

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Magistrado Ponente. Dr. CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

Ibagué, siete (07) de julio de dos mil veintidós (2022).

Radicación: No. 73001-33-33-012-2018-00003-01
Interno: No. 2020-00613
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: JOSE EDGAR FORERO ROMERO y MARÍA NUBIA FORERO ROMERO
Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.
Referencia: Apelación de sentencia – Privación Injusta de la Libertad

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Se encuentran las presentes diligencias en esta Corporación a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida el 26 de mayo de 2020 por el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué, mediante la cual decidió denegar las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

Los señores JOSÉ EDGAR FORERO ROMERO y MARÍA NUBIA FORERO ROMERO, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Reparación Directa establecido en el artículo 140 del C.P.A.C.A, promovieron demanda contra la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, solicitando las siguientes:

I.I. DECLARACIONES Y CONDENAS¹

“1. Que se condene LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, al pago total de las indemnizaciones que haya, para el caso de la presente demanda.

¹ Fls. 63-65 del Doc. PDF Cuad. Ppal. – Expediente electrónico juzgado.

Sentencia de Segunda Instancia

2. Que se proceda al pago de los siguientes rubros a título de indemnización por los perjuicios que las demandadas causaron a los demandantes, por el error jurisdiccional causado al mantenerlo inmerso en un proceso penal por un delito que efectivamente el no cometió.

2.1. DAÑO EMERGENTE:

Una suma por valor de DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000), correspondientes a la asesoría técnica y jurídica realizada por los defensores de confianza, dentro del proceso penal referido.

2.2. LUCRO CESANTE.

Hace referencia a la utilidad o pérdida de ingreso que tienen los mandantes, al dejar de percibir la cuota de sostenimiento, alimentación y demás necesarios para la subsistencia que destinaba el señor, JOSE EDGAR FORERO ROMERO para su sostenimiento y el de su familia, el que no pudo seguir percibiendo debido a la privación injusta de la libertad.

Así las cosas y teniendo en cuenta que para la fecha de la privación injusta de la libertad. El señor DEMANDANTE. Devengaba un ingreso mensual del salario mínimo legal vigente UN MILLÓN NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL PESOS M/CTE. (\$644.350.) (sic) producto de la actividad de labores en el campo para la fecha en que se tramitaba y surtía la acción penal ante el Juez de Conocimiento:

El señor demandante fue privado de su libertad, desde el día 20 de nov de 2014, por tal motivo tenemos que debido al trámite de este proceso y por su retiro dejo de percibir la suma de SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MIL DIEZ PESOS M/CTE. (\$12.887.000) (sic) multiplicado por 20 meses da un total

3. DAÑO MORAL.

Definido como el daño y afectación de tipo sentimental y psíquico que, desde el día del fatal inicio de la acción penal del señor, **JOSE EDGAR FORERO ROMERO**, tuvo una gran pesadumbre, tristeza y congoja, aunado también a la ruptura de su relación amorosa y sentimental con su Compañera y de tener que dejar a sus hijos menores de edad, sin poder verlos, contemplarlos y entregar el cariño debido y que merecen los hijos de cualquier persona.

Una suma equivalente en pesos a 200 SMMLV, es decir, a CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y UN MIL PESOS M/CTE. (\$137.891.000).

4- El pago de los INTERESES MORATORIOS que se den desde la fecha en que adquirió firmeza y ejecutoria la sentencia absolutoria del proceso penal

Sentencia de Segunda Instancia

en contra de mi cliente (el día 07 de julio de 2017), hasta el día de pago de la indemnización por perjuicios.

5- *El valor sea INDEXADO, desde la fecha en que adquirió firmeza y ejecutoria la sentencia absolutoria del proceso penal en contra de mi cliente (el día 07 de julio de 2017), hasta el día de pago de la indemnización por perjuicios.”*

I.II. HECHOS²

De la lectura de la demanda, la Sala encuentra los siguientes hechos de carácter relevante:

“PRIMERO: *El día 16 de agosto de 2014, conforme a la denuncia presentada ante la unidad local del C.T.I del espinal (sic). Por parte del defensor de familia del espinal -Tolima. Quien manifestó que como funcionario del ICBF, recibió a la menor de iniciales E.T.M., quien expresa ser menor de catorce años, y que ha venido siendo abusada sexualmente por el señor JOSE EDGAR FORERO ROMERO, así mismo la señora, LEYDY TIMOTE MOLINA. Quien es hermana de la víctima. Manifiesta que el acusado ha venido sosteniendo unas relaciones sentimentales con la menor, y quien para la época era menor de catorce años. Esta fue la relación de los hechos de la denuncia.*

SEGUNDO: *La investigación de esta denuncia le correspondió por reparto a la FISCALÍA 33 seccional del espinal-Tolima (sic), a cargo del Dr. URIEL BALLESTERO, quien dentro del trámite respectivo solicita orden de captura en contra de mi cliente al juzgado segundo penal municipal con funciones de control de garantías del espinal-Tolima (sic), tal vez debido a la peligrosidad que era y afectaba para la comunidad mi mandante*

TERCERO: *el 19 de nov de 2014, se le dicto medida de aseguramiento intramural.*

CUARTO: *Mi mandante se le formulo (sic) imputación de cargos el 20 de nov de 2014. Ante el juzgado segundo penal municipal con funciones de control de garantías del espinal-Tolima (sic). Por el delito de acceso carnal abusivo, con menor de catorce años. Donde mi prohijado no se declaró culpable.*

QUINTO: *Mi mandante se le formulo (sic) acusación de los cargos el 10 de febrero de 2015. Ante el juzgado primero penal del circuito del espinal-Tolima (sic). Por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.*

SEXTO: *Mi cliente 07 de julio de 2017. El juzgado primero penal del circuito del espinal-Tolima De conocimiento (sic), en primera instancia, fue absuelto sin haber sido recurrida la decisión de primera instancia. por ninguno de los intervinientes.*

² Fls. 54-55 Doc. PDF 01. EXPEDIENTE 012-2018-00003.

Sentencia de Segunda Instancia

SÉPTIMO: El 18 de diciembre de 2011 mi poderdante, debido a su alta peligrosidad y riesgo para la comunidad, es fuertemente capturado y esposado por las autoridades de policía en el palacio de justicia del espinal-Tolima (sic), siendo detenido y privado de su libertad en el penitenciario del guamo-Tolima

OCTAVO: Luego de las anteriores diligencias, mi cliente es puesto en libertad el 21 de julio de 2016. Conforme la decisión ajustada a Derecho del Juez Primero de Garantías, ordenando de forma inmediata la LIBERTAD DE MI CLIENTE, por vencimiento de términos, luego de las anteriores diligencias, mi cliente es puesto en libertad conforme a la decisión ajustada a Derecho del Juez de Garantías,

NOVENO: La acción penal es asignada por reparto al JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DEL ESPINAL-TOLIMA. CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO, conforme a las pruebas presentadas para el efecto, las que son visibles dentro del ítem de PRUEBAS PRACTICADAS EN EL JUICIO ORAL., conforme al escrito de la sentencia del juzgado fallador.

DÉCIMO: Luego de haberse surtido y practicadas de todas las pruebas dentro del juicio oral, presentados los alegatos de la defensa, en donde se solicita la absolución de JOSE EDGAR FORERO ROMERO, con base y fundamento de que las pruebas no fueron idóneas, que arrojaban un error de tipo. Y que no existía el delito de acceso carnal, el juez de conocimiento en su parte resolutive de la sentencia falla:

PRIMERO: ABSOLVER al señor **JOSE EDGAR FORERO ROMERO**, como autor del punible de acceso carnal, abusivo con menor de catorce años, conforme a las consideraciones expuesta en este proveído.

SEGUNDO: Contra la presente decisión procede el recurso de apelación ante el H Tribunal Superior de distrito Judicial-sala de decisión penal que de interponerse debe hacerse en este acto público (art-179 C.P.P) y sustentado verbalmente dentro de la misma o por escrito, dentro de los 5 días siguientes.

Esta sentencia se notifica por estrados de conformidad a lo preceptuado por los artículos 147 y 169 del código de procedimiento penal.”

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término de traslado de la demanda que trata el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011, la **RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL IBAGUÉ - TOLIMA** y **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** contestaron el libelo introductorio de la referencia, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones demandatorias, para lo cual argumentaron lo siguiente:

Sentencia de Segunda Instancia

2.1. Nación – Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial Ibagué – Tolima³:

La apoderada judicial de la Rama Judicial - Dirección Seccional de Administración Judicial, argumentó:

Luego de reseñar ampliamente lo expuesto en la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de unificación adiada 17 de octubre de 2013, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, concluyó que dicha providencia *“otorga al Artículo 90 de la Constitución Política (...) significado más amplio, y la supremacía como norma constitucional, frente al resto de ordenamiento jurídico. Es así como del análisis de la sentencia se concluye que cuando una persona es sometida a una medida privativa de la libertad y posteriormente es absuelta, sin importar la ley penal bajo la cual se tramitó el respectivo proceso penal, o la causal por la cual se profirió la absolución, habrá lugar a responsabilidad de Estado, en aplicación de la teoría del daño especial, entendido éste como aquel que el individuo no estaba obligado a soportar, sin que en estos casos, tenga relevancia la juridicidad de la conducta del agente estatal”*

A renglón seguido señaló que no obstante lo allí determinado, dicha posición ha variado, tal y como se advierte en la sentencia proferida el 10 de agosto de 2015 Consejero Ponente Dr. Jaime Alberto Santofimio Gamboa, dentro del expediente de radicado interno 30134, en la que se adoptó otra posición, cuyo eje central se encuentra enfocado en realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustentan la exoneración penal como podría ser la aplicación del principio *in dubio pro reo*, esconde deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son las que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación penal en su favor.

A su turno, recalca el papel del Juez Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de El Espinal (Tolima), quien actuó con base en las pruebas aportadas, mediante las cuales se podía inferir la responsabilidad del imputado en el delito endilgado, lo que conlleva a la imposición de la medida de aseguramiento contra el accionante; de tal manera que el resultado dañoso, es imputable a dicha actuación y no a las desplegadas por la Rama Judicial, por ausencia de nexo causal, y que así, resulta evidente que la privación de la libertad de JOSE EDGAR FORERO ROMERO, desde el punto de vista de la causalidad material, fue producto de la actuación del ente investigador, lo que rompe el nexo de causalidad entre el acto jurisdiccional de privación de la libertad y el daño que se alega.

