**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / Reglas jurisprudenciales vigentes / Título de imputación de falla en el servicio.**

En la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, (…) se concluyó que no basta con probar la restricción de la libertad y la posterior decisión absolutoria, sino que es necesario analizar, en cada caso, si el daño derivado de la privación de la libertad es o no antijurídico, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, lo que implica abordar tres aspectos: i) si el privado de la libertad incurrió en dolo o culpa grave; ii) cuál es la autoridad llamada a reparar y, iii) en virtud del principio iura novit curia encausar el asunto bajo el título de imputación que se considere pertinente de acuerdo con el caso concreto, expresando de forma razonada los fundamentos de la decisión, y debiéndose analizar en cada caso la participación de la propia víctima a efectos de dilucidar si existió culpa desde el punto de vista civil que amerite una causal excluyente de responsabilidad. Sin embargo, la anterior sentencia de unificación de la Sección Tercera perdió sus efectos a través de sentencia de tutela proferida dentro del radicado No.11001031500020190016901 con fecha 15 de noviembre de 2019. De ahí que resulta plenamente aplicable en materia de privación injusta de la libertad lo señalado por la Corte Constitucional en la SU 072/20186, respecto al régimen de responsabilidad patrimonial a tener en cuenta en eventos de privación injusta de la libertad, en el sentido que como ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, así como la sentencia C-0287 de 1996 que determinó su exequibilidad condicionada no señalaron un régimen específico de responsabilidad patrimonial del Estado, debe tenerse en cuenta el régimen de imputación preferente en materia de responsabilidad, esto es, la falla en el servicio. Para el tribunal de cierre constitucional, no obstante corresponder al operador judicial determinar en cada caso cuál es el régimen de responsabilidad a aplicar, debe tenerse en cuenta lo señalado en la sentencia C-0287 de 1996 en el sentido que la calificación injusta de la privación de la libertad, implica *“definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho”.* La Corte, insiste en que para una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el juez administrativo a la hora de definir si una privación de la libertad es injusta o no, independientemente del título de imputación que se elija aplicar debe considerar si las decisiones adoptadas por el funcionario judicial se enmarcan en los presupuestos de “razonabilidad, proporcionalidad y legalidad”8. Al respecto, concluye: *“Lo anterior significa que los adjetivos usados por la Corte [razonabilidad, proporcionalidad y legalidad] definen la actuación judicial, no el título de imputación (falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional), esto es, aunque aquellos parecieran inscribir la conclusión de la Corte en un régimen de responsabilidad subjetivo; entenderlo así no sería más que un juicio apriorístico e insular respecto del compendio jurisprudencial que gravita en torno del entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en tanto, debe reiterarse, la Corte estableció una base de interpretación: la responsabilidad por la actividad judicial depende exclusivamente del artículo 90 de la Constitución, el cual no establece un título de imputación definitivo, al haberse limitado a señalar que el Estado responderá por los daños antijurídicos que se le hubieren causado a los particulares”.*

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / Reglas jurisprudenciales vigentes / Régimen objetivo de responsabilidad.**

La Corte Constitucional señala que, en dos eventos establecidos por el Consejo de Estado, resulta factible aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, estos son cuando el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica, en ambas situaciones la privación de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada, por lo que “el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos”. En criterio de la Corte desde el inicio de la investigación el fiscal o juez deben tener claro que el hecho sí se presentó y que es objetivamente típico, ya que disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos. En el primer caso, el funcionario judicial debe tener en claro esa información desde un principio y, en el segundo se trata de una tarea más sencilla, que consiste en el cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipifican como tal. (…) En conclusión, las sentencias de unificación de la Corte Constitucional, establece que en eventos de 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 inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, pues, tales circunstancias demarcan la antijuridicidad de daño y la responsabilidad del Estado bajo un régimen subjetivo por falla en el servicio, en caso contrario se analizará bajo el régimen objetivo por daño especial cuando el hecho no ha existido o la conducta es objetivamente atípica.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / Elementos / Existencia del daño.**

