2016.

2.2 Que por lo anterior, José Hermes Narváez Sánchez estuvo privado de la libertad bajo detención intramural desde el 13 de febrero de 2014 hasta el 31 de Octubre del mismo año, es decir, 8 meses y 18 días.

2.3 Que el demandante se vio en la obligación de contratar los servicios de un profesional del derecho, con el fin de ejercer su defensa dentro del proceso penal que tuvo que afrontar por los punibles que se le endilgaron, por lo que tuvo que cancelar la suma equivalente a 13 SMLMV, la cual debe ser actualizada de acuerdo con las fórmulas establecidas por el Consejo de Estado.

2.4 Que con la privación injusta de la libertad se causaron graves perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación del detenido, su cónyuge, sus hijos, nietos, bisnietos, yernos, nuera y esposo de la nieta, pues, debido a esta situación humillante e injusta, tuvo que abandonar su empleo durante el lapso que duró la investigación, hasta meses después de la fecha de su reclusión y de recuperar su libertad.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial¹.

Inicia explicando que respecto de la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado ha efectuado diversas interpretaciones partiendo de artículo 90 de la Constitución de 1991, que han pasado por la teoría de la responsabilidad subjetiva, en virtud de la cual, solamente se daba lugar a dicha responsabilidad cuando la actuación de los funcionarios judiciales estaba viciada por el error judicial; se pasó luego a la exigencia de probar la antijuridicidad de la medida privativa de la libertad, y a reconocer la antijuridicidad de la misma para eventos en que la absolución se realizaba en virtud de las causales del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, luego, se fincó la jurisprudencia no en la ilegalidad de la conducta del agente del estatal sino en la antijuridicidad del daño sufrido y por último se venía reconociendo la responsabilidad objetiva.

Explica que, en sentencia del 10 agosto de 2015 5400123100020000183401 (30134), el Consejo de Estado, adoptó otra posición y cuyo eje estaba enfocado a realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustenta la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio del in dubio pro reo, esconde deficiencia en la actividad investigativa, de recaudo o valoración probatorio de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son los que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación.

Señala por ello, que la teoría presentada por la fiscalía al inicio del juicio oral, no encontró respaldo en las pruebas legalmente recaudadas y arrimadas al proceso, de las cuales no se obtuvo la certeza suficiente para la condena.

De ahí que, asegura que el juez de control de garantías que actuó durante el proceso penal, cumplió las funciones que le asigna la Ley 906 de 2004, por lo que las audiencias por el dirigidas fueron las preliminares, momento en el cual no se discute la responsabilidad penal del imputado, por cuanto el juez con funciones de control de garantías, trabajo con los elemento probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, elementos que no constituyen plena prueba y por ende, no son suficientes para discutir la responsabilidad, por lo cual la medida de aseguramiento impuesta al accionante obedeció a principio de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación.

En el caso objeto de controversia se encuentra configurado el eximente de responsabilidad de hecho de un tercero, pues la conducta de la señora SANDRA MILENA DIAZ ARBOELDA, madre de la menor C.P.V.D, a través de la cual puso de presente la denuncia que dio lugar a la privación de la libertad del demandante, frente a lo cual, el

¹ Ver contestación en los folios 121-127 Cuaderno Principal

Juzgado con Funciones de Control de Garantías, no tenía otra opción distinta, que imponer la medida de aseguramiento solicitada por la Fiscalía General de la Nación.

3.2 Fiscalía General de la Nación²

Sostuvo que se opone a las pretensiones de la demanda, porque no se evidenció una actuación arbitraria, ni mucho menos existió falla del servicio como pretende hacer ver el demandante en el presente proceso.

Que en el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal, a la Fiscalía le corresponde adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, pueda solicitar, como medida preventiva la detención del sindicado, si lo considera conveniente, correspondiéndole al Juez de garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, y decretar las que estime procedentes, y así establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, que si todo se ajusta a derecho, es el Juez de Control de Garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer; sin que sea posible declarar la responsabilidad de esta entidad por "detención ilegal", ya que si bien es cierto se dio esta medida, ella no fue proferida por la Fiscalía.

Que no se evidenció falla en el servicio y, en consecuencia, no existe el daño aducido por el demandante, por parte de la Fiscalía General de la Nación, toda vez, que dentro del plenario no se aportaron las pruebas que conllevaron a la responsabilidad patrimonial y administrativa de la actora.

Que pensar que cada vez que en un proceso penal se absuelva como en este caso por aplicación del Principio *in dubio pro reo* se compromete la responsabilidad patrimonial del Estado, sería tanto como aceptar que la Fiscalía General de la Nación no pudiera adelantar una investigación penal ya que, los Fiscales estarían atados de pies y manos, sin autonomía, sin independencia, sin poderes de instrucción, sin libertad para recaudar y valorar las pruebas para el cabal esclarecimiento de los hechos punibles y de sus presuntos autores.

Que no se configuró ningún daño antijurídico, ni falla del servicio de la Fiscalía General de la Nación, por lo que solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, el 22 de octubre de 2019, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que desde la actual perspectiva adoptada de manera Unificada por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, y conforme a los presupuestos del art. 90 de la Constitución Nacional, dadas las circunstancias en que se desarrollaron los hechos objeto de litigio, dentro de la causa penal seguida en contra del señor José Hermes Narváez Sánchez, la medida privativa de la libertad que le fue impuesta aparece como justa, proporcionada y legal, ponderándose que en el escenario procesal en que se impuso la medida de aseguramiento privativa, la misma se soportó en la validez de los medios probatorios que informaban la causa penal en aquella etapa, al paso que satisfizo los requisitos legales y no se avizora arbitraria o injusta; por lo que el demandante se encontraba compelido a soportarla y el hecho de haber sido absuelto mediante sentencia judicial, no implica necesariamente que se imponga *ipso facto* el deber de resarcir un presunto perjuicio irrogado.

² Ver contestación en los folios 130 al 143 Cuaderno principal.

³ Ver providencia de primera instancia del folio 202 al 213.

5. RECURSO DE APELACIÓN⁴

La parte demandante, indicó que la medida de aseguramiento impuesta a José Hermes Narváez Sánchez, se dio porque supuestamente era responsable del delito de acto sexual violento agravado, al ser acusado en declaración realizada por la menor C.P.V.D. ante las autoridades correspondientes y por la denuncia penal interpuesta por Sandra Milena Díaz Arboleda, madre de la menor, por tanto, está sola afirmación no podía ser causal para ordenar la captura del afectado; contrario sensu, en el transcurso del proceso la menor C.P.V.D. rindió declaraciones que contenían diferentes inconsistencias, al punto de manifestar en el juicio oral que nunca fue objeto de abuso sexual por parte del entonces acusado, y que la declaraciones dadas en su contra eran falsas, al ser convencida por su madre y una amiga de hacer tal acusación, significando lo anterior que antes de proceder con la captura debió se corroborar la información obtenida.

Que la Fiscalía General de la Nación debió realizar como acto previo a la captura del directo afectado la evaluación del caso en particular, con el fin de determinar si se trataba del responsable del delito de acto sexual violento agravado, esto es, que en su labor investigativa y antes de proferirse orden de captura y su respectiva legalización debió recolectar los elementos o información que pudiera ser requerida dentro de la investigación para obtener sentencia condenatoria; sin embargo, su actuación se tornó negligente al prolongar el proceso por más de 8 meses sin obtener las pruebas que determinaran que el capturado era responsable, resultando imposible probar su responsabilidad penal.

Que la fiscalía como ente investigador antes de solicitar orden de captura contra el acusado debió realizar todas las actuaciones tendientes a probar o desvirtuar lo planteado por la menor y su madre y, por el contrario, basándose en esta única prueba procedió a ordenar la captura del afectado, así como también el Juez de Control de garantías impuso la medida de aseguramiento en centro de reclusión, la cual se extendió por más de 8 meses.

Que la medida de aseguramiento impuesta al directo afectado y su prolongación en el tiempo obedeció a la actitud apresurada asumida por los funcionarios judiciales que conocieron el asunto.

Por lo tanto, solicitó revocar la sentencia apelada y en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

6. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El proceso fue radicado en esta Corporación el 20 de noviembre de 2019. Mediante auto del día 3 de diciembre del mismo año, se admitió el recurso de apelación, y el 15 de enero de 2020, se corrió traslado a las partes, por término de 10 días, para que presentaran sus alegatos de conclusión y al agente del Ministerio Público, por un término igual, para que rindiera su concepto; oportunidad en la que las partes demandante y demandada Fiscalía General de la Nación, reiteraron los argumentos expuestos en sus respectivos escritos.

6.1. Concepto del Ministerio Público:

Sostuvo que el demandante tuvo que soportar un proceso penal que culminó con sentencia absolutoria de primera instancia proferida el día 28 de Marzo de 2015 por el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Fresno (Tol.), por el delito acto sexual violento agravado, sentencia que en segunda instancia que fue confirmada

⁴ Ver los folios 48 al 233 del Cuaderno Principal

por el Tribunal Superior Distrito Judicial de Ibagué Sala Decisión Penal el día 25 de Abril de 2016.

Que la absolución del señor José Hermes Narváez Sánchez, tuvo lugar en razón a su inocencia, pues, simplemente el hecho denunciado nunca existió, ya que no hay pruebas en el expediente penal, que llevara a inferir que el mencionado de manera dolosa o culposa hubiera desarrollado las conductas que lo hicieran merecedor, así sea por sospecha, de una denuncia por la conducta por la cual fue procesado y absuelto.