Que, cuando el ente investigador incumple sus deberes probatorios, el Juez debe absolver al procesado y no surge la responsabilidad del Estado respecto de la Nación – Rama Judicial, porque la privación de la libertad tuvo origen en el caudal probatorio allegado inicialmente por el ente investigador, el cual posteriormente no

³ Fls. 81 – 92 Doc. PDF 01. EXPEDIENTE 012-2018-00003.

Sentencia de Segunda Instancia

reunió los requisitos para convertirse en plena prueba y ser el soporte de una decisión condenatoria.

Finalmente, propuso como excepciones de mérito las que denominó “*Inexistencia de Perjuicios*”, “*Ausencia de nexo causal*”, “*hecho de un tercero*”.

2.1. La Fiscalía General de la Nación⁴:

La apoderada judicial del ente investigador se opuso a las pretensiones de la demanda y afirmó que de acuerdo con lo establecido en la Ley 906 de 2004, le corresponde adelantar la investigación, para que de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, pueda solicitar, como medida de aseguramiento, la detención preventiva del sindicado, correspondiéndole al Juez de Control de Garantías analizar el material probatorio aportado como sustento de su solicitud, para luego establecer la viabilidad de la imposición de la referida medida, por lo que es el Juez quien tiene la potestad de decidirla, decretarla e imponerla y no su representada.

Advirtió también en que para solicitar la imposición de la medida de aseguramiento no es necesario que en el proceso existan pruebas que conduzcan a la certeza absoluta sobre la responsabilidad penal del sindicado, pues este grado de convicción sólo se tiene y es indispensable en momento de proferirse sentencia condenatoria.

Por otra parte, señaló que si en el transcurso de la investigación y de proceso aparecen circunstancias que favorecen a los presuntos responsables de una conducta delictiva, ello no puede implicar directamente una detención injusta que el Estado deba resarcir, pues precisamente en el procedimiento penal existen etapas que deban surtirse para el esclarecimiento de los hechos, y la obligación de la Fiscalía General de la Nación, a través de sus delegados y como ente acusador, es investigar toda aquella conducta que revista las características del delito hasta el final.

Finalmente, señaló que las actuaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación siempre estuvieron ajustadas a los presupuestos jurídicos, fácticos y probatorios, sin que se tenga de presente alguna que pueda considerarse subjetiva, caprichosa, arbitraria y/o violatoria del derecho de defensa del procesado; y que, pensar que cada vez que un proceso penal es precluido por duda frente al procesado se compromete la responsabilidad patrimonial del Estado, sería tanto como aceptar que la entidad no puede adelantar una investigación penal, por cuanto se estaría restringiendo su autonomía, poder de instrucción, libertad para recaudar y valorar pruebas para el esclarecimiento de los hechos punibles y sus presuntos autores.

⁴ Fls. 118 - 133 Doc. PDF 01. EXPEDIENTE 012-2018-00003.

Sentencia de Segunda Instancia

Formuló las siguientes excepciones: “Falta de legitimación por pasiva”, “ausencia del daño antijurídico e inimputabilidad del mismo a la Fiscalía General de la Nación”, “inexistencia del nexo de causalidad”, y “Genérica”.

III. SENTENCIA APELADA⁵

El Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué, mediante sentencia proferida el 26 de mayo de 2020, resolvió:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por los motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte accionante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del C.P.A.C.A y 365 del C.G.P., para lo cual se fija como agencias en derecho a cargo de la parte accionante y a favor de la entidad demandada, en la suma equivalente al tres por ciento (3%) de las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por secretaria se realice conforme lo dispone el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CUARTO: En firme este fallo, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento y archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático “Justicia Siglo XXI”

QUINTO: Líquidense los gastos del proceso y, si hubiere remanentes, devuélvanse a la parte demandante.

Para llegar a la anterior decisión, el a quo consideró:

“(…)

Con base en los elementos de prueba a los cuales se ha hecho alusión, está demostrado en el expediente la configuración de la causa eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima, esto es del señor EDGAR FORERO ROMERO, en el acaecimiento del resultado en que se tradujo la decisión de la Fiscalía General de la Nación al proferir una medida de aseguramiento en su contra, es decir, la pérdida de su libertad.

Lo anterior, por cuanto se encontró plenamente demostrado que la mencionada medida de aseguramiento no tuvo su causa eficiente o adecuada en la actividad de la Administración de Justicia – a pesar de ser la causa inmediata sino en la conducta asumida por la víctima, pues en efecto sostuvo una relación con la menor de edad.

Además, que la medida de aseguramiento se derivó con ocasión de la denuncia que puso la menor ante el ICBF en donde informa que venía siendo abusada sexualmente por FORERO ROMERO, así como la declaración ante esta entidad, de la hermana de la

⁵ Fls. 188 - 206 Doc. PDF 01. EXPEDIENTE 012-2018-00003.

Sentencia de Segunda Instancia

víctima LEIDY TIMOTE MOLINA, quien manifestó que en efecto FORERO ROMERO y la menor de edad sostenían una relación sentimental y que esta para el momento de los hechos contaba con menos de 14 años.

En efecto en virtud de las anteriores declaraciones, es claro que, de conformidad con el artículo 208 de la Ley 599 de 2000 (código Penal Vigente en el momento de los hechos), el señor JOSÉ EDGAR FORERO ROMERO tenía el deber de comparecer ante las autoridades judiciales, porque de acuerdo a las declaraciones inclusive de la menor era sospechoso de cometer el delito de acto sexuales abusivos con menor de 14 años.

Lo que conllevaba a que el ente fiscalizador y la Rama Judicial realizara la correspondiente investigación penal. Pues tenía el deber legal y constitucional de proteger los derechos de la menor y en consecuencia vincular a FORERO ROMERO a la investigación, por ser quien sostenía una relación con una menor de edad. (...)

Así las cosas, es de evidente que el señor JOSÉ EDGAR FORERO ROMERO no obró en la forma debida, lo que lo llevó a que se le implicara en la comisión de un delito y que dio lugar a que con el lleno de los requisitos, se profiriera la medida de aseguramiento en su contra, lo anterior por cuanto al material probatorio con que contaba el ente fiscalizador y en prevalencia de los derechos de la menor, este debía soportar la carga de la medida de aseguramiento que le fuera impuesta.

(...)”

IV. LA APELACIÓN⁶

Oportunamente, el apoderado judicial de los demandantes interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el 26 de mayo de 2020 por el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué, con el objeto de que se revoque tal decisión y se acceda a las súplicas de la demanda, en tal orden expuso lo siguiente:

En primera medida señaló que, en el presente caso no puede endilgarse responsabilidad al señor JOSÉ EDGAR FORERO ROMERO – culpa exclusiva de la víctima, por el sólo hecho haber sostenido una relación sentimental con una menor de edad, pues fue precisamente un error de tipo el que lo llevó a tal situación, y que lo correspondiente es que el caso se analice partiendo de sí realizó alguna conducta que conllevara a que le fuera restringida su libertad, esto, por cuanto así lo ha determinado el máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Que abordar el estudio desde la tipificación de la conducta, es vulnerar la presunción de inocencia e invadir una etapa que ya fue decidida por el juez de la causa penal, máxime cuando el Consejo de Estado ha sustentado la tesis de la teoría de la causalidad adecuada consistente en buscar dentro de la cadena causal, la causa efectiva y determinante para la producción del resultado, es decir, que el derecho

⁶ Folios 228-233 Doc. PDF 01. EXPEDIENTE 012-2018-00003.

Sentencia de Segunda Instancia

penal solo tiene como causante aquella conducta que de acuerdo con la experiencia general de la vida ostente una tendencia general hacia él logró de un resultado típico.

A hilo precisa que, la jurisprudencia ha considerado como causa jurídica del daño, la actividad que, entre las concurrentes, ha desempeñado un papel preponderante y trascendental en la realización del perjuicio, pues, es necesario que exista conexión causal jurídicamente relevante entre un evento dañoso que lesionó a quien exige ser reparado.

Que el sólo hecho de que se hubiere vinculado al señor Forero Romero a la investigación penal, no implicaba que tuviera que soportar la carga de estar privado de su libertad, máxime cuando en el transcurso del proceso se le absolvió en sentencia del 7 de julio de 2017, esto, es casi 3 años después de que le fuera impuesta la medida de aseguramiento intramural. Y que el régimen de responsabilidad por privación injusta de la libertad avalada en la actualidad por el Consejo de Estado establece que, es ilegítimo para un Estado Social de Derecho como el nuestro, exigir a los asociados la asunción de la carga de soportar una investigación penal y la privación de la libertad bajo el argumento de conservación del interés y seguridad y, que cualquier restricción por corta que sea, siempre que no se encuentre justificada configura un daño antijurídico que debe ser resarcido.

En tal orden precisa que, los demandantes han sufrido un perjuicio por la privación de la libertad del señor José Edgar Forero Romero, su vinculación e imputación dentro de un proceso penal que concluyó con su absolución, pues, es precisamente la medida de aseguramiento con detención preventiva en centro carcelario solicitada por el Fiscal 33 Seccional de El Espinal y aceptada por el Juez Segundo Penal Municipal del Guamo, la fuente del daño antijurídico irrogado a sus prohijados, máxime cuando la misma no se mostraba necesaria y razonable, en consideración a los buenos antecedentes familiares, laborales y personales del implicado, y que daban cuenta que no representan ningún peligro para la sociedad o para la víctima y que éste podía disfrutar de su libertad, mientras se adelanta la investigación correspondiente, o incluso imponer una medida menos invasora.