Para que el daño adquiera una dimensión jurídicamente relevante, es decir, para que pueda predicarse su configuración, es menester que recaiga sobre un derecho subjetivo o sobre un interés tutelado por el derecho. En el presente caso, se encuentra demostrado que el señor Marco Antonio Romero García estuvo privado de la libertad desde el 21 de marzo de 2014, en el momento que la Policía Nacional lo capturó en flagrancia al violentar físicamente a la señora Gloria Inés Sarmiento, captura que se legalizó el 23 de marzo del mismo año, en el Juzgado Primero de Control de Garantías de Guateque; y hasta el 19 de julio de 2016, fecha en la que el Tribunal Superior de Tunja – Sala Penal lo absolvió de responsabilidad penal, por atipicidad del tipo penal, por lo que se encuentra probado que sufrió un daño que recayó sobre un bien jurídicamente tutelado, como es la libertad, derecho inalienable de la persona, que tiene carácter de principio, pues, tal como lo describe el artículo 5 de la Constitución Política, tiene preeminencia en el orden superior.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / Elementos / Imputación / No es procedente imputar falla del servicio cuando la medida de privación se torna necesaria y adecuada para proteger a la víctima.**

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-037 de 200616, analizó la constitucionalidad, 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. (…) En el presente caso, se tiene que la Fiscalía General de la Nación adelantó investigación penal en contra del señor Marco Antonio Romero García, por la supuesta comisión del delito de violencia intrafamiliar, en razón que fue capturado por la Policía Nacional en flagrancia, momentos después de haber agredido físicamente a la señora Gloria Inés Sarmiento, en la carrera 3 # 6-78 barrio centro del municipio de San Luis de Gaceno. (…) En este orden, al Juez de Garantías le correspondió evaluar el cumplimiento de los presupuestos del artículo 308 de la Ley 906 de 2004 para la imposición de la medida de aseguramiento, pues además de lo reseñado en el acápite precedente, tuvo en cuenta que debe ser a petición del Fiscal General y decretarla cuando de la información legalmente obtenida, de la evidencia física recogida y asegurada y de los elementos materiales probatorios se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes presupuestos: a) que la medida se muestre como necesaria para evitar la obstrucción al debido ejercicio de la justicia; b) que constituye peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; y, c) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. (…) Para el proceso No. 2014-80045, se recuerda que el señor Marco Antonio Romero García fue detenido en flagrancia el 21 de marzo de 2014, en razón que fue “sorprendido o individualizado durante la comisión del delito y aprehendido inmediatamente después por persecución” (art. 301-2 Ley 906 de 2004), toda vez que una vez la Policía Nacional recibió la información de una posible agresión al interior de un inmueble y llegar a él, los uniformados se encontraron con la señora Gloria Inés Sarmiento con lesiones en su rostro y un sujeto que emprendió la huida para esconderse bajo un dormitorio, que al final resultó ser el aquí demandante. (…) Conforme las bases normativas señaladas, el Juez de Garantías a partir de los elementos materiales probatorios, que le fueren aportados, entre estos, la denuncia formulada por la señora Gloria Inés Sarmiento, las versiones de los señores Benigno Arturo Perilla Mondragón y Mireya Zarate López (vecinos de la víctima), noticia criminal, informe de captura, arraigo del capturado y el dictamen médico legal, del Hospital San Francisco de San Luis de Gaceno realizado a las lesiones de la víctima, decretó la medida solicitada por la Fiscalía General de la Nación, en contra del señor Marco Antonio Romero García. Conforme lo anterior, para la Sala es procedente señalar que la medida estuvo precedida de una valoración adecuada de los elementos materiales probatorios, que permitía concluir que el procesado podría ser responsable como autor, del delito de violencia intrafamiliar y que dicho sujeto podría violentar la integridad física de la víctima en un futuro. Lo anterior, en razón que al momento de realizar la captura del señor Marco Antonio Romero García, se procedió con su identificación y arraigo, en el cual, se fue claro en señalar que el sujeto residía en Carrera 3 No. 6-78 Centro San Luis de Gaceno, con la víctima, quien afirmó que era su cónyuge (Gloria Inés Sarmiento Molina) y su hijastro, en arriendo. (…) de la argumentación del Juez de Control de Garantías para imponer la medida de aseguramiento, se puede establecer que en aquella oportunidad este tuvo por acreditados cada uno de los presupuestos que establece el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto la consideró además necesaria por el hecho de proteger a la víctima, de una nueva agresión por parte del imputado, la encontró como adecuada porque los hechos guardaron relación con la conducta punible de violencia intrafamiliar, en la medida que el mismo Marco Antonio Romero García y su madre Amelia del Carmen García Aguilar afirmaron que la señora Gloria Inés Sarmiento era la compañera permanente. En ese sentido, ante la denuncia de la víctima, la captura en flagrancia, el arraigo del imputado y la pena contemplada, para la Sala, tanto la captura como la imposición de la medida de aseguramiento impuesta al señor Marco Antonio Romero García hallaban normativamente justificada al momento de adoptarse, teniendo en cuenta que en el sistema penal acusatorio la valoración de los elementos probatorios y evidencias físicas en esta etapa es distinta a la que corresponde al momento de proferirse sentencia (juicio oral), con lo que no puede establecerse que la entidad demandada haya incurrido en falla en el servicio, tal como lo precisaron las entidades demandadas y hasta el juez de primera instancia.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / Elementos / Imputación / Daño especial / Si bien el juez penal de segunda instancia declaró la inexistencia del delito de violencia el caso se encuadra en uno de violencia contra la mujer / Deber de las autoridades judiciales de aplicar enfoques diferenciales de género.**