Afirmó, que aunque el proceso penal tuvo su origen en la denuncia presentada por la madre de la menor y los dichos de esta con señalamiento directo hacia el procesado y que en el curso del proceso tanto la menor como su madre denunciante se retractan de la acusación indicando que el hecho no existió ni siquiera tocamiento; y en ese sentido, si la Fiscalía, conocida la denuncia debió ordenar la práctica del dictamen médico, para verificar un posible acceso carnal (violación), e investigar la ocurrencias de los actos sexuales y con ello evitar la privación de la libertad del denunciado.

Que como el presunto delito de actos abusivos y/o acceso carnal violento investigado no le es atribuible a José Hermes Narváez Sánchez, porque dicha conducta nunca existió, así como tampoco que antes o durante el proceso penal hubiere incurrido en dolo o culpa grave observable desde el campo civil, ello necesariamente deviene en que la privación de la libertad de que fue víctima fue injusta, en consecuencia, las entidades demandadas deben indemnizar el perjuicio ocasionado y probado en el proceso.

Por tanto, solicitó se revoque la sentencia apelada, y se acceda a las pretensiones de la demanda.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

El Tribunal es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con el Artículo 153 del CPACA.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Deberá la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- Determinar si existe responsabilidad patrimonial del Estado por la investigación penal adelantada en contra de José Hermes Narváez Sánchez en la que se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, para luego culminar el proceso con absolución por existir duda que fue resuelta a favor del procesado como autor del delito de Actos sexual violento agravado.

3. TESIS DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia apelada, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda.

En el *sub-lite*, encuentra demostrado el daño alegado respecto de la detención o privación de la libertad, toda vez que al demandante efectivamente se le restringió su libertad en razón al punible de acto sexual violento agravado, por solicitud de la Fiscalía 36 de Fresno– Tolima, e impuesta por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Fresno - Tolima durante el 12 de febrero de 2014 al 30 de octubre de 2014, es decir, 8 meses y 18 días.

Indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional⁵ y del Consejo de Estado⁶, en cuanto al análisis de responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, partiendo propiamente de la antijuridicidad, puede concluirse que ésta se configura sin mayores exigencias cuando las causales de libertad se originan en que *i)* el hecho no existió y *ii)* la conducta era objetivamente atípica, en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque *iii)* no cometió el delito, *iv)* se dio aplicación del principio *in dubio pro reo*, y *v)* otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Bajo ese panorama jurisprudencial, es preciso advertir que no estamos frente a ningún caso en que se configure causal de aplicación para el régimen objetivo, por cuanto, José Hermes Narváez Sánchez fue vinculado a una investigación penal, la cual finalizó con sentencia absolutoria por existir dudas que fueron resueltas a favor del procesado, lo que sin duda exige un estudio dentro del régimen de responsabilidad subjetiva – falla del servicio.

Revisadas las presentes diligencias, es evidente que la norma legal vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos, es la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se estableció el Sistema Penal Acusatorio, y la que conforme al artículo 250 de la Constitución Política, establece que la Fiscalía ostenta la titularidad del ejercicio de la acción penal y su función principal es la investigación de los hechos que revistan la característica de un delito, habilitando al ente investigador conforme el artículo 114 de la Ley 906 de 2004 para que solicite, entre otras situaciones, que el juez de control de garantías ordene las medidas que considere constitucional y legalmente necesarias para la comparecencia de los imputados al proceso penal.

En ese orden de ideas, corresponde en este punto realizar, en primer lugar, el análisis de la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida que ordenó la detención preventiva, y así determinar si el daño de la privación se configura antijurídico.

De acuerdo a ello, y conforme las pruebas aportadas al proceso, se puede inferir que se cumplían dos requisitos del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, específicamente, respecto del peligro para la comunidad, porque según artículo 310 *ibídem*, resulta suficiente para que se consolide este aspecto, la gravedad y modalidad de la conducta punible, la cual para ese momento, correspondió al delito de Acto Sexual violento Agravado cuya víctima era menor de 14 años, en tal medida, se configuró el numeral 7 del artículo 310 de la Ley 906 de 2004⁷.

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

⁶ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto Sáchica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, que reemplazo la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01).

⁷ Artículo 310 de la Ley 906 de 2004: Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.

Además de ello, conforme al delito imputado al demandante, - acto sexual violento agravado -, también se puede concluir que se cumplió con los requisitos de procedencia del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, toda vez que el delito investigado superaba los cuatro años de prisión, específicamente, con una posible pena de ocho (8) a dieciséis (16) años de prisión, sumado a que, el delito era de competencia de un juzgado penal del circuito, por lo que se cumplieron los requisitos exigidos por el ordenamiento legal para la imposición de la medidas privativa de la libertad.

De conformidad con las circunstancias en las que ocurrieron los hechos y con la información con la que contaba para el momento la Fiscalía General de la Nación y el Juez de Control de Garantías, considera la Sala que existían los suficientes elementos de prueba que podían identificar la autoría del actor en la conducta delictiva por la cual se investigó, teniéndose así por cumplida la exigencia para imponer la medida de aseguramiento, máxime cuando su captura se consolidó en flagrancia y dentro del trámite del proceso penal se tiene que el indagado no aportó prueba alguna que acreditara que su actuación se amparó en una causal de ausencia de responsabilidad capaz de desvirtuar los circunstancias jurídicamente relevantes de su imputación, **por consiguiente resultaba justificada y proporcional la medida de aseguramiento que fue impuesta por el Juzgado Primero Promiscuo con funciones de Control de Garantías de Fresno - Tolima, siendo proferida con la observancia de las normas procesales vigentes para la época de su expedición y no vulneró el debido proceso del actor; lo que permite concluir a la Sala la inexistencia de antijuridicidad del daño alegado por privación injusta de la libertad.**

Aunado a lo anterior, se considera que la medida de aseguramiento a que fue sometido en su momento el hoy demandante, estuvo plenamente sustentada y justificada, atendiendo la naturaleza del delito que se estaba investigando e igualmente, porque se estaba en presencia de un sujeto de especial protección constitucional (menor de edad), lo cual ameritaba la restricción de la libertad de José Hermes Narváez Sánchez, en aras de salvaguardar la integridad de la menor de edad, evitar el peligro para la comunidad y la continuidad de la conducta delictiva por la cual se vinculó al proceso penal, argumentos que fueron expuestos por la Fiscalía al momento de solicitar la imposición de la medida de aseguramiento.

En este asunto, el juez de Control de Garantías tenía elementos probatorios para determinar que había lugar a la imposición de la medida de aseguramiento del demandante, al estar la menor en riesgo durante la investigación, por lo cual es evidente que la medida de aseguramiento no fue arbitraria, sino que por el contrario siempre tuvo como objeto garantizar, velar y proteger los derechos de la menor, máxime, cuando el investigado residía en la misma vivienda que la víctima.

Así las cosas, en cuanto a la responsabilidad de la administración respecto a la comisión del daño que se endilga en su contra, en este asunto no se puede predicar una conducta contraria a derecho por parte de las entidades demandadas, ya que la medida de aseguramiento a la que fue sometido en su momento el aquí demandante, estuvo plenamente sustentada en la normatividad que regula el procedimiento a seguir en el tipo de investigación a que estaba siendo sometido, como en el material probatorio que fue exhibido por la Fiscalía ante el Juez de Control de Garantías.

4. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

6. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito.

7. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.

8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

4.1 Fundamento normativo de la responsabilidad del Estado.

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, se estableció como cláusula general de responsabilidad del Estado, los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas, por ende, para concluir la responsabilidad se requiere la concurrencia de varios elementos configurativos a saber:

4.1.1 El daño Antijurídico, considerado como aquel menoscabo o detrimento que sufre una persona y que puede ser patrimonial o extrapatrimonial; sin embargo, para que genere responsabilidad debe ser cierto, personal y antijurídico. Es cierto, cuando efectivamente ocurre, de tal suerte que el hipotético no puede ser indemnizado; personal, en la medida que solo el afectado está legitimado para reclamarlo; y antijurídico, cuando la víctima no tenga el deber jurídico de soportarlo⁸, concepto que, por lo demás, se encuadra dentro de los principios constitucionales de solidaridad (Art. 1º), igualdad (Art. 13) y garantía integral del patrimonio de los ciudadanos (Arts. 2º y 58).

4.1.2 La imputación, entendida como aquel elemento de la responsabilidad a través del cual se le atribuye fáctica y jurídicamente el daño antijurídico a una autoridad del Estado.

En ese sentido, podemos indicar que la *imputación fáctica* corresponde desde el punto de vista de los hechos dañosos causados a un sujeto determinado, al estudio del nexo causal, no obstante, es de aclarar que no toda acción o hecho es de interés para el derecho, puesto que solo aquellos que generen un daño antijurídico deben ser estudiados. De igual manera, la imputación fáctica puede analizarse desde la omisión del Estado, evento en el cual estaremos ante criterios objetivos acudiéndose a valoraciones jurídico – normativas, en las que se constituyan, derechos, libertades o mínimamente se creen intereses para los administrados.

Por otro lado, la *imputación jurídica*, corresponde a los dos regímenes de imputación establecidos por la jurisprudencia: i) el *subjetivo*, por la falta o la falla en el servicio, correspondiente a aquellos eventos en que se evidencia que la conducta desplegada por el órgano estatal se enmarca en una actuación tardía, errada u omisiva que genera en los usuarios receptores del servicio una inconformidad e insatisfacción que se ve reflejada en daños antijurídicos susceptibles de ser reparados, es decir, que la anomalía en el funcionamiento y/o las actividades desplegadas por la Administración se materializa en la trasgresión de las obligaciones que le son propias; ii) el *objetivo*, corresponde a aquel título de imputación donde no media la culpa o la falla en el servicio, pero es posible determinar la responsabilidad bajo el análisis de regímenes, como el daño especial o el riesgo excepcional.