Por lo anterior, concluye que, con las pruebas arrimadas se probó la privación injusta de la libertad del señor JOSÉ EDGAR FORERO ROMERO, y que el *a quo* debió ponderar la entidad del daño causado en la órbita subjetiva del demandante y reconocerle a éste, en calidad de víctima directa, y acceder las pretensiones de la demanda, esto, máxime cuando la investigación se precluyó en consideración a que no fue posible establecer su responsabilidad en los hechos imputados por atipicidad del hecho investigado, es decir, que dentro de la causa penal no fue posible llegar a determinar la responsabilidad del actor de la conducta punible que le fue imputada.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, fue admitido mediante el proveído fechado el 11 de noviembre de 2020 (Doc. PDF – 004 auto admite apelación –

Sentencia de Segunda Instancia

expediente electrónico Tribunal), posteriormente, mediante auto adiado el once (11) de mayo de 2021 (Doc. PDF – auto ordena alegatos– expediente electrónico - Tribunal), se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público con miras a que éste emitiera su concepto de fondo, derecho del cual hizo uso la parte actora y la Fiscalía General de la Nación⁷.

Al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, la Sala procede a decidir la controversia conforme a las siguientes.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SEGUNDA INSTANCIA

6.1. Precisiones preliminares

6.1.1. *Competencia*

En primer lugar, es menester indicar que de conformidad con la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., esta jurisdicción puede aprehender el conocimiento del presente asunto, pues se trata de una controversia originada en un hecho sujeto al derecho administrativo en el que al parecer están involucradas entidades públicas.

Como corolario de lo anterior, según las voces del artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para resolver el recurso de alzada en contra de las sentencias proferidas por los Jueces Administrativos en primera instancia y como quiera que según la regla general consagrada en el inciso 1º del artículo 243 *ibídem*, los fallos emitidos por los Jueces y Tribunales Administrativos son pasibles de ser apelados, es claro que esta Colegiatura es competente para dirimir el presente asunto en Sala de Decisión tal como lo prevé el artículo 125 *ejusdem*.

6.1.2. *Definición del recurso*

Conforme a lo dispuesto en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, normativa aplicable al caso de autos por remisión expresa del canon 306 de la Ley 1437 de 2011, y en armonía con lo establecido por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación emitida el 06 de abril de 2018⁸, el estudio en esta segunda instancia, y por lo tanto, el marco de competencia de este Tribunal, lo constituyen los puntos de inconformidad formulados por la parte actora en contra de la sentencia de primer grado.

Para lo cual se tiene que, el vocero judicial de la parte demandante esgrimió que a diferencia de lo planteado por el *a quo* en el fallo recurrido, las entidades accionadas si son responsables por los daños presuntamente irrogados a los accionantes con

⁷ Según documentos PDF 012- Correo Alegatos parte actora y 013_Correo alegados de fiscalía General de la Nación – expediente digital Tribunal.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 06 de abril de 2018, C.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH; referencia- acción de reparación directa- sentencia de unificación, radicado 05001-23-31-000-2001-03068-01-(46005).

ocasión a la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor JOSÉ EDGAR FORERO ROMERO, daño antijurídico causado que no estaba en la obligación jurídica de soportar.

6.1.3. Problema jurídico a resolver

Teniendo de presente la fijación del litigio de instancia y, los argumentos expuesto en el recurso de alzada, se tiene que el problema jurídico a resolver por este Tribunal consiste en determinar si la Fiscalía General y la Nación – Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial Ibagué-Tolima, son extracontractualmente responsables de los perjuicios irrogados a los demandantes, como consecuencia de la presunta privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor JOSÉ EDGAR FORERO ROMERO entre el 20 de noviembre del 2014 hasta el 21 de julio de 2016, en razón a la causa penal seguida en su contra por los delitos de acceso carnal abusivo, y que culminó con la sentencia absolutoria emitida el 7 de julio de 2017 por el Juzgado Primero Penal Municipal del Espinal, o si por el contrario, se ha de confirmar la decisión adoptada por encontrarse que las accionadas actuaron conforme a derecho.

6.2. Análisis sustancial

Los accionantes en uso del medio de control de Reparación Directa, interpuso demanda en contra de la Nación - Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación, el cual se encuentra definido en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, que literalmente señala:

“...En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma...”

Ahora bien, deberá emprenderse el estudio respectivo conforme a lo indicado en el artículo 90 de la Constitución Política, a efecto de establecer la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico, norma que textualmente señala:

“...El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...” (Resalta la Sala).

En este orden de ideas, esta Colegiatura abordará el estudio de las presentes diligencias a partir de la valoración íntegra de las piezas probatorias que reposan en el cartulario, las cuales revelarán la situación jurídica y fáctica materia de la *litis*, para que, con posterioridad a esto, se esboce el estudio acerca del régimen

Sentencia de Segunda Instancia

aplicable al caso en concreto, de conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales que correspondan.

6.2.1. Pruebas relevantes

La Sala observa que al expediente fueron aportados oportunamente y en forma legal, los elementos de carácter relevante que a continuación se relacionan:

Documentales:

Expediente principal

- Copia de Boleta de encarcelación y/o detención número 053, con fecha del 20 de noviembre de 2014, por medio de la cual el Juzgado Segundo Penal Municipal Con Funciones de Control de Garantías, informa que, en audiencia múltiple se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en Establecimiento Carcelario al señor José Edgar Forero Romero por el delito de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años (Fols. 08 del Doc. PDF 01. EXPEDIENTE 012-2018-00003. del expediente electrónico juzgado).
- Copia de Escrito de Acusación presentado por la Fiscalía Seccional en contra del señor JOSE EDGAR FORERO ROMERO, del cual se puede extraer lo siguiente:

“ANTE LA UNIDAD LOCAL DEL CTI DEL MUNICIPIO DE ESPINAL, ÉL DIA 16-08-14 SE PRESENTA EL SEÑOR DEFENSOR DE FAMILIA RICAURTE BERNARDO BONILLA, CON EL FIN DE INSTAURAR DENUNCIA PENAL EN CONTRA DEL SEÑOR JOSE EDGAR FORERO ROMERO; POR LOS HECHOS QUE NARRA ASÍ: “COMO FUNCIONARIO DEL ICBF RECIBÍ A LA MENOR E.T.M , EN DONDE INFORMA QUE HA VENIDO SIENDO ABUSADA SEXUALMENTE POR EL NOMBRADO ANTERIORMENTE Y QUE ACTUALMENTE CUENTA CON MENOS DE CATORCE AÑOS DE EDAD, ASÍ MISMO LA SEÑORA LEIDY TIMOTE MOLINA HERMANA DE LA VICTIMA, HACE CONOCER QUE EFECTIVAMENTE SU DENUNCIADO HA VENIDO SOSTENIENDO UNA RELACIÓN SENTIMENTAL CON LA MENOR Y QUE ESTA PARA EL MOMENTO DE LA DENUNCIA ES MENOR DE 14 AÑOS DE EDAD, POR LO QUE PUSO EN CONOCIMIENTO DEL ICBF LO QUE ESTA SUCEDIENDO PARA QUE SE TOMEN LAS MEDIDAS RESPECTIVAS, ASEGURA QUE LA MENOR ACTUALMENTE ESTA RESIDIENDO EN SU CASA DE HABITACIÓN UBICADA EN LA VEREDA LA ARENOSA PERTENECIENTE AL CORREGIMIENTO DE CHICORAL.

CON LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR LA OFENDIDA, FUNCIONARIOS C.T.I. DEL ESPINAL, PROCEDEN A LA REALIZACIÓN DE LOS ACTOS URGENTES ASÍ: DILIGENCIAS DE ENTREVISTA A LA OFENDIDA, ELIZABETH TIMOTE MOLINA, A LA SEÑORA LORENA TIMOTE MOLINA (HERMANA DE LA VÍCTIMA), VALORACIÓN MÉDICO SEXOLÓGICA, EN DONDE SE DETERMINA QUE LA VÍCTIMA PRESENTA HIMEN COMPLACIENTE, QUE PERMITE EL PASO DEL ÓRGANO VIRIL SIN GENERAR DESGARROS. SE ALLEGA REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO CON LO QUE SE DEMUESTRA QUE PARA EL MOMENTO DE LOS HECHOS ERA MENOR DE CATORCE AÑOS DE EDAD”.

Sentencia de Segunda Instancia

- Copia de sentencia absolutoria, con fecha del 07 de julio de 2017, emitida por el Juzgado primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Espinal – Tolima, resuelve absolver al señor JOSE EDGAR FORERO ROMERO de condiciones civiles y personales indicadas en esta decisión, por existencia de error de tipo frente al delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS, conforme a las consideraciones expuestas (Fols. 11 al 20 del Doc. PDF 01. EXPEDIENTE 012-2018-00003. del expediente electrónico juzgado).
- Copia de Boleta de Libertad No. 049, con fecha del 19 de julio de 2016, por medio del cual se deja en libertad al señor JOSE EDGAR FORERO ROMERO, siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad judicial (Fols. 09 del Doc. PDF 01. EXPEDIENTE 012-2018-00003. del expediente electrónico juzgado).
- Copia de certificado de libertad, el cual es concebido por el Juzgado primero Penal Municipal Del Espinal – Tolima, por vencimiento de términos al señor JOSE EDGAR FORERO ROMERO (Fols. 10 del Doc. PDF 01. EXPEDIENTE 012-2018-00003. del expediente electrónico juzgado).
- Copia de Certificación con fecha del 18 de septiembre de 2017, mediante la cual el director y el asesor jurídico del Establecimiento Penitenciario y Carcelario del Guamo Tolima, señalan que el señor JOSE EDGAR FORERO ROMERO, estuvo recluido desde el día 20 de noviembre de 2014 hasta el día 21 de julio del 2016 por mandato judicial, el cual fue puesto en libertad por orden del Juzgado Primero Penal Municipal del Espinal – Tolima, quien profirió la Boleta de Libertad por vencimiento de términos el 19 de julio de 2016 (Fols. 07 del Doc. PDF 01. EXPEDIENTE 012-2018-00003. del expediente electrónico juzgado).

TESTIMONIALES:

Al interior de la audiencia de pruebas celebrada el 04 de febrero de 2020⁹, y adelantadas por la Juez de instancia, se recepcionó el siguiente testimonio:

- **JOSE ALBERTO ALVIS TIQUE: (Min 06:20 al min 21:00)**

Luego de indicar sus generales de ley, el testigo manifestó que reside del municipio de Ibagué-Tolima y que conocer al señor JOSE EDGAR FORERO ROMERO, desde su infancia por cuanto eran vecinos y, también porque su padre lo contratara para que lo ayudara en labores de la finca – campo; refirió que conoce que su núcleo familiar está conformado por su mujer y tres hijos.