Se puede concluir que si bien se declaró la atipicidad de la conducta, la misma se basó en la duda, respecto al alcance de la relación sostenida entre el sentenciado y la víctima, toda vez que si bien se comprobó que hubo una dependencia sentimental, la misma, a criterio del fallador de segunda instancia, no tuvo la incidencia para conformar familia, en razón que, como el imputado ya contaba con otra relación, no se cumple con el criterio de singularidad, para conformar familia, en ese sentido para el fallador de segundo grado no se cumplió con el ingrediente normativo relativo a que las lesiones recayeran en algún miembro del núcleo familiar de Marco Antonio Romero García. (…) Si bien en principio, podría decirse que en el caso en concreto se acude al título de imputación objetivo como lo es el daño especial, ante la afirmación del Tribunal Superior de Tunja, relativa a la atipicidad de la conducta del señor Marco Antonio Romero García, lo cierto es que la Sala no encuentra que esa atipicidad fuera latente en el principio del proceso penal –en especial al momento de imponerse la medida de aseguramiento - pues solo fue hasta la práctica del testimonio de la señora María Virginia Espitia Montenegro, en el juicio oral, que se determinó que ante las múltiples relaciones sentimentales del señor Marco Antonio Romero García, no podía este constituir familia como lo precisó el a quem penal. Es decir, que la libertad del señor Marco Antonio Romero García no se derivó de la inexistencia de una conducta de violencia generada en la humanidad de la señora Gloria Inés Sarmiento, tanto así, que la defensa en el proceso penal, en ningún momento desconoció dicha circunstancia, sino que la duda sembrada en la segunda instancia, se basó en que los tres meses de relación entre la víctima y el victimario, no ostentaban la materialidad para considerarse que tenían el ánimo de formar un núcleo familiar, pues ya el sindicado, contaba con otra unión. La Sala no puede perder de vista que el presente medio de control de reparación directa, como el proceso penal adelantado en contra del señor Marco Antonio Romero García, deriva de un contexto de violencia contra la mujer, por lo cual, como lo afirmó el Consejo de Estado, en estos casos se debe estudiar el *“contexto de violencia contra la mujer que finalmente llevó a la materialización del daño, siendo éste un aspecto determinante para el estudio de la responsabilidad del Estado, al establecer el nexo causal y la omisión por la supuesta falla en el servicio ante la falta de medidas de seguridad”*. Sobre este particular, la jurisprudencia constitucional se ha referido al rol de las autoridades judiciales en la materialización de la protección real y efectiva de las mujeres, a partir de dos estándares de protección que han sido establecidos en los distintos instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano: (i) el derecho a acceder a un recurso judicial sencillo y eficaz y (ii) el deber estatal de diligencia en la prevención, investigación, sanción y reparación de la violencia contra las mujeres. Así mismo, en desarrollo del marco normativo que regula el alcance de ese derecho, se estableció a partir de la sentencia T-012 de 201620, el “deber constitucional”, a cargo de las autoridades judiciales, de interpretar los hechos, pruebas y normas jurídicas con base en enfoques diferenciales de género.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / Elementos / Imputación / Daño especial / Deber de las autoridades judiciales de aplicar enfoques diferenciales de género / Autoridades judiciales tenían el deber de proteger a la mujer víctima de violencia derivada de una relación sentimental.**