El daño especial tiene lugar para aquellos eventos cuando el Estado en el ejercicio de sus funciones y obrando dentro de su competencia y ceñido a la ley, produce con su actuación perjuicios a los administrados que son especiales y anormales en el sentido que implican una carga o sacrificio adicional al que los coasociados normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad, y cuando el equilibrio se rompe perdiéndose así el principio de igualdad por el obrar legítimo de la administración, es necesario restablecer el equilibrio a través de la indemnización de los perjuicios ocasionados.

⁸ Sobre el daño antijurídico el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C. P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, en sentencia del 26 de mayo 2011, radicación N°: 19001-23-31-000-1998-03400-01 (20097), expuso su concepto acogiendo los términos siguientes: “El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”.

Por su parte el riesgo excepcional, se configura cuando la administración en desarrollo de una obra o actividad de servicio público, emplea recursos o medios que colocan a los administrados o a sus bienes en una situación de riesgo⁹, que dada su gravedad excede las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos y al materializarse el riesgo, se produce un daño indemnizable.

Por ende, corresponde al Juez analizar los hechos de cada caso concreto y determinar el régimen de responsabilidad aplicable, para resolver el asunto sometido a su consideración de acuerdo con los elementos probatorios allegados, entonces, aunque el demandante haya encuadrado el litigio en un título de imputación disímil, es posible en acciones de reparación directa que el juez en aplicación al principio de *iura novit curia*, establezca el título de imputación.

Así mismo, independientemente del régimen o título de imputación, la entidad demandada puede exonerarse de responsabilidad, acreditando una causal eximente, como la fuerza mayor, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, o cualquier causa extraña que enerve las pretensiones de la demanda.

5. De la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad.

El alcance de la modalidad de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, ha sido un tema tratado de forma activa en la jurisprudencia del Consejo de Estado, determinando que su configuración opera cuando la persona que padece la detención es absuelta de responsabilidad penal, ya sea porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o no fue posible demostrar su autoría o participación en la conducta punible, o, porque se demostró plenamente su inocencia, o, bien sea por el principio de *in dubio pro reo*, o por preclusión de la investigación al demostrar alguna causal de exoneración de responsabilidad penal. Bajo esta premisa, “*el elemento determinante, del carácter justo o injusto de la privación de la libertad, tiene soporte en si quien la padeció es culpable o inocente*”¹⁰, es decir, si tenía el deber jurídico de soportarla, o si, por el contrario, el Estado le impuso una carga que afectó sus derechos fundamentales sin tener como respaldo fundamentos fácticos y jurídicos de la responsabilidad penal.

Frente a este tópico, con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, específicamente en el artículo 68, se estableció que el carácter injusto de la privación de la libertad surge como “*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*”¹¹. Al respecto, frente a la determinación de los casos en donde se presenta privación injusta, el Consejo de Estado puntualizó que la interpretación y aplicación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 no podía constituir una restricción al contenido del artículo 90 de la Constitución Política, por el contrario, debía ser considerado como un complemento dentro del sistema normativo de responsabilidad estatal¹².

⁹ Clasificadas por la jurisprudencia como actividades relacionadas con la conducción de redes de energía eléctrica, manejo y transporte de explosivos, uso de armas de fuego y conducción de vehículos automotores.

¹⁰ Orejuela Pérez, Ervin Marino. Responsabilidad civil extracontractual del Estado por privación legal e injusta de la libertad. En: Justicia Juris. Vol. 6. N° 12. octubre de 2009 – marzo de 2010, pág. 79 – 91. ISSN. 1692-8571.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

De acuerdo a la evolución jurisprudencial sobre la materia, encontramos que a través de la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013¹³, la Sección Tercera del Consejo de Estado, concluyó la existencia de una regla general de responsabilidad objetiva cuando en el proceso penal en que ha tenido origen la detención, se ha determinado que i) el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió, iii) la conducta no constituía hecho punible, o iv) por la aplicación del principio *in dubio pro reo*; presupuesto que opera siempre y cuando – en las cuatro situaciones mencionadas – no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues en tal evento hay lugar a aplicar un régimen subjetivo. Así mismo, si la libertad se decretó por una razón distinta, el escenario se enmarca en un régimen subjetivo de responsabilidad estatal.

En ese mismo sentido, en sentencia del 14 de julio de 2016¹⁴, el Consejo de Estado manifestó que la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad deriva de todos los eventos en los cuales el procesado privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación a su favor y, cuando en el proceso se determine que: i) el hecho no existió; ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica, siempre y cuando no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional en cuyo caso podrá aplicarse un régimen subjetivo de responsabilidad.

De otra parte, la Corte Constitucional a través de sentencia SU-072 de 2018¹⁵, en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, reiteró lo manifestado por esa Alta Corte en sentencia C-037 de 1996, respecto de que, se debe examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental, pues, en su criterio, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos, entonces, independiente del título de imputación, el juez administrativo debe estudiar si la privación es injusta o no, haciéndose indispensable que el estudio se enmarque en la determinación de si la medida que privó de la libertad al acusado fue razonable, proporcional y legal, y en esos términos preciso:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término ‘injustamente’ se refiere a 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 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”. (subrayas fuera de texto)

A su vez, también señaló que estaba de acuerdo con el régimen objetivo para los casos de i) el hecho no existió y que ii) la conducta era objetivamente atípica; debido a que la decisión de privar requiere de la acreditación de estos presupuestos, dado que es necesario que el juez penal para imponer una medida de aseguramiento evidencie la

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección «A». Sentencia del 14 de julio de 2016. Consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación: 66001-23-31-000-2010-00149-01 (42476). En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 52001-23-31-000-1996-07459-01 (23354).

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, Mag. Ponente José Fernando Reyes Cuartas.

existencia del hecho y que éste sea típico, por lo que en ambos eventos consideró que la privación de la libertad resultaría irrazonable y desproporcionada, por lo que el daño antijurídico se muestra sin mayores esfuerzos. Sin embargo, no concluyó lo mismo en los eventos en que el iii) investigado no cometió el delito y iv) la aplicación del *in dubio pro reo*, pues en estas dos causales la Corte considera que los fiscales y jueces deben efectuar mayores disquisiciones para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma.

Entonces, se puede concluir que la Corte Constitucional en unificación, establece que, en eventos de privación injusta de la libertad, no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo y objetivo, por lo que cualquiera que sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

Luego, la Sección Tercera del Consejo de Estado rectificó su postura a través de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018¹⁶, en la cual explicó detenidamente las razones para apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora había sostenido el órgano de cierre, indicando lo siguiente:

“En ese sentido, la Sala considera pertinente apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora ha sostenido en torno al tema, máxime que al amparo de ella no sólo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminó con una condena, exceptuando, eso sí, los casos en los que se ha observado que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima.

En otras palabras, bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es per se antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

En esa medida, comoquiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) “se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño”.

De ahí que dicha Corporación señaló de forma unificada que para determinar si la privación de la libertad de un procesado fue injusta, debía analizarse las pruebas que fundamentan las pretensiones del demandante, incluso de oficio, deberá efectuarse un

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

minucioso examen probatorio para determinar la antijuridicidad del daño, por ello concluyó:

“En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio iura novit curia, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello.”

En ese sentido, a partir de esta tesis jurisprudencial debía analizarse la antijuridicidad del daño a través del estudio de la conducta de la víctima – detenido -, con el fin de determinar si se configura alguna conducta culposa o dolosa que generó la restricción de la libertad a través de la imposición de la medida de aseguramiento, o si por el contrario, no se evidencia situación alguna de reproche en la conducta del detenido lo que generaría una medida injusta y generadora de un daño antijurídico imputable al Estado.

De esta manera, la tesis jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado concluía que si la conducta de la víctima fue determinante en la privación de la libertad, es decir, existió un vínculo causal (entendido desde la perspectiva de la causalidad adecuada) entre la medida y los perjuicios cuya indemnización se reclama no es viable la declaratoria de responsabilidad del Estado, pues la causa eficiente, directa y adecuada no fue la actuación de la administración sino la conducta del privado de la libertad, y no resulta entonces viable sacar provecho o ventaja de su propia culpa.

Dicha premisa entonces exigía al operador judicial demostrar para estos eventos que el daño (detención) *“cuya reparación se persigue en estos casos y en el que, por supuesto, se fincan las pretensiones de la respectiva acción jurisdiccional, resultó antijurídico, consultando entre otros criterios los estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal. De así acreditarse, se entenderá configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, esto es, de no lograrse tal demostración, se estará frente a un daño jurídicamente permitido y, por tanto, desprovisto de antijuridicidad, lo cual impide hablar, bajo el artículo 90 constitucional y el artículo 68 de la ley 270 de 1996, de privación injusta de la libertad.”*¹⁷

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

Finalmente, esta postura jurisprudencial fue reiterada en la sentencia de unificación emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 18 de julio de 2019¹⁸, en la cual determinó los parámetros indemnizatorios del perjuicio material en materia de privación injusta de la libertad, e indicó sobre el título de imputación lo siguiente:

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

(...)

De no hallarse en el proceso ningún elemento que indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, se debe realizar el análisis de responsabilidad a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, bajo el título de imputación pertinente al caso concreto y se debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.”

Sin embargo, debe advertirse que la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018¹⁹, fue debatida en sede de tutela a través de providencia de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 15 de noviembre de 2019²⁰, **si bien dejó sin efectos la sentencia de unificación** (15 de agosto de 2018), esa decisión atendió a particularidades específicas del caso, limitando su análisis a que *“La Sala amparará el derecho al debido proceso, particularmente en lo referente a la presunción de inocencia, dejará sin efectos la sentencia del 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado (exp. 46947) y dispondrá que en la sentencia de reemplazo se valore la culpa de la víctima sin violar su presunción de inocencia; y por las razones explicadas al determinar el problema jurídico, se resalta que este fallo no tiene ninguna incidencia en la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado.”*²¹; lo que permite concluir que **desapareció formalmente** el criterio de unificación plasmado en la sentencia del 15 de agosto de 2018 con ponencia del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.