Posteriormente señaló que, el señor Forero Romero se ha visto afectado en su buen nombre por el delito por el cual fue investigado, situación que ha incidido en que no pueda conseguir trabajo y no pueda asumir las cargas económicas con sus hijos; y que, a partir del año 2014 se ha mostrado distraído e inseguro de socializar,

⁹ Ver folios 170- 172 cuaderno principal y Audio 03. AUDIENCIA DE PRUEBAS- expediente digital juzgado.

Sentencia de Segunda Instancia

pues, ha sido muy señalado por el hecho que se le sindicalizo, e incluso las personas se abstiene de contratarlo.

Que la situación del señor Forero Romero no solo lo afectó a él, sino a su madre quien dejo de socializar y fue igualmente señalada por la comunidad.

Finalmente señala que le constan los hechos por que trabaja en Chicoral, además también, por que fue a visitarlo a la cárcel del Guamo y tanto él como su padre le colaboraban de vez en cuando.

Establecido lo anterior, la Sala estudiará a continuación los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, para lo cual atenderá los cargos formulados por la parte recurrente en su escrito de alzada y valorará los medios de convicción obrantes en el cartulario.

6.2.2. Régimen de responsabilidad extracontractual del Estado:

Como se estableció en precedencia, se tiene que el artículo 90 de la Carta Política, dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por las acciones u omisiones de las autoridades públicas. En desarrollo de este precepto, la jurisprudencia del Consejo de Estado en consonancia con los precedentes de la Corte Constitucional ha precisado que para que exista responsabilidad del Estado deben darse tres elementos así: el hecho dañoso, el daño antijurídico y el nexo causal entre el primero y el segundo.

En este orden de ideas, extracta la Sala que tres (3) han sido tradicionalmente los elementos que la jurisprudencia ha estimado necesarios para la determinación del daño y su correspondiente imputación al Estado, ya sea con base en un título jurídico subjetivo u objetivo, para lo cual deberá presentarse los elementos inherentes de la existencia (i) un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial (ii) una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública y (iii) un nexo de causalidad entre el daño y la conducta, donde le corresponde a los actores para salir avante en sus pretensiones, demostrar la ocurrencia de todos los elementos integradores de éste tipo de responsabilidades.

Bajo este panorama, esta Corporación efectuará el correspondiente análisis a fin de determinar si en el *sub-lite* existen hechos demostrativos de que se produjo un daño¹⁰, como consecuencia directa de la acción u omisión que pudiere ser atribuible a la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, para lo cual se ha de abordar el régimen de responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad.

¹⁰ Sentencia del Consejo de Estado, del 29 de mayo de 2014, Exp. 29882, CP. Ramiro Pazos Guerrero; Sentencia del Consejo de Estado- Sección Tercera- Subsección B, dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017), Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Radicación número: 13001-23-31-000-2002-00945-01(35818), Actor: TISSOT S.A, Demandado: EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS - ECOPEL

6.2.3. Régimen de responsabilidad aplicable en materia de privación de la libertad:

En efecto se tiene que, la responsabilidad del Estado nace del artículo 90 constitucional, a partir del denominado daño antijurídico; así mismo, y a partir de dicha norma, se desprenden diferentes teorías de la forma de responsabilidad estatal, esto es en principio la responsabilidad objetiva, por medio de la falla en el servicio, la cual puede ser probada o presunta, además es importante recalcar la existencia de la responsabilidad desde el punto de vista objetivo o sin culpa, caso en el cual al actor le basta con establecer el daño y el nexo de causalidad entre el hecho y el daño y le corresponde al Estado desvirtuar el nexo de causalidad, pues la prueba de la diligencia y cuidado no lo exime de responsabilidad.

En torno al régimen de responsabilidad por la privación injusta de la libertad varias han sido las líneas jurisprudencias de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado: una primera, que podría calificarse de restrictiva, parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados¹¹.

Posteriormente, se dice que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención¹².

Una segunda línea entiende que, en los tres eventos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa¹³. Se consideró que, en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “*injusto*” sino “*injustificado*” de la detención¹⁴.

Una tercera tendencia jurisprudencial morigeró el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, pues ello implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada; además, amplía, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de 1 de octubre de 1.992, exp. (7058).

¹² Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de 25 de julio de 1.994, exp. (8666).

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de 15 de septiembre de 1994, exp. (9391).

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de 17 de noviembre de 1.995, exp. (10056).

Sentencia de Segunda Instancia

414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicato sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*¹⁵.

La línea jurisprudencial del Consejo de Estado había sido pacífica en determinar que si se configura la libertad de una persona bajo los supuestos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*, se acoge un criterio objetivo, con fundamento en que la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluya la investigación o es absuelto porque nada tuvo que ver con el delito investigado, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia¹⁶.

De igual forma, la jurisprudencia ha señalado que las hipótesis establecidas en el artículo 414 antes citado, al margen de su derogatoria, continúan siendo aplicadas a hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sin que ello implique una aplicación ultractiva del aludido precepto legal, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, pues, en virtud del principio *iura novit curia*, el juez puede acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar su decisión¹⁷.

Respecto del título de imputación objetivo en los casos de privación injusta de la libertad la Alta Corporación tuvo oportunidad de unificar su jurisprudencia a través de la Sala Plena de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, que en providencia del 17 de octubre de 2013, con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, señaló que tratándose de la privación injusta de la libertad, el análisis debía ser eminentemente **objetivo**; por lo tanto, si se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluye la investigación o es absuelta porque nada tuvo que ver con el delito investigado, la administración estará obligada a responder sin importar las condiciones que rodearon la medida, **siempre que no se presente una de los eximentes de responsabilidad** (fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima).

Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia SU/072 de 2018¹⁸, desplegó un estudio respecto del régimen aplicable en materia de privación injusta de la libertad, para lo cual reiteró lo ya manifestado por la Alta Corporación en sentencia

¹⁵ Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 1997, Exp. 11.754. No obstante, el ponente de la presente sentencia advierte que no comparte la extensión de la responsabilidad del Estado a los casos en que se haya aplicado el principio del *in dubio pro-reo*.

¹⁶ Consejo De Estado. Sección Tercera. Subsección A-Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. 30 de enero de 2013. Radicación número: 85001-23-31-000-2001-00056-01(25324). Actor: María Yolanda Rincón García Demandado: Nación - Rama Judicial - Fiscalía General De La Nación. Referencia: Acción de Reparación Directa.

¹⁷ En este sentido, la Sección Tercera, Subsección C en Sentencia de 19 de octubre 2011, Exp.: 19.151, precisó: “...no se avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. No quiere ello significar, entonces, que se estén modificando los efectos en el tiempo de una norma que se encuentra claramente abrogada. Sin embargo, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio *iura novit curia*, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma (...).”

¹⁸ M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Sentencia de Segunda Instancia

C-037 de 1996, en la cual se efectuó el control de constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, insistiendo en que los elementos de responsabilidad del Estado son consustanciales a cualquier proceso de verificación de responsabilidad de la Administración, para lo cual ha tenerse en cuenta el contexto y la necesidad de efectuar el análisis sobre la acción u omisión desencadenante del perjuicio.

A continuación, la Corte Constitucional acudió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), que en la causa Yarce y otras vs. Colombia, rememoró e hizo varias precisiones sobre el artículo 7° de la CIDH¹⁹, en el sentido de precisar que *“Si la normativa interna, tanto en el aspecto material como en el formal, no es observada al privar a una persona de su libertad, tal privación será ilegal y contraria a la Convención Americana, a la luz del artículo 7.2²⁰”*; y posteriormente subrayó que la detención o prisión preventiva deben observar los siguientes requisitos: **a)** Que los fines sean legítimos y razonables; **b)** Que la medida esté basada en elementos probatorios suficientes; **c)** que la medida sea susceptible de revisión periódica y **d)** que además de legal, no se arbitraria.

Con respecto a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad en aquellos casos donde se cuestione la privación injusta de la libertad de una persona, la Corte hizo énfasis en que la Subsección C, de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, en sentencia del 26 de septiembre de 2012²¹, precisó que si bien la teoría del daño antijurídico – el que el ciudadano no está obligado a soportar- es un baluarte imprescindible de la responsabilidad del Estado, ello no supone “una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal²², teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”²³, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho²⁴”. (Destaca la Sala).

¹⁹ Sentencia del 22 de noviembre de 2016.

²⁰ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, supra, párr. 57, y Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Série C No. 275, párr. 126.*

²¹ Expediente 70001-23-31-000-1998-00017-01(21232).

²² “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

²³ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.204.

²⁴ “(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”. ob., cit., p.308.

Sentencia de Segunda Instancia

“En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial²⁵, en el cual la contradicción y la valoración de la prueba, se materializan en el juicio oral, es desproporcionado exigirle al Fiscal y al juez con función de control de garantías que hagan valoraciones propias de otras fases procesales en aras de definir, en etapas tan tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria que se mostraban uniformes, la imposibilidad de que el procesado hubiera ejecutado la conducta, ya que, se reitera, quien tiene la competencia para decidir acerca de la contundencia demostrativa de aquellos elementos es un funcionario judicial que actúa en etapas posteriores a las previstas para definir asuntos como la libertad.

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

Luego, se tiene que la Corte Constitucional reiteró las consideraciones plasmadas en la sentencia SU-353 de 2013, en donde al analizar un caso de responsabilidad del Estado con origen en otro tipo de fuente de daño, concluyó que el uso de fórmulas estrictas de responsabilidad no se aviene a una correcta interpretación de los presupuestos que definen la responsabilidad del Estado, lo que significa que estudiar los casos en los cuales se ventile la privación injusta de una persona en aplicación de un exclusivo régimen de responsabilidad, desconoce el principio de *iura novit curia*; es así que, el juez puede escoger entre un título de imputación subjetivo u objetivo, de acuerdo con el carácter demostrativo de la prueba recaudada o la absoluta inexistencia de la misma, y agrega que la nominación de las causales de privación injusta de la libertad no se agota en las que prescribía el derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991.

“De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse²⁶.