La libertad del señor Marco Antonio Romero García, no se produjo por la inexistencia del hecho sobre la agresión física a la señora Gloria Inés Sarmiento, sino ante un criterio de antaño de la segunda instancia del proceso penal, pues se recuerda que el Tribunal Superior, afirmó que el concepto de familia debe ser singular, por lo que si el señor Marco Antonio Romero ya había constituido una familia con la señora María Virginia Espitia Panadero, no le era permitido simultáneamente convivir con Gloria Inés Sarmiento, sobre quien se itera, el proceso penal encontró probada relación sentimental con el aquí demandante. Quiere decir lo anterior, que de acoger la tesis del Tribunal Superior de Tunja, podía el señor Marco Antonio Romero García o cualquier otro sujeto, seguir violentando la integridad de diferentes mujeres, con las cuales hubiera iniciado una vida marital, como lo es convivir bajo el mismos techo (carrera 3 # 6-78 en San Luis de Gaceno), ayudarse económicamente (Según la declaración de la víctima era ella quien laboraba y socorría a su pareja para que consiguiera empleo) y apoyarse de manera afectiva, pero no ser el sujeto activo del delito de violencia intrafamiliar, en la medida que ya tenía un hogar inicialmente compuesto y por ello no podía inferirse la estabilidad o permanencia que se requiere para la conformación de la unidad familiar. En ese orden de ideas, al probarse en el proceso penal, la convivencia entre la señora Gloria Inés Sarmiento y Marco Antonio Romero García (tanto el Juzgado Penal del Circuito de Guateque y el Tribunal Superior de Tunja afirmaron en sus providencias que el aquí demandante con la víctima había sostenido una relación anterior a la fecha de los hechos), como la agresión de este último; tanto la Fiscalía General de la Nación como los Jueces de Garantías, en virtud del enfoque de género en sus decisiones, tenían la obligación de tomar las medidas necesarias para proteger a la víctima mujer sujeto pasivo de la violencia generada en su contra por parte de la persona con la que convivía en una relación sentimental para tal momento.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / Elementos / Imputación / Daño especial / No existió rompimiento al equilibrio de las cargas públicas / Cualquier otro ciudadano hubiese sido objeto de la medida de aseguramiento si se captura en flagrancia.**

Resalta la Sala que la captura realizada en contra del señor Marco Antonio Romero García, se efectuó en flagrancia, es decir, al instante en que le propinó agresiones físicas a la señora Gloria Inés Sarmiento e intentó huir del lugar de los hechos y ya una vez capturado, referenció que la víctima era su compañera permanente y que compartían el mismo lugar de notificaciones. Así las cosas, cualquier otro ciudadano que se hubiera encontrado en las mismas condiciones que el señor Marco Antonio Romero García, hubiera sido objeto de la medida de aseguramiento privativa de la libertad y del adelantamiento del proceso penal por la posible comisión del delito de violencia intrafamiliar, en el sentido que, (i) es capturado al momento de agredir a la víctima (circunstancia que no se puso en duda a lo largo del proceso penal) y (ii) acepta en su arraigo que la víctima es su compañera permanente, situación que se probó a lo largo del juicio oral y que es aceptado tanto en primera, como en segunda instancia; en razón que se determinó que entre la víctima y el victimario hubo una relación sentimental de aproximadamente de 3 meses, en la cual compartían techo y lecho, cosa distinta es que finalmente se indicara por el fallador penal que para la constitución de la familia se requería la singularidad y el ánimo de permanencia en la relación para que pudiera hablarse de una unidad familiar. Por lo tanto, como la Fiscalía General de la Nación se encontró con un agresor y unos elementos que determinaban que la víctima era la compañera permanente de él, circunstancia que se itera, fue afirmada y aceptada por el señor Marco Antonio Romero García, no había otra posibilidad jurídica que iniciar el proceso penal por violencia intrafamiliar, por ende, cualquier otro ciudadano, que hubiera sido capturado en flagrancia y aceptado su condición de compañero permanente, estaría sometido a la carga de la administración de justicia, respecto a la imputación del delito de violencia intrafamiliar.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / Elementos / Imputación / Daño especial / Atipicidad relativa.**