A pesar de lo anterior, en criterio de esta Sala, ello, no impide que frente al caso concreto se analice el comportamiento de la víctima de la privación de la libertad de cara al dolo y la culpa, como se hizo en aquella sentencia, pues al analizar en su integridad la sentencia de tutela, es posible inferir que este criterio no desconoció que el juez administrativo pudiera determinar la responsabilidad del Estado y así concluir si fue justa o injusta la privación, desde el estudio de la conducta del detenido desde la óptica de lo civil, pues precisamente el análisis de responsabilidad debe surgir de los elementos propios contenidos en artículo 90 de la Constitución Política y 68 de la Ley 270 de 1996, partiendo de identificar la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente demostrar que no hubo condena en el proceso penal, y de acreditarse este aspecto, se entendería configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, se estaría frente a un daño jurídicamente permitido.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicado. 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572)

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

²⁰ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Magistrado Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01, accionante: Martha Lucía Ríos Cortés y otros, contra Consejo de Estado, Sección Tercera.

²¹ Aparte extraído de la conclusión de la sentencia antes resaltada. calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01

Entonces, lo que debemos entender, con la sentencia de tutela, es que dicho análisis sobre la antijuridicidad del daño no debe vulnerar la presunción de inocencia del acusado que reclama en vía administrativa la indemnización del presunto daño por su detención en una investigación penal.

Ahora bien, recientemente la Sección Tercera del Consejo Estado dio cumplimiento a la tutela y profirió en reemplazo de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018²², antes anunciada, la sentencia del 6 de agosto de 2020²³, a través de la cual no se impuso criterios de unificación, pero se concluyó con base en las posturas de la Corte Constitucional contenidas en las sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 que *“el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.”*

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

Conforme a lo anterior, y al dar una lectura integral a la providencia antes anunciada, que reemplazo la dejada sin efectos, es posible concluir que la Sección Tercera del Consejo de Estado mantiene un criterio conceptual respecto de la responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad, consistente en que el carácter injusto debe analizarse desde el estándar de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida privativa de la libertad, lo que en cada caso deberá ser objeto de análisis; postura que se ha replicado con posterioridad en varias decisiones que han sido proferidas por el Consejo de Estado²⁴:

“19. Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Por último, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima

²² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

²³ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente: José Roberto Sáchica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, radicado No. 66001-23-31-000-2011-00235-01 (46.947), actor: Martha Lucía Ríos Cortes y otros.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 19001-23-31-000-2008-00436-01(50944), Actor: RICARDO ALFONSO ARZUAGA SALAZAR Y OTROS; Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02812-01(47386) Actor: JORGE ENRIQUE ESCAFF CUSSE Y OTROS

como causal excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.”

La Corte Constitucional en sentencia T-045/21 del 25 de febrero de 2021, MP: José Fernando Reyes Cuartas, se pronunció sobre la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad, donde indicó:

*“(…) La Corte Constitucional y el Consejo de Estado exigen, como primer requisito para declarar la responsabilidad por privación injusta de la libertad, la demostración del daño antijurídico. En efecto, **la privación de la libertad dentro de un proceso penal que termina con una sentencia absolutoria no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, pues se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable** a la administración. Así, el daño es antijurídico cuando la orden de restricción devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)*

A su vez, en reciente pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de fecha 19 de noviembre de 2021, proferida dentro del proceso con radicación: 18001-23-31-000-2009-00129-01(50697), CP: Martín Bermúdez Muñoz, donde reiteró que la medida de aseguramiento debía estar debidamente justificada, exponiendo su necesidad de imponer la medida y acreditándose que cumplió con los requisitos, por tratarse de un instrumento que restringe el derecho fundamental a la libertad, para lo cual precisó:

“(…) PROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Incumplimiento

En vigencia de la Ley 600 de 2000, momento en el que se dispuso detener a la víctima directa del daño, los requisitos legales que debían cumplirse para adoptar tal medida estaban previstos en sus artículos 355, 356 y 357, y eran los siguientes: La procedencia de la medida según el tipo de delito imputado (art. 357). La existencia de <<por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso>> (art. 356). La existencia de medios de prueba que permitieran deducir que la medida era necesaria <<para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria>> (art 355). En este caso no se cumplieron dichos requisitos.

FUENTE FORMAL: LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 355 / LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 356 / LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 357

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – Debe exponerse la necesidad

Al momento de dictar la medida de aseguramiento la Fiscalía debía exponer las razones por las cuales se encontraban cumplidos los propósitos legales de la detención preventiva, lo cual no se hizo. El análisis de este aspecto es lo que le permite al juez administrativo determinar si la detención de la víctima directa del daño fue una determinación no solo legal sino adecuada, proporcional y razonable. No se trata de saber simplemente si existían indicios de responsabilidad que pudieran justificar la imposición de una sanción en su contra: ***se trata de determinar si existían razones que justificaran mantenerlo privado de la libertad durante el proceso.*** En la providencia en la

que se dispuso la detención preventiva del demandante (...) era necesario determinar si la medida se justificaba en los términos antes indicados. Sin embargo, en la Resolución del 13 de abril de 2004 la Fiscalía únicamente hizo referencia a los medios de pruebas que valoró para imponer la medida de aseguramiento, pero no expuso ninguna consideración, general ni particular, sobre su necesidad. (...)” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Conforme a lo anterior, las líneas jurisprudenciales actuales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, permiten concluir que el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que luego termina con decisión de absolución, prescripción, o cualquier otro evento librándolo de la responsabilidad penal, en sí misma, no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta, es decir, para ello, deberá analizarse la metodología determinada por el Consejo de Estado para concluir la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida impuesta, y en tal caso, sí constituye un daño antijurídico imputable a la administración, toda vez que “ *a pesar de la existencia de un daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico y, en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.*²⁵”, a menos que se trate de casos en que el hecho no existió o la conducta es atípica, por operar allí la responsabilidad objetiva.

6.HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES:

HECHO	MEDIO PROBATORIO
1. El 13 de febrero de 2014, se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de José Hermes Narváez Sánchez, por el delito de Acto sexual violento agravado, dentro del proceso con radicado No. 73283-60-00-480-2012-00131, en la que el Juzgado Primero Promiscuo de Fresno – Tolima, impuso medida de aseguramiento en centro carcelario.	Documental: CD contiene audiencia preliminar (Fols. 500)
2. El 9 de abril de 2014 el Fiscal 36 Seccional de Fresno presentó escrito de acusación en contra de José Hermes Narváez Sánchez, como autor del delito de Acto Sexual Violento	Documento: Escrito de acusación (Fol. 141 a 145)
3. El 12 de agosto de 2014, se llevó a cabo audiencia preparatoria ante el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Fresno – Tolima.	Documento: Acta de audiencia preparatoria (Fol. 321-322)
4. El 30 de octubre de 2014, se continuó con el desarrollo del juicio oral y el Juez de conocimiento indicó el sentido del fallo de carácter absolutorio, por lo que ordenó la libertad inmediata del procesado.	Documento: Acta de juicio oral del 30 de octubre de 2014 (Fol. 329) Documento: Boleta de libertad No. 010 del 30 de octubre de 2014 (Fol. 354)
5. El 28 de enero de 2015, el Juzgado Penal del Circuito de Fresno Tolima, profirió sentencia absolutoria a José Hermes Narváez Sánchez.	Documento: Acta de audiencia de lectura de fallo del 28 de enero de 2015 (Fol. 364 al 371)

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 81001-23-31-000-2011-00067-01(52829)

6. El 25 de abril de 2016, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, confirmó la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Fresno Tolima, el 28 de enero de 2015.	Documento: Sentencia del 25 de abril de 2016 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. (Fol. 388-403)
---	--

7. CASO CONCRETO.

En ejercicio de la presente acción, la parte demandante pretende que las entidades accionadas sean declaradas responsables de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados, como consecuencia de la privación de la libertad que se le impuso a José Hermes Narváez Sánchez, dentro del proceso penal adelantado como autor del delito de acto sexual violento agravado.

Por su parte, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda, al considerar que desde la actual perspectiva adoptada de manera Unificada por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, y conforme a los presupuestos del art. 90 de la Constitución Nacional, dadas las circunstancias en que se desarrollaron los hechos objeto de litigio, dentro de la causa penal seguida en contra del señor José Hermes Narváez Sánchez, la medida privativa de la libertad que le fue impuesta aparece como justa, proporcionada y legal, ponderándose que en el escenario procesal en que se impuso la medida de aseguramiento privativa, la misma se soportó en la validez de los medios probatorios que informaban la causa penal en aquella etapa, al paso que satisfizo los requisitos legales y no se avizora arbitraria o injusta; por lo que el demandante se encontraba compelido a soportarla y el hecho de haber sido absuelto mediante sentencia judicial, no implica necesariamente que se imponga *ipso facto* el deber de resarcir un presunto perjuicio irrogado.

Inconforme con esa decisión, la parte demandante en su recurso de apelación afirmó que la medida de aseguramiento impuesta a José Hermes Narváez Sánchez, se dio porque supuestamente era responsable del delito de acto sexual violento agravado, al ser acusado en declaración realizada por la menor C.P.V.D. ante las autoridades correspondientes y por la denuncia penal interpuesta por Sandra Milena Díaz Arboleda, madre de la menor, sin que por esa sola afirmación se pudiera ordenar la captura del afectado; pues, la Fiscalía General de la Nación debió realizar como acto previo a la captura la evaluación del caso en particular, con el fin de determinar si se trataba del responsable del delito de acto sexual violento agravado, en virtud de su labor investigativa; sin embargo, su actuación se tornó negligente al prolongar el proceso por más de 8 meses sin obtener las pruebas que determinaran que el capturado era responsable, resultando imposible probar su responsabilidad penal.