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior es dable señalar que el órgano guardián de la norma superior, en dicha providencia reconoció la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad, pero, solo en los eventos en los que el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica, situación en que la restricción de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada, y en donde el daño antijurídico se muestra sin mayores esfuerzos; pues, en su criterio desde el inicio de la investigación el fiscal o juez deben tener claro que el hecho sí se presentó y que es objetivamente

²⁵ Artículo 203 y ss del C.P.P”

²⁶ Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P: José Fernando Reyes Cuartas; Acápites 104 y 119.

Sentencia de Segunda Instancia

típico, ya que disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos²⁷.

Bajo los anteriores parámetros, es que la Corte Constitucional, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada, además, si es del caso se habrá de establecer si el imputado o sindicado, con su conducta dolosa o gravemente culposa, dio lugar a la medida de privación de la libertad.

Ahora bien, para esta Sala es importante hacer referencia a la sentencia de Unificación emitida por el Honorable Consejo de Estado el 15 de agosto de 2018, a partir de la cual se modifica la línea jurisprudencial imperante en materia del régimen jurídico aplicable a los casos en los que se ve inmersa la privación injusta de la libertad de una persona, y donde además se establecen los parámetros para que se configure la responsabilidad del Estado en tales eventos.

La mencionada jurisprudencia, empieza por establecer las condiciones en las cuales se da paso al reconocimiento de la responsabilidad del Estado en los casos en los que se vislumbra el daño a causa de la privación injusta de la libertad de un sujeto que se vio inmerso en un proceso penal y que culminó con una decisión absolutoria en favor del sujeto de la medida restrictiva de la libertad.

De conformidad con los antecedentes jurisprudenciales que se esbozan a lo largo de la mencionada providencia, el Honorable Consejo de Estado advirtió que se estaba dando una imposición de responsabilidad casi sin medida a cargo del Estado en todos los casos en los cuales una persona era privada de su libertad con ocasión de un proceso penal seguido en su contra y que terminaba con la absolución del mismo, teniendo en cuenta que en concordancia con la aplicación del régimen de responsabilidad objetivo bajo la óptica del de imputación del daño especial, era deber del juez verificar como primera medida la existencia de un daño, que en este caso es la privación o restricción injusta del derecho a la libertad, y adicionalmente, que dentro del proceso penal se obtuviera sentencia absolutoria, ya hubiera sido porque **a)** El hecho o la conducta delictiva no existió; **b)** la conducta investigada no constituía delito; **c)** el delito no fue cometido por el sindicado o procesado; y **d)** en aplicación del principio del *in dubio pro reo*.

Como fundamento de lo anterior, el H. Consejo de Estado fincó su actual postura partiendo de los siguientes derroteros:

²⁷ Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P: José Fernando Reyes Cuartas; Acápites 105. “...en el primer evento basta con desplegar todo el aparato investigativo para establecer si fenomenológicamente hubo una alteración de interés jurídico penal. (...)El segundo evento es una tarea que reviste una mayor sencillez en tanto depende solo de un criterio jurídico esencialmente objetivo; se trata de un cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipificarían; de esa manera, muy pronto debe establecer el Fiscal o el juez si la conducta encaja en alguna de las descripciones típicas contenidas en el catálogo punitivo. (...)”.

Sentencia de Segunda Instancia

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

A juicio del Consejo de Estado, mantener indemne la tesis que ha gobernado hasta el momento en materia de privación injusta de la libertad, afecta en su totalidad el interés general, en el entendido que las decisiones condenatorias contra del Estado que devienen de este tipo de daños, afectan de manera significativa el erario de la Nación, pues, es de notar, que se abre la posibilidad para que todas las personas que resulten absueltas en un proceso, entren a exigir al Estado una indemnización, que desde el punto de vista subjetivo, debería probarse de entrada si el daño presuntamente alegado tiene el carácter de antijurídico en concordancia con el artículo 90 de la Constitución Política. Sobre este tópico, el Consejo de Estado, mencionó:

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

En este 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 solo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no cometió el delito, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la privación preventiva, pero el

Sentencia de Segunda Instancia

proceso penal no culminó con una condena, exceptuando eso si, 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 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". (Resalto de la Sala).

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 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.” (Resalto de la Sala).

Sentencia de Segunda Instancia

Sea entonces importante precisar que el órgano de cierre jurisdiccional determinó unos criterios a partir de los cuales se podrá establecer si la restricción de la libertad de una persona se torna o no injusta, esto, de acuerdo a un carácter demostrativo de la prueba recaudada, que llevarán a fijar la antijurídica del daño, así²⁸:

“... el juez deberá verificar:

1. Si el daño (Privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;
2. Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil –análisis que hará, incluso de oficio, y si con ello dio lugar a la apertura al proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (Artículos 70 de la Ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,
3. Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño (Subrayado de la Sala)

En virtud del principio de Iura Novit Curia, el juez podrá encausar el análisis del asunto siempre de forma razonada, bajo las premisas del título jurídico de imputación que conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecua al caso concreto.” (Subraya fuera de texto original).

Como se observa, tanto la Honorable Corte Constitucional, como el órgano de cierre establecieron que la antijuridicidad del daño deberá analizarse a partir de la conducta del imputado o sindicado, esto, con el fin de determinar si esta fue dolosa o gravemente culposa, y si dio lugar a la medida de la restricción de la libertad a través de la imposición de la medida de aseguramiento.

Adicionalmente, dicha postura jurisprudencial fue reiterada en la sentencia de unificación emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 18 de julio de 2019²⁹, conforme a la cual se unificó los parámetros para el reconocimiento de perjuicios materiales – daño emergente y lucro cesante en materia de la privación injusta de la libertad. Al respecto, y sobre el título de imputación señaló:

“La Sala indica que, para tal fin, se torna imprescriptible para el verificar, en primer lugar, si quien fue privado de la libertad incidió en la generación del 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

²⁸ Sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 (exp. 66001-23-31-000-2010-00235-01) N.I.. 46-947 sección tercera, Consejo de Estado) M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 18 de julio de 2019, expediente (44,572).

Sentencia de Segunda Instancia

pertinente al caso concreto y se debe establecer cuál es la autoridad y u organismo del Estado llamado a reparar el daño.”

Es así que, el órgano de cierre adicionalmente estableció que la antijuridicidad del daño deberá analizarse a partir de la conducta del imputado o sindicado, esto, con el fin de determinar si esta fue dolosa o gravemente culposa, y si dio lugar a la medida de la restricción de la libertad a través de la imposición de la medida de aseguramiento

No obstante, es de advertir que la decisión de Sala Plena del 15 de agosto de 2018, conforme a la cual se dio un giro en asuntos de privación injusta de la libertad, fue dejada sin efectos a través de fallo de tutela proferido por la Sección Tercera, Subsección B del H. Consejo de Estado el 15 de noviembre de 2019³⁰, como una medida que atendió las particularidades específicas del caso, y concretamente ante la manifestación que se realizó en el análisis del nexo causal, donde se concluyó que el mismo fue roto por el actuar irregular de la ciudadana, y por ende daba pie a la configuración de la culpa de la víctima, ante lo que el juez constitucional advirtió que en casos como éste no podrá exonerarse al Estado con base en esta causal, pues desconoce la decisión penal absolutoria y en ese sentido es que debía modificarse la decisión.

Lo anterior permite concluir que, el criterio de unificación plasmado en la sentencia del 15 de agosto de 2018 con ponencia del consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera, desapareció formalmente.

Es así como, la Sección Tercera del Consejo Estado dando cumplimiento a la decisión constitucional, recientemente profirió la sentencia del 6 de agosto de 2020³¹, a través de la cual se tiene que si bien no se impuso criterios de unificación, si abordó el análisis del caso con base en las posturas de la Corte Constitucional contenidas en las sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018, determinando que para que un daño pueda catalogarse como antijurídico, y adicionalmente pueda ser imputable a la administración, resulta indispensable analizar el carácter de injusto de la privación de la libertad, esto, a la luz de los **criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento**. En concreto el órgano de cierre jurisdiccional precisó que:

“Establecido lo anterior, es necesario verificar si el daño es imputable o no a las demandadas. La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-037 de 199660 , analizó la constitucionalidad de, entre otros, del artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y señaló que en los casos de privación injusta de la libertad 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. Sobre el particular, consideró:

³⁰ Sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 (exp. 66001-23-31-000-2010-00235-01) N.I. 46-947 sección tercera, Consejo de Estado) M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

³¹ 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.

Sentencia de Segunda Instancia

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6°, 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”.

De conformidad con el criterio expuesto por dicha Corporación, el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, de ahí que se deba determinar en cada caso si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido, pues de no serlo, se puede llegar a comprometer la responsabilidad del Estado.

Concordante con lo anterior, la Corte Constitucional señaló en la sentencia SU-072 de 201861, que ningún cuerpo normativo -a saber, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establece un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; entonces, el juez es quien, en cada caso, debe realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada, o en otros términos, si devino o no en injusta. (...).

Así las cosas, 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.” (Resaltos de la Sala).

En este orden determinó 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.”.*

Sentencia de Segunda Instancia

En conclusión, la línea jurisprudencial de nuestro órgano de cierre en contexto con la decantada por la H. Corte Constitucional, permite concluir a la Sala que el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina precluido, como ocurre en el *sub lite*, 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, es decir, si la medida de aseguramiento atendió los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad, lo cual deberá ser objeto de análisis en cada caso.

En este punto se ha de establecer que el máximo tribunal de lo constitucional en el citado precedente de unificación jurisprudencial, determinó que el que el uso de fórmulas estrictas de responsabilidad no se aviene a una correcta interpretación de los presupuestos que definen la responsabilidad del Estado, lo que significa que estudiar los casos en los cuales se ventile la privación injusta de una persona en aplicación de un exclusivo régimen de responsabilidad, desconoce el principio de *iura novit curia*; es así que, el juez puede escoger entre un título de imputación subjetivo u objetivo, de acuerdo con el carácter demostrativo de la prueba recaudada o la absoluta inexistencia de la misma, y agrega que la nominación de las causales de privación injusta de la libertad no se agota en las que prescribía el derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991.

“De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse³²”.

Bajo los anteriores parámetros, es que la Corte Constitucional, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

Establecido lo anterior, la Sala verificará si concurren en el *sub lite* los elementos estructurales de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad.