Por lo tanto, considerar que al no cumplirse el criterio de singularidad del núcleo familiar, tal como lo contempló el Tribunal Superior – Sala Penal- al momento de absolver al demandante de los cargos impuestos, no quiere decir que se esté ante una atipicidad objetiva y que por consiguiente se deban acceder a las pretensiones de la demanda de forma automática, pues en todo caso, al decir de la Corte Suprema sería una atipicidad relativa por cuanto se presentaron agresiones físicas contra la mujer constitutivas de la eventual conducta de lesiones personales dolosas. Lo anterior, en razón a que la absolución, no fue producto de una duda en la conducta del agresor, o que su accionar no se adecuara debidamente al tipo penal de violencia intrafamiliar (agresión en contra de su compañera permanente), sino en una interpretación jurídica sobre el concepto de familia, que como ya se explicó se apartan en principio de los postulados de la Corte Constitucional, que señalan que en nuestra sociedad no se puede hablar de un concepto singular de familia. En ese orden de ideas, no observa la Sala que el daño infringido al señor Marco Antonio Romero García, tenga que repararse por parte de la administración de justicia, al aplicar el título de imputación de daño especial, para este caso, pues el sujeto al ejercer violencia en contra de su pareja, y que por su conducta se iniciara el respectivo proceso penal, no se sometió a una carga mayor, que a otro sujeto que hubiera sido capturado por las mismas circunstancias aquí estudiadas, así el resultado final hubiera sido la absolución, por diferencia de criterio respecto al concepto de la familia.

 

***Tribunal Administrativo de Boyacá***

***Sala de Decisión No. 5***

***Magistrada Ponente: Beatriz Teresa Galvis Bustos***

Tunja, nueve (9) de marzo de dos mil veintidós (2022)

|  |  |
| --- | --- |
| Medio de control: | **Reparación Directa** |
| Demandante: | Marco Antonio Romero García y otros |
| Demandado: | Nación – Fiscalía General de la Nación |
| Expediente: | 15001-33-33-004-**2018-00161-01** |
| Link: SAMAI:<http://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150> 013333004201800161011500123 |

# OBJETO DE LA DECISIÓN

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demanda contra la sentencia de primera instancia proferida el 22 de mayo de 2020 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

### ANTECEDENTES

**La demanda (a. 2) Pretensiones**

1. Los señores Marco Antonio Romero García, Amelia del Carmen García Aguilar y Diana Marcela Romero García, por conducto de apoderado judicial, solicitó:

*“A. DECLARATIVAS*

*PRIMERA: Declárase que La Nación Colombiana – Fiscalía General de la Nación - representado legalmente por el señor Fiscal Dr. Néstor Humberto Martínez (o quien haga sus veces) Rama Judicial - Dirección Ejecutiva De La Administración judicial de Boyacá representado legalmente por el Dr. Reinaldo Jaime González (o por quien haga sus veces), son administrativa patrimonialmente responsables de manera solidaria por los daños antijurídicos y por consiguiente de la totalidad de los daños ocasionados a cada uno de los demandantes que conforman el grupo familiar, por la privación injusta de la libertad que sufrió el señor Marco Antonio Romero García, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.049.797.062 de la ciudad de Guateque (Boyacá), privación de la libertad que se llevó acabo en el Establecimiento Carcelario de Mediana Seguridad de la ciudad de*

*Guateque (Boyacá), durante el periodo comprendido entre el 23 de Marzo de 2014 al 27 de Julio de 2016.*

*B DECLARACIONES DE CONDENA*

*Como corolario de la declaración anterior y a título de reparación del daño en recién pronunciamiento del Consejo de Estado en materia de Privación Injusta de la Libertad:*