La circunstancia anterior, exige a la Sala estudiar si existió o no la privación injusta de la libertad que se alega, bajo la metodología establecida por el Consejo de Estado, es decir, determinar i) la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; ii) se debe analizar la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; ii) y, solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial); iv) en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; v) en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; vi) en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.

7.1 El daño.

De acuerdo a ello, tal como se precisó, en el *sub-lite*, advierte la Sala que se encuentra demostrado el **daño alegado respecto de la detención o privación de la libertad**, toda vez que al demandante efectivamente se le restringió su libertad en razón al punible de Acto sexual Violento Agravado, por solicitud de la Fiscalía 36 de Fresno (Tolima) e impuesta por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Fresno- Tolima.

Esta conclusión deviene del análisis de las pruebas, especialmente de la orden de captura No. 002 del 3 de febrero de 2014 (Fol. 97-98), acta de derechos del capturado del 12 de febrero de 2014 (Fol. 106), boleta de libertad No. 010 del 30 de octubre de 2014 (Fol. 354) y la certificación emitida por el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario INPEC (fol. 1 cuaderno pruebas No. 1 demandante).

Lo anterior, permite a esta Corporación concluir que José Hermes Narváez Sánchez estuvo privado de la libertad efectivamente en los límites temporales determinados por el *a quo*, los cuales tampoco fueron discutidos por las partes, por lo que esta Sala puede determinar que la privación de la libertad - daño - se presentó del **12 de febrero de 2014 al 30 de octubre de 2014, es decir, 8 meses y 18 días.**

7.2. De la imputación.

En este punto, indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional²⁶ y del Consejo de Estado²⁷, en cuanto al análisis de responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, partiendo propiamente de la antijuridicidad, puede concluirse que ésta se configura sin mayores exigencias cuando las causales de libertad se originan en que *i)* el hecho no existió y *ii)* la conducta era objetivamente atípica, en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque *iii)* no cometió el delito, *iv)* se dio aplicación del principio *in dubio pro reo*, y *v)* otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Bajo ese panorama jurisprudencial, es preciso advertir que no estamos frente a ningún caso en que se configure causal de aplicación para el régimen objetivo, por cuanto, José Hermes Narváez Sánchez fue vinculado a una investigación penal, la cual finalizó con sentencia absolutoria por existir serias dudas que fueron resueltas a favor del procesado, lo que sin duda exige un estudio dentro del régimen de responsabilidad subjetiva – falla del servicio -, tal como se lo planteó inicialmente en el marco normativo, pues, así se puede extraer de las decisiones penales emitidas en primera y segunda instancia, en los siguientes términos:²⁸

“(…) Que las explicaciones que eh el juicio dieran la supuesta víctima y su progenitora no concuerden entre sí, ello, como ya se dijo atrás, es irrelevante, porque, al confesar la menor en la vista pública que sus acusaciones eran

²⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

²⁷ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto Sáchica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, que reemplaza la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01).

²⁸ Visto en los folios 364 al 371 y folios 34 al 41.

inventadas, lo único que hizo fue ratificar algo que ya se había establecido con el estudio minucioso de sus tres (3) relatos fantasiosos e incoherentes entre Si, que precedieron al juicio, es decir, que la acusación -que hiciera la infante - desde un principio no tuvo ningún piso en la realidad.

Siendo estos los elementos aportados al juicio, para este judicial resulta evidente que existen serias dudas que a estas alturas deben ser resueltas a favor del procesado, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de mayo de del 2014, con radicado SP 6700 — 2014, 40.105:

"En consecuencia, el reproche prospera y a favor del encausado se impone la aplicación del apotegma in dubio pro reo (artículo 29 Constitución Política y 70 de la Ley 906 de 2004), ya que como lo tiene decantado de manera inveterada la Sala de Casación Penal, ante falta de certeza probatoria en el momento de proferir sentencia debe activarse la señalada garantía para prevenir el inaceptable riesgo de condenar a un inocente, extremo de la disyuntiva falladora más grave que el de absolver a un eventual responsable, pues, la justicia es humana y, por lo mismo, falible, de ahí que el acto soberano y trascendente de emitir sentencia de condena tiene que estar anclado firmemente en prueba de irrefutable solidez; cuando ello no ocurre, se impone en nombre de esa misma justicia, decisión absolutoria." (...)"

"(...) Por consiguiente, la multiplicidad de imprecisiones, contradicciones y vacíos' que se advierten entre las principales pruebas de cargo aportadas por la fiscalía durante el juicio, entre otras cosas porque no se trajeron a declarar testigos de importancia, como los hermanos de la presunta ofendida, deberá desestimarse la acusación por falta de la necesaria certeza para imponer la condigna condena contra el procesado.

Así las cosas, al no existir dentro del proceso, pruebas que acrediten que la conducta imputada al procesado efectivamente existió, no le queda otra alternativa a esta Colegiatura que confirmar en su integridad la decisión impugnada, por las razones expuestas en esta providencia (...)"

De acuerdo a ello, del material probatorio existente es preciso advertir que al expediente se allegó CD que contiene las actuaciones preliminares surtidas por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con funciones de Control de Garantías de Fresno (Tolima), radicadas bajo el No. 73283-60-00-480-2012-00131, en el cual claramente se evidencia que la investigación se desarrolló bajo la ritualidad del procedimiento penal reglado en la Ley 906 de 2004, código vigente para la época de los hechos – junio de 2012 - por lo que la investigación fue adelantada contra José Hermes Narváez Sánchez por el delito de Acto sexual violento agravado, por la Fiscalía 36 de Fresno (Tolima), autoridad que solicitó la legalización de la captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, para finalmente, el conocimiento del proceso penal corresponderle al Juzgado Penal del Circuito de Conocimiento de Fresno (Tolima), operador judicial que luego, absolvió al demandante por el delito acusado, tal como puede evidenciarse del fallo calendarado el 10 de diciembre de 2014 (Fols. 105 al 119).

Entonces, efectuadas las previsiones anteriores, es evidente que la norma legal vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos, es la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se estableció el Sistema Penal Acusatorio, y la que conforme al artículo 250 de la Constitución Política, establece que la Fiscalía ostenta la titularidad del ejercicio de la acción penal y su función principal es la investigación de los hechos que revistan la característica de un delito, habilitando al ente investigador conforme el artículo 114 de la Ley 906 de 2004 para que solicite, entre otras situaciones, que el juez de control de

garantías ordene las medidas que considere constitucional y legalmente necesarias para la comparecencia de los imputados al proceso penal.

Respecto de las medidas de aseguramiento, el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 estableció que el ente investigador podría solicitar ante el juez de control de garantías su imposición con la determinación de *“la persona, el delito los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia.”*, situación que exige al juez de control de garantías examinar los requisitos para la imposición de las medidas de aseguramiento, conforme lo establece el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, en los siguientes términos:

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

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

Igualmente, es indispensable que consolidados los requisitos establecidos en el artículo 308, la medida de aseguramiento solo procede en los casos establecidos en el artículo 313 *ibídem*:

“ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

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

Bajo esa consideración normativa, se observa que el 13 de febrero de 2014, se desarrolló la audiencia preliminar de la legalización de la captura en flagrancia, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Fresno.²⁹

De la misma manera, se extrae del acta de esa diligencia que, conforme a esos hechos jurídicamente relevantes, se le imputó al actor el delito de Acto Sexual Violento Agravado, contenido en el artículo 206 del CP; por ello, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

²⁹ Visto en el CD obrante en el folio 500

Luego, el 9 de abril de 2014 el Fiscal 36 Seccional de Fresno presentó escrito de acusación en contra de José Hermes Narváez Sánchez (Fol. 141 a 145), como autor del delito de Acto Sexual Violento, con base en los siguientes elementos materiales probatorios y evidencia física recolectada:

“(…) TESTIGOS CUYA DECLARACION SE REQUIERE:

CLAUDIA PATRICIA VANEGAS DIAZ, (Victima) finca el Broche, vereda La Linda de Fresno, Tolima, teléfono 3103582677

SANDRA MILENA DIAZ ARBOLEDA (Madre Victima) finca el Broche, vereda La Linda de Fresno, Tolima, teléfono 3103582677.

DR. JUAN CARLOS PALACIOS DELGADO, Comisaria de Familia de Fresno, Tolima.

DRA. CLAUDIA MARCELA SANTAMARIA, Psicóloga Comisaria de Familia de Fresno, Tolima.

DR. JOSE JOAQUIN GUZMAN GOMEZ, Medico Hospital San Vicente de Paul de Fresno, Tolima.

OSCAR CARDENAS RENGIFO, Unidad Local del C.T.L de Fresno, Tolima.

MARTHA LIGIA CASTANO ISAZA, vecina.

Doctor HECTOR SEGUNDO GONZALEZ BELTRAN, médico legista unidad local de medicina legal de Mariquita, Tolima.

DIEGO FERNANDO VANEGAS DIAZ, (Hermano Victima) finca el Broche, vereda La Linda de Fresno

HELMAN SEBASTIAN VANEGAS DIAZ, (Hermano Victima) finca el Broche, vereda La Linda de Fresno,

JESUS ANTONIO PIZARRO TOVAR, Unidad Local del C.T.J. Fresno, Tolima.

VÍCTOR JULIO BULLA RUIZ, Unidad Local del C.T.I. Fresno, Tolima

ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y PRUEBA DOCUMENTAL:

Denuncia penal formulada por el doctor JUAN CARLOS PALACIOS DELGADO, Comisario de Familia de Fresno, Tolima.