6.2.4. De la Responsabilidad extracontractual en el caso concreto

6.2.4.1. El daño:

Este elemento ha sido definido como el menoscabo, detrimento, alteración o afectación negativa, de un bien o interés jurídico protegido con características de ser injusto en la medida que la víctima o lesionado no se encuentra obligado a

³² Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P: José Fernando Reyes Cuartas; Acápites 104 y 119.

Sentencia de Segunda Instancia

soportarlo.

Con el fin de abordar integralmente la problemática que supone el recurso de apelación interpuesto, la Sala analizará la demostración del daño, toda vez que se trata del primer elemento que debe dilucidarse para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado. Una vez establecida la alegada afectación de los intereses de la parte demandante, se entrará a estudiar la posibilidad de imputarla a la demandada.

De conformidad con el caudal probatorio obrante en el cartulario, la Sala tiene por demostrado el daño invocado por la parte actora, pues se encuentra acreditado en razón al proceso penal tramitado en contra del señor JOSE EDGAR FORERO ROMERO, por el punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, quien estuvo privado de su libertad – con medida de aseguramiento intramural, durante el periodo comprendido entre el día 20 de noviembre de 2014 hasta el día 21 de julio del 2016- (1 año, 8 meses y 1 día³³), fecha en que se revocó la medida de aseguramiento por vencimiento de términos, y quien siguió vinculado a la investigación por los delitos acceso carnal abusivo y actos sexuales abusivos en menor de 14 años hasta el día 7 de julio de 2017, cuando se adoptó sentencia de carácter absolutorio a favor de procesado –Forero Romero.

En este punto, se ha de señalar que la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido que, resulta insuficiente la constatación de la existencia del daño para configurar la responsabilidad extracontractual del Estado; situación que impone a la Sala desplegar el respectivo análisis de imputación, que permita determinar si éste es resulta ser antijurídico, imputable fáctica y jurídicamente a la administración, como lo alega la parte actora.

6.2.4.2. La imputación de la responsabilidad y su fundamento

Con miras a desatar las censuras formuladas por el extremo apelante y por contera, de establecer si los títulos de imputación aplicados por el *a quo* al *sub-lite*, son adecuados, es menester para esta Corporación efectuar las siguientes precisiones:

Prima facie debe recordarse por esta instancia judicial que, la imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública por el daño antijurídico padecido y que por lo tanto en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de responsabilidad; esto del régimen subjetivo (falla en el servicio) o del régimen objetivo (riesgo excepcional y daño especial).

Ahora, cabe aclarar que la actual postura del órgano de cierre de esta jurisdicción, ha establecido que, para la determinación del daño y su correspondiente

³³ Ver contenido del certificado expedido por el INPEc – folio 10 y contenido de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de El Espinal – Tolima, el 07 de julio de 2017 – folios 13-19 del cuad. Ppal – expediente juzgado.

Sentencia de Segunda Instancia

imputación, es menester analizar dichos elementos a la luz de los títulos de imputación que han sido creados por vía jurisprudencial.

Como se precisó en parte precedente, el régimen aplicable a casos análogos al que es objeto de estudio, ya no podrá ser por regla general, el objetivo bajo la óptica del título de imputación del daño especial, habida cuenta que, el Consejo de Estado, modificó la postura invariable que sobre esta temática había decantado desde el año 2013, y precisó que en esta clase de asuntos, el juez, prevalido de los principios de la sana crítica y *iura novit curia*, y teniendo en cuenta los hechos y los elementos de convicción obrantes en cada proceso, podrá conducir el análisis del título jurídico de imputación que considere pertinente, siempre y cuando, el mismo se adecúe a los supuestos facticos esbozados en el proceso, y dicha decisión se encuentre debidamente fundamentada. Así lo señaló en dicho fallo de unificación, en los siguientes términos:

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

Así mismo, resulta necesario examinar el **carácter injusto de la privación de la libertad**, a la luz de los criterios de **razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento**, puesto que, el hecho que una persona resultara privada de la libertad y a la postre, terminara con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva **resultó injusta** y, en tal caso, **generadora de un daño antijurídico imputable a la administración**.

Es claro que la parte actora endilga responsabilidad a cargo de la Nación - Fiscalía General de la Nación y Nación - Rama Judicial, por la presunta privación injusta de la libertad del señor JOSE EDGAR FORERO ROMERO, por cuanto fueron estas entidades las que ordenaron la medida de aseguramiento del mencionado señor, es decir, se demanda en este caso porque al desarrollar su actividad, pudieron causar un daño antijurídico, siendo menester de la Sala estudiar si las decisiones proferidas por las demandadas se ajustaron a los supuestos previstos en la normatividad procesal penal vigente para la época en que ocurrieron los hechos que dieron origen a la investigación.

Para arribar el estudio al caso concreto, tendremos como base legal la vigencia de la norma penal para el momento de ocurrencia de los hechos, es decir, la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se fijó en Colombia el sistema penal acusatorio.

Ahora bien, conforme lo ordenado en el artículo 250 de la Constitución Política³⁴, la Fiscalía ostenta la titularidad del ejercicio de la acción penal y su función principal

³⁴ Modificado por el Acto Legislativo No. 3 del 19 de diciembre de 2002

Sentencia de Segunda Instancia

es la investigación de los hechos que revistan la característica de un delito, para lo cual podrá solicitar, entre otras cosas, que el juez de control de garantías ordene las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal³⁵.

Respecto de la solicitud y procedencia de la medida de aseguramiento, el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 establece: *“El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda”*.

En relación con lo anterior el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 dispuso que el ente investigador solicitará al juez de control de garantías su imposición con indicación de *“la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia”*.

A su vez, el artículo 308 de la referida normativa estableció que el juez de control de garantías decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla con 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.”*

De igual manera, el artículo 313 *ibídem* indicó que, satisfechos los requisitos del artículo 308, la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario procederá 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.”*

³⁵ Facultad ratificada por el legislador en el numeral 8 del artículo 114 de la Ley 906 de 2004, según el cual, a la Fiscalía General de la Nación le corresponde “[s]olicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas”.

Sentencia de Segunda Instancia

Ahora, y teniendo en cuenta el anterior 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, JOSE EDGAR FORERO ROMERO fue vinculado a una investigación penal, la cual finalizó con sentencia absolutoria en aplicación del error de tipo – ausencia de dolo en la conducta típica endilgada, lo que sin duda exige un estudio dentro del régimen de responsabilidad subjetiva – falla del servicio.

Entonces, y de cara al *sub lite* es pertinente que la Sala se remita a la instancia en la cual, dentro del proceso penal adelantado contra JOSE EDGAR FORERO ROMERO, la Fiscalía General de la Nación solicitó la medida de aseguramiento y el Juez de control de garantía decidió concederla.

En efecto, en el cartulario de la presente controversia judicial reposa piezas procesales que integran la causa penal distinguida con radicación única N°. 732686099038201400267-00, seguido contra el señor JOSE EDGAR FORERO ROMERO por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años – Víctima E.T.M cuyo conocimiento fue asignado al Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de El Espinal – Tolima.

De entrada, se logra establecer que, y según audiencia concentrada que fuere adelantada por parte del Juzgado Segundo Penal Municipal de El Espinal, el 20 de noviembre de 2014, y dentro de la cual se **(i)** legalizó a captura de JOSE EDGAR FORERO ROMERO; **(ii)** se formuló la imputación por el tipo penal contemplado en el “ARTICULO 208. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS”, en calidad de Autor; y en consecuencia, **(iii)** se impuso medida de detención preventiva en establecimiento carcelario³⁶; y que los hechos que dieron lugar a la investigación correspondió a la denuncia promovida por el señor defensor de familia Ricaurte Bernardo Bonilla, así:

“ANTE LA UNIDAD LOCAL DEL CTI DEL MUNICIPIO DE ESPINAL, EL DIA 16-08-14 SE PRESENTA EL SEÑOR DEFENSOR DE FAMILIA RICAURTE BERNARDO BONILLA, CON EL FIN DE INSTAURAR DENUNCIA PENAL EN CONTRA DEL SEÑOR JOSE EDGAR FORERO ROMERO; POR LOS HECHOS QUE NARRA ASÍ: “COMO FUNCIONARIO DEL ICBF RECIBÍ A LA MENOR E.T.M , EN DONDE INFORMA QUE HA VENIDO SIENDO ABUSADA SEXUALMENTE POR EL NOMBRADO ANTERIORMENTE Y QUE ACTUALMENTE CUENTA CON MENOS DE CATORCE AÑOS DE EDAD, ASÍ MISMO LA SEÑORA LEIDY TIMOTE MOLINA HERMANA DE LA VICTIMA, HACE CONOCER QUE EFECTIVAMENTE SU DENUNCIADO HA VENIDO SOSTENIENDO UNA RELACIÓN SENTIMENTAL CON LA MENOR Y QUE ESTA PARA EL MOMENTO DE LA DENUNCIA ES MENOR DE 14 AÑOS DE EDAD, POR LO QUE PUSO EN CONOCIMIENTO DEL ICBF LO QUE ESTA SUCEDIENDO PARA QUE SE TOMEN LAS MEDIDAS RESPECTIVAS, ASEGURA QUE LA MENOR ACTUALMENTE ESTA RESIDIENDO EN SU CASA DE

³⁶ Ver contenido de la boleta de encarcelación – folio 8 del expediente 012-2018-0003.

Sentencia de Segunda Instancia

HABITACIÓN UBICADA EN LA VEREDA LA ARENOSA PERTENECIENTE AL CORREGIMIENTO DE CHICORAL.