*PRIMERO: Condénese a la Nación Colombiana – Fiscalía General de la Nación - representado legalmente por el señor Fiscal Dr. Néstor Humberto Martínez (o quien haga sus veces) Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial de Boyacá representado legalmente por el Dr. Reinaldo Jaime González (o por quien haga sus veces), al reconocimiento y pago de los Perjuicios Morales que se ocasionaron al grupo familiar, por la privación injusta de la libertad que sufrió el señor Marco Antonio Romero García, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.049.797.062 de la ciudad de Guateque (Boyacá), privación de la libertad que se llevó acabo en el Establecimiento Carcelario de Mediana Seguridad de la ciudad de Guateque (Boyacá), durante el periodo comprendido entre el 23 de Marzo de 2014 al 27 de Julio de 2016, grupo familiar comprendido por las siguientes personas:*

* 1. *Marco Antonio Romero García en condición de Víctima Directa Privado de Libertad, la suma de (100) Cien salarios Mínimos legales Mensuales Vigentes.*
	2. *Amelia del Carmen García Aguilar en su condición de madre del señor Marco Antonio Romero García, la suma de (100) Cien salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.*
	3. *Diana Marcela Romero García en su condición de hermana del señor Marco Antonio Romero García, la suma de (50) Cincuenta Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.*

*Indemnización que se estima en la suma de (250SMLMV) Doscientos cincuenta salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.*

*SEGUNDO: CONDÉNESE a la Nación Colombiana – Fiscalía General de la Nación - representado legalmente por el señor Fiscal Dr. Néstor Humberto Martínez (o quien haga sus veces) Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial de Boyacá representado legalmente por el Dr. Reinaldo Jaime González (o por quien haga sus veces) reconocimiento y pago de los perjuicios morales que se ocasionaron al grupo familiar, por la privación injusta de la libertad que sufrió el señor Marco Antonio Romero García, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.049.797.062 de la ciudad de Guateque (Boyacá), privación de la libertad que se llevó acabo en el Establecimiento Carcelario de Mediana Seguridad de la ciudad de Guateque (Boyacá), durante el periodo comprendido entre el 23 de Marzo de 2014 al 27 de Julio de 2016, grupo familiar comprendido por las siguientes personas:*

*Daños vida relación:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| *Marco Antonio García* | *Privado de la libertad* | *100 SMLMV* |
| *Amelia del Carmen* | *Madre* | *100 SMLMV* |
| *Diana Marcela Romero* | *Hermana* | *50 SMLMV* |

*Dichos daños son de naturaleza Inmaterial y externa que según la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado son diferentes a los perjuicios morales, se trata de un daño de carácter extramatrimonial e inmaterial que afecta actos de la vida, sean estos sociales o incluso*

*individuales, pero en todo caso externos y en relación en general con las cosas del mundo.*

*TERCERO: CONDÉNESE a la Nación Colombiana – Fiscalía General de la Nación - Representado legalmente por el señor Fiscal Dr. Néstor Humberto Martínez (o quien haga sus veces) Rama Judicial Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial de Boyacá representado legalmente por el Dr. Reinaldo Jaime González (o por quien haga sus veces), al reconocimiento y pago de los perjuicios Antijuridicos De Orden Material, por concepto de Lucro cesante que se ocasionaron al señor Marco Antonio Romero García, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.049.797.062 de la ciudad de Guateque (Boyacá), privación de la libertad que se llevó a cabo en el Establecimiento Carcelario de Mediana Seguridad de la ciudad de Guateque (Boyacá), durante el período comprendido entre el 23 de Marzo de 2014 al 27 de Julio de 2016.*

*Estimando sus ingresos en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, para la fecha de los hechos es decir en el año 2016, fecha en la cual se privó de la Libertad al señor Marco Antonio Romero García, dineros que devengaba como carpintero, el cual deberá ser actualizado al momento de la Sentencia, destinando sus ingresos al sostenimiento propio y de su grupo familiar, este deberá ser actualizado al momento de la Sentencia.*