Valoración psicológica realizada a la menor victima C.P.V.D., por parte de la doctora CLAUDIA PATRICIA SANTAMARIA, psicóloga de la Comisaria de Familia de Fresno, Tolima.

Valoración médico legal sexológico realizado en el hospital San Vicente de Paul de Fresno, Tolima, a la menor victima C.P.V.D.

Fotocopia de la tarjeta de preparación de la cedula de JOSE HERMES NARVAEZ SANCHEZ.

Informe de investigador de campo de fecha 23 de julio de 2012 suscrito por el investigador del C.T.I. OSCAR CARDENAS RENGIFO.

Entrevista rendida por la señora SANDRA MILENA DIAZ ARBOELDA, madre de la menor víctima.

Entrevista rendida por la señora MARTHA LIGIA CASTANO ISAZA, vecina de la menor víctima.

Valoración médico legal sexológica practicada a la menor C.P.V.D., en la Unidad de Medicina Legal de Mariquita, Tolima.

Registro civil de nacimiento de la menor víctima C.P.V.D

Entrevista rendida por el adolescente DIEGO FERNANDO VANEGAS DIAZ, hermano de la menor víctima

Entrevista rendida por el adolescente HELMAN SEBASTIAN VANEGAS DIAZ, hermano de la menor víctima.

Entrevista rendida por la víctima C.P.V.D.

Informe de investigador de campo de fecha 3 de noviembre de 2013 suscrito por el investigador del C.T.L JESUS ANTONIO PIZARRO TOVAR.

Informe de investigador de campo de fecha 21 de enero de 2014 suscrito por el investigador del C.T.L VICTOR JULIO BULLA RUIZ.

Álbum fotográfico en donde la menor víctima interviene como testigo y JOSE HERMES NARVAEZ SANCHEZ (...)"

Luego, se evidencia que el conocimiento de este asunto, le correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Conocimiento de Fresno-Tolima; quien adelantó la etapa de juicio oral y el 28 de enero de 2015, emitió sentencia de carácter absolutoria,³⁰ la cual fue confirmada el 25 de abril de 2016, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.³¹

En ese orden de ideas, corresponde en este punto realizar, en primer lugar, el análisis de la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida que ordenó la detención preventiva, y así determinar si el daño de la privación se configura antijurídico.

De acuerdo a ello, conforme las pruebas antes relacionadas es posible inferir, en primer lugar, que el delito de acto sexual violento agravado imputado a José Hermes Narváez Sánchez, en su momento tuvo respaldo en:

- Denuncia penal dirigida al Fiscal 36 Seccional de Fresno por parte de el Comisario de Familia de Fresno-Tolima.³²

“(…) El presente es con el fin de hacer denuncia formal por el posible delito de Actos Sexuales Abusivos con Menor de Catorce Años, en contra de la niña CLAUDIA PATRICIA VANEGAS DÍAZ de doce (12) años de edad de acuerdo a lo narrado en la denuncia presentada por su madre, valoración Psicológica anexas a la presente denuncia y demás diligencias adelantadas

³⁰ Visto en los folios 25 al 32

³¹ Visto en los folios 388 al 403

³² Visto en los folios 5 y 6 cuad. pruebas

dentro de los actos urgentes en favor de los derechos de la menor de edad víctima (...)."

- Formato de petición General suscrito por Sandra Milena Díaz Arboleda ante la Comisaria de Familia de Fresno³³:

"(...) Los niños le contaron a la abuelita que Hermes les había dado plata para que fueran donde la vecina a que se compraran dulces y que los niños se fueron pero se subieron al barranco para mirar que le estaba haciendo a la niña, ellos vieron que ese señor empieza a subirle el vestido y a tocar a la niña, después ellos cogieron un palo y lo sacaron de la casa. (...)"

- Valoración médico Legal realizada el 17 de julio de 2012, en el Hospital San Vicente de Paul de Fresno-Tolima, en la que consta³⁴:

"(...) ANAMNESIS:

`YO ESTABA EN LA CASA DE MI PAPÀ EN LA COCINA AYUDANDO A MIS HERMANOS A HACER UNAS LENTEJAS Y LLEGÓ HERMES UN AMIGO DE MI PAPÀ Y MIS HERMANOS SE FUERON, Y ÉL ME DIJO QUE ME BAJARA LOS PANTALONES PARA QUE YO LE HICIERA COSAS, ME METIO LA MANO POR HALA (SIC) ABAJO Y EN ESE MOMENTO MI HERMANO SALIO CON UN PALO A PEGARLE Y ÉL SALIÓ CORRIENDO` LA PACIENTE REFIERE NO HABER PENETRACIÓN ANAL NI PENETRACIÓN VAGINAL. LA MADRE MENCIONA QUE SU HIJA DÍAS DESPUÉS No. 2 HA PRESENTADO FLUJO VAGINAL FETIDO BLANQUECINO AL CUAL NO HA DADO TRATAMIENTO MÉDICO.

"(...)"

CONCLUSIONES: (...)

AL MOMENTO DEL EXAMEN PRESENTA SIGNOS CLÍNICOS DE INFECCIÓN GENITAL, QUE POR EL RELATO Y LAS CARACTERÍSTICAS CLÍNICAS NO ES POSIBLE DEFINIR SI ES DE TRANSMISIÓN SEXUAL O NO, POR LO CUAL SE DEFINIRÁ EN SEGUNDA VALORACIÓN. (...)"

- Entrevista FPJ-14 del 23 de julio de 2012, de Martha Ligia Castaño³⁵:

"(...) Yo resido en la vereda la Linda desde hace tres años y medio donde convivo con un señor de nombre ELISEO MONTOYA, mi hija de seis años de edad, en cuanto a los hechos para ese día yo venía hacia partidas a pie siendo las 09: y 10 de la mañana y en compañía de mi hija JIMENA yo observe que venía el Señor HERMES en una bicicleta donde se bajó hacia la entrada de la vereda la Linda donde la niña que fue afectada estaba jugando en la carretera, y como a una distancia de una cuadra yo escuche que lloraba una niña yo me pare a mirar que estaba pasando cuando observe que este señor HERMES tenía la niña cargada y la llevaba para adentro de la casa, entonces al ratito salieron de un cafetal dos niños los cuales son hermanos de la menor afectada quienes le gritaban al señor HERMES que por favor aflojara la niña y no le fuera hacer nada ya al ratito, el señor HERMES soltó a la niña donde yo de inmediato llame a los tres niños y les pregunte a la niña que le había hecho el señor HERMES pero la niña me

³³ Visto en los folios 7-8

³⁴ Visto en los folios 15-20

³⁵ Visto en los folios 26-27

contestó que nada, luego de esto yo sé es que este señor HERMES VISITA una capilla que es de religión evangélica donde se reúnen los días miércoles de 7 a 9 de la noche (...)”.

- Entrevista de Sandra Milena Díaz Arboleda, madre de la menor de fecha 17 de julio de 2012:³⁶

“(...) Un sábado 27 de junio de este año 2012 recibió una llamada mi mamá ANA BEIBA ARBOLEDA pero era la voz de un hombre y que era vecino de la vereda, más no dijo el nombre, donde le dijeron a mi mamá que estaban violando a mi niña porque (...) y que por favor me fuera rápido para la comisaria, luego me atendieron los funcionarios de la Comisaria los cuales me dijeron que me fuera para la casa porque ellos ya salían a traer los niños, cuando yo llegue a la casa los niños estaban al cuidado del papá y una hermana mía de nombre MARÍA ARBOLEDA ya luego la abuela ANA BEIBA le pregunto a la niña CLAUDIA que si era verdad lo que le habían dicho entonces la niña contestó que si era verdad, entonces el otro niño SEBASTIÁN de 9 años como DIEGO FERNANDO de 13 años contestaron que si era verdad que ese señor obligó a acostarse en la cama y a quitarse la ropa y que la niña le quitara la ropa a este tipo pero los niños lo amenazaron con un palo para que se fuera de la casa ya que después la comisaria de Fresno me trajo los tres niños (...)”.

- Entrevista FPJ-14 del 23 de julio de 2013 de Diego Fernando Vanegas Díaz³⁷:

“(...) estaba en la casa entonces ese señor JOSÉ llegó, entonces nos mandó a la tienda la linda a comprar unos dulces, entonces nosotros nos fuimos por el barranco, entonces nosotros bajamos por detrás de la casa y SEBASTIÁN y yo pillamos a ese señor JOSÉ iba a empezar a manosearla, a mi hermana la tenía abrazada y ya cuando nos vio se fue pa la casa de él. OCTAVA PREGUNTA ¿Diga si conoce a JOSÉ HERMES NARVÁEZ SÁNCHEZ, en caso cierto por que motivo y desde cuando lo conoce, quien es esa persona y si tiene algún parentesco con él? CONTESTANDO. Sí, porque cada nada iba a la casa le llevaba cosas a mi mamá y siguió yendo, lo conozco desde que empezó a ir, lo conozco que es resabiado, y tiene una mano tembleque, es como canoso. NOVENO PREGUNTA ¿Diga si JOSÉ HERMES NARVÁEZ SÁNCHEZ ha manipulado el cuerpo de la menor CLAUDIA PATRICIA, en caso afirmativo, que partes del cuerpo de la menor ha usted observado que haya manipulado? CONTESTANDO si, por allá por la parte íntima, y por todo el cuerpo la mantiene tocando DECIMA PREGUNTA. Diga si usted ha observado que JOSÉ HERMES NARVÁEZ le haya hecho alguna clase de obsequios a la menor CLAUDIA PATRICIA NARVÁEZ?. CONTESTANDO. el cada nada le da monedas por ahí, plata, ONCEAVA PREGUNTA: que personas son testigos de los hechos? CONTESTANDO Una señora que vive por allá en el tablazo, no me el nombre, y mi hermano SEBASTIÁN DOCEAVA PREGUNTA: ¿Diga si usted le ha contado estos hechos a alguien? CONTESTANDO solamente a mi mamá. TRECEAVA PREGUNTA ¿Diga si estos hechos han ocurrido en varias ocasiones, en caso cierto en que lugares y cuando? Si, en la casa, atrás de la casa y adentro en las piezas, eso ocurre desde cuando él empezó a ir (...)”.