CON LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR LA OFENDIDA, FUNCIONARIOS C.T.I. DEL ESPINAL, PROCEDEN A LA REALIZACIÓN DE LOS ACTOS URGENTES ASÍ: DILIGENCIAS DE ENTREVISTA A LA OFENDIDA, ELIZABETH TIMOTE MOLINA, A LA SEÑORA LORENA TIMOTE MOLINA (HERMANA DE LA VÍCTIMA), VALORACIÓN MÉDICO SEXOLÓGICA, EN DONDE SE DETERMINA QUE LA VÍCTIMA PRESENTA HIMEN COMPLACIENTE, QUE PERMITE EL PASO DEL ÓRGANO VIRIL SIN GENERAR DESGARROS. SE ALLEGA REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO CON LO QUE SE DEMUESTRA QUE PARA EL MOMENTO DE LOS HECHOS ERA MENOR DE CATORCE AÑOS DE EDAD

ASUMIDA LA INDAGACIÓN, POR PARTE DEL SEÑOR FISCAL SECCIONAL DEL MUNICIPIO DE ESPINAL, SE CONFORMA EQUIPO DE TRABAJO CON LOS INVESTIGADORES DEL C.T.I DEL ESPINAL E IMPARTE ÓRDENES POLICÍA JUDICIAL DE LAS CUALES SE OBTIENE UNA NUEVA ENTREVISTA DE LA HERMANA DE LA VICTIMA LA IDENTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DEL INDICIADO.

EL 27 DE OCTUBRE DE 2014, ANTE EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS, SE SOLICITÓ LA ORDEN DE CAPTURA EN CONTRA DEL SEÑOR JOSE EDGAR FORERO ROMERO, LA CUAL FUE AUTORIZADA POR EL JUZGADO 1º PENAL MUNICIPAL DE ESPINAL.

ASIGNADAS LAS DILIGENCIAS A ESTE DESPACHO DE LA FISCALÍA 33 ESPECIALIZADA SECCIONAL, SE IMPARTEN NUEVAS ORDENES A POLICÍA JUDICIAL, EN ARAS DE OBTENER AMPLIACIÓN DE LA ENTREVISTA DE LA VICTIMA. LA ORDEN DE CAPTURA EN CONTRA DEL SEÑOR FORERO ROMERO SE HIZO EFECTIVA EL DIA 19 DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL CATORCE, REALIZANDO LAS AUDIENCIAS CONCENTRADAS DE MANERA INMEDIATA”.

COMO RESULTADO DE LAS AUDIENCIA, SE OBTUVO LO SIGUIENTE:

- SE SOLICITÓ LAS AUDIENCIAS CONCENTRADAS PARA EL INDICIADO FORERO ROMERO, EL DÍA 20 DE NOVIEMBRE DE 2014, EFECTUÁNDOSE LAS MISMAS EN DICHA FECHA, ANTE EL JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL DEL ESPINAL, QUIEN DECRETÓ LA LEGALIDAD DE L CAPTURA, SE FORMULÓ IMPUTACIÓN DE CARGOS POR EL TIPO PENAL CONTEMPLADO EN EL “ARTÍCULO 208. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS”, EN CALIDAD DE AUTOR. DICHOS CARGOS NO FUERON ACEPTADOS POR EL IMPUTADO. FINALMENTE, SE LE IMPUSO MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA INTRAMURAL QUEDANDO RECLUIDO EN LA CÁRCEL DEL GUAMO – TOLIMA.”³⁷

Que en según escrito de acusación presentado por el ente prosecutor, este adujo contar con los siguientes elementos probatorios, tales como: i) denuncia promovida

³⁷ Ver escrito de acusación del referido proceso penal, y que fue presentado por la FISCALIA 33 ESPECIALIZADA SECCIONAL de Espinal – Tolima-, Folios 24- 36 Doc. PDF 01. EXPENDIENTE 012-2018-00003.

Sentencia de Segunda Instancia

por defensor de familia Ricaurte Bernardo Bonilla; ii) entrevista a la menor víctima, con fecha del 17 de septiembre de 2014; iii) reporte de iniciación, con fecha del 17 de septiembre de 2014 suscrito por el investigador Carlos Andrés García del C.T.I de El Espinal; iv) Valoración medico sexológico v) informe ejecutivo FPJ-3 del 18 de septiembre de 2014, igualmente rubricado por el investigador Carlos Andrés García, del C.T.I de Espinal, que incorporó como anexos los siguientes: a) entrevista realizada a la señora Leidy Lorena Timote Molina, b) registro civil de nacimiento de la menor abusada, c) Informe pericial integral en la investigación de delito sexual, d) suscrito por la doctora Gina Natalia Parra, e) arraigo y plena identificación del acusado, f) acta de inspección del lugar de los hechos; y g) reporte de antecedentes, expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S³⁸.

En este punto, resulta del caso precisar que el Juzgado Primero Penal Municipal del Espinal – Tolima, expidió la boleta de libertad No. 049 del 19 julio de 2016, conforme a la cual dejó en libertad al señor JOSE EDGAR FORERO ROMERO por vencimiento de términos, de conformidad con lo consagrado en los numerales 5º del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal³⁹; no obstante, y como era lo correspondiente este siguió vinculado a la investigación penal hasta que se definiera su situación jurídica.

Luego de agotarse las etapas correspondientes a la causa penal, el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Espinal – Tolima emitió sentencia del 07 de julio de 2017, conforme a la cual absolvió por existencia de error de tipo - ausencia de dolo dentro del tipo penal - ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS, providencia de la cual se observa la exposición de las siguientes consideraciones:

*“En primer lugar, se logró establecer que entre el procesado y la menor de iniciales ETM existió un vínculo sentimental, dentro del cual se presentaron relaciones sexuales, lo cual se acreditó con la declaración de la hermana de la víctima de la señora LEYDI LORENA TIMOTE MOLINA **quien en juicio manifestó** que conocía entre el acusado y la menor existía una relación de noviazgo y que habían tenido relaciones sexuales, por otro lado se cuenta con la declaración de la psicóloga adscrita al CTI, la Doctora CAROLINA PAVA RAMÍREZ **quien declaró en juicio** que la menor al ser entrevistada mencionó que sostenía un noviazgo y que dentro de este tuvieron varios encuentros de tipo sexual y por ultimo dentro del examen sexológico, el cual fue incorporado en juicio por el Doctor JHON FREDY GAITÁN, la menor menciona lo siguiente: “Mi hermana se enteró que yo había tenido relaciones sexuales con mi novio “José Edgar” él no me obligo...”, por lo tanto queda debidamente acreditado que entre el acusado y la víctima se dio una relación sexual.*

Igualmente, se acreditó que para la fecha de los hechos la menor de iniciales ETM contaba con 14 años de edad, lo cual quedó acreditado con el registro civil de nacimiento el cual fue objeto de estipulación probatoria entre las partes además de otros

³⁸ Folios 34-36 233 Doc. PDF 01. EXPENDIENTE 012-2018-00003.

³⁹ “5. Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia.”

Sentencia de Segunda Instancia

medios de prueba allegados al juicio como el testimonio de la hermana de la víctima quien mencionó que para la época de los hechos ella contaba con 13 años, por lo que quedo debidamente acreditado la edad de la menor para la época de los hechos.

Como quiera que en el juicio quedó demostrado la existencia de una relación sexual entre JOSE EDGAR FORERO ROMERO y ETM, y que la menor para la época de dichas relaciones contaba con menos de 14 años, quedaría debidamente configurado la existencia del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, no obstante se debe entrar a analizar lo alegado por la defensa en lo que respecta al desconocimiento por parte del acusado acerca de la verdadera edad de la víctima al momento de sostener la relación sexual para lo cual se deberá entrar a analizar las pruebas aportadas en juicio para definir si existe un error de tipo en uno de los elementos normativos, en este caso la existencia de una falsa creencia del acusado de que la menor contaba con más de 14 años, la cual conllevara a una ausencia de dolo dentro del tipo penal, en lo señalado por el numeral 10 del Artículo 32 del Código Penal el cual regula el error de tipo (...).

Dentro del juicio se escuchó al médico forense JHON FREDY GAITÁN quien mencionó que al haber leído el informe pericial de clínica forense o examen sexológico en donde se determinó una erección dental, senos tónner 5 y vaginal 4 podía establecerse que la menor tenía para la época de los hechos una edad clínica entre los 16 a los 21 años.

Por otro lado, se cuenta con el testimonio de la hermana de la víctima quien en su declaración refiere que la menor le comento (sic) que le había dicho a JOSE EDGAR FORERO ROMERO que ella contaba con 16 años de edad, además afirma la testigo que era posible el acusado le creyera teniendo en cuenta que la menor se veía mayor para la edad cronológica que ella tenía para esa época, por otro lado también menciona la señora LEIDY LORENA TIMOTE, que la víctima tenía un comportamiento rebelde, mentiroso y grosero, que la menor le exigía tener derecho a conseguir pareja, conducta de las cuales se deduce que tenía una mentalidad de una persona mayor de 14 años.

De las anteriores pruebas se evidencia claramente que la menor tenía una apariencia física mayor a los 14 años conforme al informe del Doctor JHON FREDY GAITÁN, corroborado por su hermana LEIDY TIMOTE quien mencionaba que la menor parecía de mayor edad a la que tenía, además de los comportamientos que revelaba la víctima, harían pensar al acusado que se encontraba ante una persona mayor de 14 años, por lo que nos encontramos ante un error de tipo frente al convencimiento de la edad de ETM por parte del sujeto activo generando una ausencia de dolo por parte del señor FORERO ROMERO en la conducta típica endilgada. (...)

Como quiera que el señor JOSE EDGAR FORERO ROMERO al momento de sostener las relaciones sexuales con la menor ETM, ignoraba que esta contaba con menos de catorce años, en razón a que la víctima le había manifestado que era mayor de esa edad, por lo que bajo esa falsa creencia procedió a sostener la relación o relaciones sexuales ignorando la verdadera edad de ETM, esto aunado a varias situaciones evidenciadas por la menor como su apariencia física y los comportamientos de esta, hacían pensar que era una persona mayor edad y que por lo tanto podía sostener relaciones sexuales

Sentencia de Segunda Instancia

con ella, con lo cual configura claramente un error de tipo y por ende una ausencia de dolo en el elemento del conocimiento de la edad de la menor. (...)”

Fue entonces las manifestaciones efectuadas por la menor E.T.M y su hermana ante el ICBF, las que dieron lugar a que se iniciara una investigación penal en contra del señor JOSE EDGAR FORERO ROMERO, junto con las actuaciones iniciales – entrevistas, lo que conformó los elementos materiales probatorios con que contó el ente investigador para solicitar la imposición de la medida de aseguramiento y el Juez para acceder a la misma en contra de FORERO ROMERO, los cuales a juicio de la Sala, y contrario a lo alegado por el apoderado judicial del extremo demandante, eran consistentes en señalar que este había sostenido relaciones sexuales con la menor de iniciales E.T.M.