³⁶ Visto en los folios 28 al 29

³⁷ Visto en los folios 54 al 56

- Entrevista FPJ-14 del 23 de julio de 2013, de Helman Sebastián Vanegas Díaz³⁸:

“(...) yo estaba en la casa con mi hermano, y en esas llegó ese señor JOSÉ y nos dijo que valláramos (sic) por unos dulces, y entonces nosotros le dejamos (sic) que sí, nosotros nos fuimos por encima de un barranco bajamos a la casa entonces lo vimos adentro y ese señor JOSE dentro a mi hermana obligada y le estaba diciendo que si le tocaba el pene, la tenía al frente, la tenía agarrada entonces y ese señor cuando nos vio se tiró y se salió por un cerco salió a la carretera cogió la cicla y se fue (...)”

- Entrevista FPJ-14 del 3 de septiembre de 2013, de la menor Claudia Patricia Vanegas Díaz:³⁹

“(...) Si, el señor que me agredió es HERMES. Fue que HERMES les dio plata a mis hermanos a SEBASTIAN Y DIEGO y les dijo fueran a comprar lo que ellos quisieran y ellos se fueron a comprar, HERMES me cogió duro, yo le pegue una patada y no me quiso soltar me acostó en la cama me bajo la ropa, me bajo todo, él llevaba un pantalón jean, se lo desabrocho y se lo bajo hasta las rodilla y los pantaloncillos y me metió el pene por allá en la vagina yo grite HERMES se paró y se subió los pantalones y mis hermanos SEBASTIÁN y DIEGO escucharon entonces ellos se devolvieron, ellos le dijeron que ojo con eso, cogieron un palo y lo sacaron a palo y HERMES salió de ahí corriendo (...)”

- Acta de reconocimiento FOTOGRAFICO Y VIDEOGRAFICO FPJ-20 del 11 de enero de 2014⁴⁰:

“(...) SE COLOCA DE PRESENTE EL ANEXO (UNO (01) ALBUM FOTOGRAFICO PARA RECONOCIMIENTO CON OCHO (8) IMAGENES DIGITALES (...)

ES EL NUMERO 2, ES EL PORQUE SE LLAMA HERMES, TIENE UNA MANC QUE LE HACE ASI (MUESTRA LA MANO DERECHA COMO SI TUVIERA VIBRACIONES), TIENE UNA HIJA QUE TIENE DOS HIJOS Y ES MUY AMIGO DE MI PAPA, VIVE TAMBIEN EN LA LINDA (...)”

- Informe de Valoración psicológica del 24 de junio de 2012⁴¹:

“(...) Teniendo en cuenta lo anterior se puede concluir lo siguiente:

- 1. El relato de la niña es coherente, claro y conciso, contiene detalles de tiempo, modo y lugar que indican una recordación visual y vivencia de los hechos lo cual afianza la veracidad del mismo.*
- 2. No se evidencian en la niña pensamientos fantasiosos o ideas delirantes que puedan afectar el relato de los hechos. La niña reconoce a su presunto agresor y describe detalles de su apariencia física que indican que lo identifica plenamente.*
- 3. La niña no posee herramientas psicológicas ni emocionales que a su corta edad le permitan comprender y elaborar comportamientos sexuales, por lo tanto dichos comportamientos no acordes con la*

³⁸ Visto en los folios 57 al 59

³⁹ Visto en los folios 66 al 67

⁴⁰ Visto en los folios 88-89

⁴¹ Visto en los folios 235-236 cuaderno No. 2

madurez de la niña pueden ocasionar secuelas psicológicas que afectan su normal desarrollo emocional.

(...)

Se recomienda brindar apoyo terapéutico a la niña para minimizar las secuelas psicológicas que puedan generarse del hecho traumático y orientar a los padres en lo referente a su rol de cuidadores”

Por tanto, es posible también verificar con lo antes transcrito que se cumplían dos requisitos del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, específicamente, respecto del peligro para la comunidad, porque según artículo 310 *ibídem*, resulta suficiente para que se consolide este aspecto, la gravedad y modalidad de la conducta punible, la cual para ese momento, correspondió al delito de Acto sexual abusivo cuyo sujeto pasivo era una menor de 14 años, en tal medida, se configuró el numeral 7º del artículo 310 de la Ley 906 de 2004⁴².

Además de ello, conforme al delito imputado al demandante, - Acto sexual violento agravado -, también se puede concluir que se cumplió con los requisitos de procedencia del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, toda vez que el delito investigado superaba los cuatro años de prisión, específicamente, con una posible pena de ocho (8) a dieciséis (16) años de prisión-, sumado a que, el delito era de competencia de un juzgado penal del circuito, por lo que se cumplieron los requisitos exigidos por el ordenamiento legal para la imposición de la medidas privativa de la libertad.

Entonces, de conformidad con las circunstancias en las que ocurrieron los hechos y con la información con la que contaba para el momento la Fiscalía General de la Nación y el Juez de Control de Garantías, considera la Sala que existían los suficientes elementos de prueba que podían identificar la autoría del actor en la conducta delictiva por la cual se investigó, teniéndose así por cumplida la exigencia para imponer la medida de aseguramiento, máxime cuando su captura se consolidó en flagrancia y dentro del trámite del proceso penal se tiene que el indagado no aportó prueba alguna que acreditara que su actuación se amparó en una causal de ausencia de responsabilidad capaz de desvirtuar los circunstancias jurídicamente relevantes de su imputación, **por consiguiente resultaba justificada y proporcional la medida de aseguramiento que fue impuesta por el Juzgado Primero Promiscuo con funciones de Control de Garantías de Fresno - Tolima, siendo proferida con la observancia de las normas procesales vigentes para la época de su expedición y no vulneró el debido proceso del actor; lo que permite concluir a la Sala la inexistencia de antijuridicidad del daño alegado por privación injusta de la libertad.**

Aunado a lo anterior, se considera que la medida de aseguramiento a que fue sometido en su momento el hoy demandante, estuvo plenamente sustentada y justificada, atendiendo la naturaleza del delito que se estaba investigando e igualmente, porque se estaba en presencia de un sujeto de especial protección constitucional (menor de edad),

⁴² Artículo 310 de la Ley 906 de 2004: Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
6. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito.
7. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

lo cual ameritaba la restricción de la libertad de José Hermes Narváez Sánchez, en aras de salvaguardar la integridad de la menor de edad, evitar el peligro para la comunidad y la continuidad de la conducta delictiva por la cual se vinculó al proceso penal, argumentos que fueron expuestos por la Fiscalía al momento de solicitar la imposición de la medida de aseguramiento.

Además, la propia versión de la menor en su momento constituyó un indicio grave de responsabilidad en contra del investigado penalmente, lo cual tuvo mayor incidencia frente a la solicitud del ente investigador para que fuere impuesta medida de aseguramiento de carácter intramural y que la misma, hubiese sido decretada por el Juez de Control de Garantías, independientemente, que adelantando el juicio oral, se considerara que no existía mérito para condenar al aquí demandante por los delitos endilgados, al existir dudas que fueron resueltas a favor del procesado, por lo que se emitió sentencia de carácter absolutorio.

En este sentido, se reitera que atendiendo las circunstancias propias del presente caso, si existían serios indicios para endilgar responsabilidad penal en contra de José Hermes Narváez Sánchez, al momento que se decidiera sobre la procedencia de la imposición de la medida de aseguramiento en Establecimiento Carcelario, toda vez que se reunían los requisitos previstos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, no sólo para que se decretara la medida de aseguramiento, sino también para que se privara de su libertad.

Al respecto, es necesario traer a colación una sentencia del Consejo de Estado, C.P: RAMIRO PAZOS GUERRERO, de fecha catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida dentro del proceso con radicación No. 17001-23-31-000-2008-00305-01(42615), donde se pronunció frente a la privación injusta de la libertad cuando se investigó delitos sexuales contra menores de 14 años, como el *sub judice*, para lo cual señaló:

*“Para la Sala no es de recibo asociar las divagaciones del menor con un comportamiento delirante y fantasioso. No puede olvidarse que se trataba de un niño de escasos seis años. (...) **Si bien, en punto de la responsabilidad penal la duda imperó y favoreció al sindicado con alcance de cosa juzgada, en este estadio la credibilidad arroja el conjunto de razones que llevan a la Sala a inferir, conforme al relato más consistente del menor, que [el demandante] quebrantó deberes de conducta moral, entendidos sobre la base del respeto irrestricto que merecen los menores, pues no de otra manera se explica la Sala que fuera este señor, precisamente, el blanco de los señalamientos del niño** (...) En definitiva, hay un nivel de prudencia que deben guardar los adultos para acercarse y relacionarse con los niños que, por lo que se deduce de la pruebas, [el demandante] **no observó y que, a instancias de la vista contenciosa, constituye un dolo civil que, ciertamente, redime la obligación de reparar.***

(...)

INTERES SUPERIOR Y PREVALENTE DE LOS NIÑOS / PRINCIPIO PRO INFANS

*[E]l estudio de la culpa y el dolo civil en asuntos de responsabilidad administrativa es independiente de las valoraciones y conclusiones a que se haya llegado en materia penal (...) **Las cargas argumentativas que suponen la inmediata ruptura del deber de indemnizar por la constatación del dolo civil de la víctima, vienen dadas por el interés superior y prevalente de los niños/as, y en virtud de éste, por la fuerza suasoria que merecen sus declaraciones. Estas dos consideraciones toman valía a partir del denominado principio pro infans y se respaldan en las siguientes premisas normo-fácticas** (...) (i) El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo. La*

Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, memorando la proclama de la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas conforme a la cual “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”, le impuso al Estado obligaciones, (...) **por cuanto a los menores su falta de madurez física y mental los hace vulnerables, y por ende, los cuidados se esmeran y se extreman en su favor** (...) (ii) La protección de los menores en el marco de la violencia sexual. El abuso y la explotación sexual de niños y niñas, constituye conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos una violación de carácter grave.” (Negrilla y subraya fuera del texto)

La anterior posición ha sido reiterada en reciente pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado, quien, en sentencia del 31 de agosto de 2021, C.P: Jaime Enrique Rodríguez Navas, expediente No. 76001-23-31-000-2011-00940-01(52653), se pronunció sobre la privación de la libertad por delitos sexuales contra menores de 14 años, como el sub judice, y señaló:

“la Sala observa que, en primer lugar, la captura fue legal, pues ocurrió en virtud de la orden proferida por una autoridad judicial, luego de que la Fiscalía la solicitara en razón a la noticia criminal derivada de la denuncia presentada por la madre de la presunta víctima menor de edad, y respetando los procedimientos legales dispuestos para el efecto. En segundo lugar, **la medida de aseguramiento fue impuesta en cumplimiento de los requisitos legales, pues el juzgado de control de garantías consideró que, debido a la naturaleza de los hechos**, a la denuncia presentada en su contra y la vulnerabilidad de la comunidad de menores a cargo del docente, este debía permanecer privado de la libertad en su respectivo domicilio. **Tal disposición estuvo ajustada a la necesidad particular del caso investigado para ese momento procesal, toda vez que la decisión de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva sustituida por domiciliaria fue producto de una inferencia razonada, de acuerdo con una denuncia en contra del procesado que lo señaló como posible autor del delito de acto sexual con menor de 14 años.** Así, la medida de aseguramiento estuvo fundada en el análisis legal propuesto en los artículos 309, 310, 311 y 312 del CPP, sobre obstrucción a la justicia, peligro para la comunidad, peligro para la víctima y no comparecencia, luego del cual el **juez la consideró procedente, debido a que, por la gravedad de los hechos, al tratarse de un posible delito contra una menor de edad, se configuraron los presupuestos legales citados.** (...) la preclusión de la investigación no desvirtuó que la medida de aseguramiento impuesta cumplió con los requisitos previstos en la ley, pues se decretó con base en la noticia criminal que daba cuenta de unos hechos que debían ser investigados, puesto que señalaban que (...) podría haber incurrido en el delito de acto sexual con menor de 14 años. **Además, la Ley de infancia y adolescencia prohíbe expresamente la imposición de alguna otra medida no privativa de la libertad, por lo que el juzgado procedió conforme a la ley. De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye que la privación de la libertad que soportó el demandante no fue injusta, debido a que la medida de aseguramiento cumplió con los requisitos fijados en la ley y no se trató de una medida impuesta de manera arbitraria, pues estuvo sustentada en una argumentación razonada que, si bien no fue suficiente para declarar la responsabilidad penal de la comisión del delito que se le imputaba, cumplió con el nivel de certeza exigido en esa etapa procesal y tenía la fuerza de convicción suficiente para determinar la necesidad y la pertinencia de la medida de aseguramiento que hubo de soportar (...)**” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

De acuerdo a lo anterior, se puede decir que el Consejo de estado, ha señalado que en los casos en que se adelante un proceso de privación injusta de la libertad por el presunto punible de delitos sexuales contra menores de edad, los derechos de los menores deberán prevalecer sobre los demás, dando aplicación al *PRINCIPIO PRO INFANS*, sumado a que la Ley de infancia y adolescencia prohíbe expresamente la imposición de alguna otra medida no privativa de la libertad, y en tal sentido, se observa que en el caso concreto el actor fue privado de su libertad al haber sido señalado por una menor de edad como su presunto agresor sexual, al haber hecho actos libidinosos en sus partes íntimas, por lo que el juzgado procedió conforme a la ley.

En este asunto, el juez de Control de Garantías tenía elementos probatorios para determinar que había lugar a la imposición de la medida de aseguramiento del demandante, al estar la menor en riesgo durante la investigación, por lo cual es evidente que la medida de aseguramiento no fue arbitraria, sino que por el contrario siempre tuvo como objeto garantizar, velar y proteger los derechos de la menor, máxime, cuando el investigado residía en la misma vivienda que la víctima.

Así las cosas, en cuanto a la responsabilidad de la administración respecto a la comisión del daño que se endilga en su contra, en este asunto no se puede predicar una conducta contraria a derecho por parte de las entidades demandadas, ya que la medida de aseguramiento a la que fue sometido en su momento el aquí demandante, estuvo plenamente sustentada en la normatividad que regula el procedimiento a seguir en el tipo de investigación a que estaba siendo sometido, como en el material probatorio que fue exhibido por la Fiscalía ante el Juez de Control de Garantías.

Bajo ese panorama, constatándose la legalidad de la medida, al cumplir con los requisitos determinados en las normas aplicables, era razonable y proporcional ante los hechos y pruebas consolidadas para ese momento que la Fiscalía solicitara la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario y el juez de control de garantías aceptara la imposición de la misma, pues, no podía exigírseles que en dicha etapa preliminar contarán con la suficiencia probatoria propia de un juicio, para imponer la medida restrictiva de la libertad, y en este entendido la detención no resultaría arbitraria, ajustándose entonces, a los parámetros de orden constitucional y legal vigentes para el momento de su imposición.

De acuerdo a ello, para la Sala, es indiscutible que la Fiscalía y el Juzgado de control de garantías contaron con los medios de pruebas suficientes que comprometían la responsabilidad de José Hermes Narváez Sánchez en la posible conducta punible imputada, para así, por un lado, imponer la medida de aseguramiento cumpliendo con la carga legal para su imposición, siendo legítima, razonada y proporcional la decisión determinada, y luego, privarlo de su libertad; por otro lado, porque la Fiscalía contó con las pruebas necesarias y suficientes para presentar su escrito de acusación, basando su decisión en argumentos razonables, lógicos y coherentes con el material probatorio existente hasta ese momento procesal.

De la misma manera, siguiendo con la metodología planteada por el Consejo de Estado⁴³, y al no probarse la falla del servicio respecto de la imposición de la medida de

⁴³ “19. Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Por último, en todos los casos, debe realizarse el análisis

aseguramiento, no se evidencia que en la demanda se estableciera alguna condición especialísima que exija su estudio o análisis desde la óptica del daño especial, así como tampoco de las pruebas se puede acreditar alguna situación o circunstancia que produjera algún daño especial o anormal que rompa el principio de igualdad frente al obrar legítimo, proporcional y razonable de la administración al imponer la medida de aseguramiento que aquí fue objeto de estudio; aun cuando el agente del Ministerio Público solicitará declarar la responsabilidad del Estado, con el argumento de que la absolución se dio porque el hecho no existió, pues, de la sentencia absolutoria, lo que se indicó fue que se emitía en ese sentido porque existieron dudas que fueron resueltas a favor del procesado, sin que se den los presupuestos establecidos para analizar la responsabilidad objetiva.

De esa manera, encontrándonos en el análisis de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, efectivamente se puede constatar que el actor José Hermes Narváez Sánchez padeció un daño, pero el mismo adolece de ser antijurídico, comoquiera que es imputable a su propio actuar, pues, constituyó el elemento efectivo y determinante para la imposición de la medida de aseguramiento, y en tal sentido, la obligación de repararlo desaparece totalmente.

Así pues, a pesar de que la Fiscalía General de la Nación no probó su teoría acusatoria, lo cierto, en todo caso, es que la conducta debía ser investigada, siendo adecuado conforme los elementos materiales probatorios, imponer la medida de aseguramiento.

8. CONCLUSIÓN.

De acuerdo a todo lo expuesto, ante la falta de acreditación de un daño antijurídico por la privación de la libertad, las pretensiones elevadas en la presente demanda, se negarán, tal como lo concluyó el *a quo*, por ello, se confirmará la sentencia del 22 de octubre de 2019 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, pero conforme a los argumentos expuestos en la presente decisión.

9. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

El CPACA en el artículo 188 señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que este compilado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso para la liquidación y ejecución de las agencias en derecho.

Por lo anterior, se condenará a la parte demandante en las costas de segunda instancia siempre y cuando se encuentre acreditado en el proceso. Para el efecto, se señalará un (1) salario mínimo mensual legal vigente como agencias en derecho y se ordenará a la secretaría del *a-quo* que liquide tales costas, conforme a las reglas mencionadas.

10. OTRAS CONSIDERACIONES

Advierte la Sala que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19 la presente providencia fue estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura -distanciamiento social aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos-, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE:


PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 22 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante, conforme lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA., para lo cual se fija el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, como agencias en derecho.

TERCERO: Una vez en firme, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las constancias secretariales correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

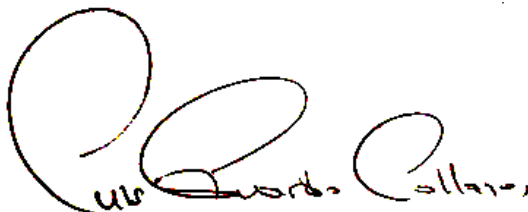
Los Magistrados⁴⁴,



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

⁴⁴ *Advierte la Sala de esta Corporación que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19, la presente providencia fue estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos – Artículo 12 del Decreto 491 de 2020 -, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura establecidas – distancia social y aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos -, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.*