El acervo recaudado para esa preliminar etapa permitía inferir razonablemente que el hoy demandante era autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, consagrado en el artículo 208 de la Ley 599 de 2000 el cual indica:

“ARTICULO 208. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> **El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.**” (destacado de Sala).

Tipo penal que por el impacto que genera en la sociedad al lesionar el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual de menores de 14 años para el caso que ocupa la atención de la Sala, se configura es una conducta de trascendencia social significativa, por lo que el Juez Segundo Penal Municipal con función de garantías del municipio del Espinal -Tolima, cumplió con los derroteros exigidos por el ordenamiento legal para la imposición de la medida privativa de la libertad.

De conformidad con las anteriores precisiones, es de caso establecer que el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, estableció que el juez de control de garantías decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla con alguno de los siguientes requisitos: *i) que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; ii) que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; y iii) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que cumplirá la sentencia.*

En consonancia con lo anterior se observa que el artículo 310 *ibídem*, vigente para el momento de los hechos preceptuaba: “Peligro Para La Comunidad: 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

Sentencia de Segunda Instancia

*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 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 organizada⁴⁰”.*

A juicio de la Sala, es evidente que, si bien existió un daño que sufrió el hoy demandante, también lo es que, este no podría catalogarse como antijurídico, en el entendido, que el ente investigador y la jurisdicción penal, actuaron dentro del margen de sus competencias, y en concordancia con los mandatos constitucionales y legales establecidos que les imponen a la Fiscalía, la obligación de ejercer la acción penal e investigar todas aquellas conductas que puedan constituir una conducta punible e identificar a los presuntos autores, y los jueces penales adoptar en derecho las decisiones que impliquen la restricción de la libertad personal.

Bajo este hilo conductor, se puede concluir que las decisiones que restringieron la libertad de JOSE EDGAR FORERO ROMERO dentro de la causa penal, lejos de ser arbitrarias e irracionales, se ajustaron a las circunstancias y elementos con los que contaba el funcionario judicial al momento de proferirlas, sin que resulte viable concluir que desconoció criterios de proporcionalidad o razonabilidad. Con relación al elemento de proporcionalidad de la medida de aseguramiento, la guardiana de la Carta Política ha señalado:

“El segundo elemento es el de proporcionalidad, cuyo fundamento y trascendencia en el ámbito del derecho penal ya han sido subrayadas por esta Corte. En efecto, la medida debe ser proporcional a las circunstancias en las cuales jurídicamente se justifica (...)”

“El legislador también puede indicar diversos criterios para apreciar dicha proporcionalidad, entre los que se encuentran la situación del procesado, las características del interés a proteger y la gravedad de la conducta punible investigada. En todo caso, la Constitución exige que se introduzcan criterios de necesidad y proporcionalidad, al momento de definir los presupuestos de la detención preventiva”⁴¹ (Subraya fuera del texto original).

En este sentido se debe precisar que la libertad no es un bien jurídico de carácter absoluto, y podrá ser limitado en la medida en que se den los presupuestos legales para tal efecto, los cuales en el asunto de autos concurren y otorgaron tanto al ente investigador como el juez competente, los elementos para vincular al señor JOSE EDGAR FORERO ROMERO a la investigación, restringirle la libertad e inclusive formular cargos en su contra; diferente es que dentro del trámite del proceso penal, el tema probatorio se torne mucho más riguroso y obligue a que

⁴⁰ Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1760 de 2015.

⁴¹ C- 469 del 31 de agosto de 2016.

Sentencia de Segunda Instancia

para emitir una sentencia condenatoria el juez debe tener certeza más allá de toda duda.

Es así que en el discurrir del proceso se pueden presentar múltiples circunstancias que varíen la percepción de los hechos lo cual escapa de la esfera en la que se impuso la medida de aseguramiento, e impidieron justamente que se lograra acreditar de manera fidedigna la participación del hoy demandante en la conducta imputada, dando lugar a la sentencia absolutoria, circunstancias que, se itera, son posteriores a la etapa en la que se impuso la medida de aseguramiento y por ende no tornan automáticamente en injusta la privación del como lo alega el apoderado de la parte actora en el escrito de demanda.

En este estado de las cosas, es del caso precisar que el Honorable Consejo de Estado ha considerado que en los casos donde se involucren menores de edad, deben prevalecer sus derechos fundamentales, así: “[S]e viene reiterando el deber en el sentido de que en la investigación de los delitos sexuales contra los menores de edad se hagan prevalecer sus derechos fundamentales, fines a los que sirve el principio pro infans que impone a las autoridades judiciales “...la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño”, en especial la de dar credibilidad a sus declaraciones y resolver las dudas en su favor. Desconocimiento que los revictimiza, conduce a la vía de hecho, perpetúa la violencia, discriminación y puede comprometer la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario. (...) los menores no se los puede someter a revivir las escenas de violencia sufridas y que la ampliación de la denuncia debe estar principalmente orientada a la protección de la víctima. En efecto, conforme con las exigencias constitucionales de hacer prevalecer los derechos de los menores de edad, la investigación de los delitos de abuso sexual de los que son víctimas debe estar principalmente basada en el apoyo de profesionales especializados que aseguren la protección del derecho del menor, para evitar, en particular, martirizarlos con preguntas que apuntan a su intimidación sexual, a revivir las escenas tormentosas, so pretexto de corroborar lo sucedido (...). La doctrina de la Corte Constitucional enseña que las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos. De tal suerte, que constituyen actos de discriminación “cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria... lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa”⁴².

⁴² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. Sentencia del 11 de diciembre de 2015. Exp: (41208).

Sentencia de Segunda Instancia

En razón a lo expuesto, no se advirtió una conducta constitutiva de falla en el servicio atribuible a la Fiscalía General de la Nación y/o a la Rama Judicial, de ahí que no sea posible endilgarle responsabilidad, puesto que sus actuaciones fueron el resultado de la convergencia de los requisitos que el estatuto procesal penal vigente para esa época exigía, y en ese orden de ideas se impone para la Sala confirmar la sentencia apelada proferida por el 26 de mayo de 2020 por el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué - Tolima.

7. Condena en costas

En primer lugar, vale precisar que las costas procesales constituyen una carga económica que comprende, por una parte, las expensas, es decir, todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.) y, de otro lado, las agencias en derecho, correspondientes a los gastos efectuados por concepto de apoderamiento. Aunque las agencias en derecho representan una contraprestación por los gastos en que la parte incurrió para ejercer la defensa judicial de sus intereses, es al juez a quien corresponde fijarlos de acuerdo a las tablas que para el efecto expide el Consejo Superior de la Judicatura.

El artículo 188 del C.P.A.C.A. señala:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

La lectura del texto normativo permite establecer que el legislador eliminó la condición subjetiva de malicia o temeridad que debía observar el juez administrativo en la parte vencida para imponer la condena en costas con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), ubicándose ahora en el plano puramente objetivo, en donde se deberá condenar en costas al vencido en el proceso, independientemente de las causas del vencimiento, es decir, sin entrar a examinar la conducta de la parte que promovió o se opuso a la demanda, incidente etc.; criterio adoptado por la Sección Segunda, Subsección A, del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 7 de abril de 2016, M.P. William Hernández Gómez, entre otras, el cual, a su vez tiene fundamento en la sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo del artículo 365 del C.G.P.

A *Contrario sensu*, no se acoge la interpretación establecida por las otras Secciones del Consejo de Estado, toda vez que estas hacen referencia a una valoración o ponderación subjetiva de la conducta desplegada por el sujeto procesal que resulte vencido en el proceso, verbigracia, la temeridad y mala fe, aspectos que no condicionan la imposición de condena en costas reglada el artículo 365 del Código General del Proceso y 188 del C.P.A.C.A.; si no que correspondían a conductas que debían ser apreciadas en vigencia del derogado Decreto 01 de 1984 como presupuesto para emitir la condena en costas.

Sentencia de Segunda Instancia

En el *sub lite*, como quiera que se ha resuelto desfavorablemente la alzada interpuesta por la parte demandante (Art. 365-1 C.G.P.), se impone confirmar la sentencia objeto de la apelación (Art. 365-3 *ibídem*) y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público (Art. 188 C.P.A.C.A), es menester de la Sala hacer la correspondiente condena en costas en esta instancia a favor de la parte demandada Nación - Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación , y a cargo de la parte vencida JOSE EDGAR FORERO ROMERO y OTROS, siempre que se demuestre en el expediente que se causaron y en la medida de su comprobación, para lo cual se fija la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho, dividido en un 50% del mismo para cada una, y se ordena que por la Secretaría del juzgado de origen se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

8. Síntesis

Planteado el escenario procesal de la forma vista, esta Corporación confirmará la 26 de mayo de 2020 por el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué – Tolima, esto, de conformidad con los razonamientos insertos en parte precedente, y, por lo tanto, se profiere la siguiente:

DECISIÓN

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA

PRIMERO: **CONFÍRMASE** la sentencia apelada proferida el 26 de mayo de 2020 por medio de la cual el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué – Tolima, negó las súplicas de la demanda, conforme con las consideraciones expuestas en parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: **CONDENAR** en costas a los demandantes, siempre que en el expediente se demuestre que se causaron y en la medida de su comprobación, para lo cual se fija un (1) salario mínimo legal mensual vigente, por concepto de agencias en derecho, que deberá ser cancelado en partes iguales a cada una de las accionadas – 50% del valor, y se ordena que por Secretaría del juzgado de origen se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Una vez en firme la presente decisión, DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen para lo de su competencia, previas las anotaciones de rigor.

Sentencia de Segunda Instancia

Conforme a las directrices de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante los cuales se han tomado medidas por motivos de salubridad pública, la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala a través de medios electrónicos y se notificará a los interesados por el mismo medio.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado



JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Arturo Arturo Mendieta Rodriguez Rodriguez
Magistrado
Oral 4
Tribunal Administrativo De Ibaguè - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **97c451030d15c83ea15bb1bca57a7d818af9fdbdb5161e12ea4c2f31e4c96ab2**

Documento generado en 08/07/2022 03:13:43 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>