*(…)*

*Para los efectos anteriores, se tomará el salario que devengaba en promedio la víctima como carpintero; a falta de valores su respetado Despacho deberá tomar como base para liquidar el Salarlo Mínimo Legal Mensual Vigente parala fecha la Privación Injusta del a libertad del señor Marco Antonio Romero García el cual era para el año 2014 fue de seiscientos ochenta y nueve mil cuatros cientos cincuenta y cuatro pesos ($ 689.454), los cuales deberán ser debidamente actualizados.*

# Hechos

*Para efectos de la estimación de los perjuicios, serán atendidas las pruebas que se alleguen acerca de los Ingresos, la supervivencia de la víctima, la supervivencia de la madre reclamante y su hermana.*

1. Que, el 23 de marzo de 2014 el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Guateque, legalizó la captura del señor Marco Antonio Romero y aceptó la imputación del delito de violencia intrafamiliar agravado a título de dolo (cargos que no fueron aceptados), en consecuencia impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.
2. Que, el 14 de mayo de 2014 la Fiscalía General de la Nación presentó escrito de acusación, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San Luis de Gaceno, despacho que los días 3 de junio y 11 de agosto de 2014, realizó las audiencias de formulación de acusación y preparatoria, respectivamente.
3. Que, el 2 de febrero de 2015 el Juzgado Promiscuo Municipal de San Luis de Gaceno emitió sentencia condenatoria en contra del demandante Marco Antonio

Romero, consistente en 6 años de prisión, sin concesión de subrogado alguno. Decisión que fue recurrida en apelación por el sentenciado.

1. Que, el 27 de julio de 2016 el Tribunal Superior de Tunja – Sala Penal decidió revocar la anterior sentencia, en consecuencia ordenó absolver de los cargos formulados y conceder la libertad incondicional e inmediata al señor Marco Antonio Romero García.
2. Que la privación de la cual fue víctima el señor Marco Antonio Romero García, le produjo “*muchas situaciones difíciles que le tocó vivir, desde la vergüenza misma el hecho de ser capturado y llevado preso, como la angustia, el estrés, el dolor moral que genera ser mostrado ante los ojos de una sociedad entera como delincuente*”. Asimismo le impidió realizar actividades laborales que le permitieran el sustento propio y el de su núcleo familiar.

### Fundamentos de la demanda

1. El apoderado de los demandantes explicó que al señor Marco Antonio Romero García le impusieron medida de aseguramiento de conformidad con el artículo 307 literal a) numeral 1 de la Ley 906 de 2004, por el delito de violencia intrafamiliar agravado, sin embargo, el Tribunal Superior de Tunja, en su Sala Penal, en sentencia del 27 de julio de 2016 ordenó la libertad del actor. Según la parte actora, los yerros en que incurrió la administración de justicia fueron los siguientes:

*“a) Nunca hubo elementos probatorios que permitieran establecer elementos de juicio que lograran determinar la responsabilidad del señor Marco Antonio Romero García, toda vez que mi poderdante era una persona que no tuvo participación en el delito endilgado por parte de la Fiscalía, Violencia Intrafamiliar Agravado, errores que efectivamente surtieron se deceso en el fallo emitido por el alto Tribunal de Tunja.*

1. *No se demostró por la Fiscalía la materialidad de la conducta punible investigada, un tipo penal que nada tenía que ver con los hechos que acontecieron, en los cuales mi poderdante nada tuvo que ver, conforme a la conducta investigada.*
2. *Se privó de la Libertad al señor Marco Antonio Romero García, quien no tenía absolutamente nada que ver con el punible objeto de Investigación.*
3. *La fiscalía no cumplió con la carga de la prueba para demostrar los hechos por los cuales mi poderdante fue privado de la libertad.*
4. *Se violó el Debido Proceso como también el artículo 381 del CPP, ya que la fiscalía nunca demostró la existencia singular de la unión marital de hecho entre mi poderdante y la señora Gloria Inés Sarmiento, razón por la cual existió una extralimitación en el ejercicio de sus funciones al imputar*

*una conducta inexistente en el actuar de mi poderdante, conducta por la cual permaneció injustamente privado de su libertad por 28 meses y 4 días, sin que la fiscalía tuviese un pleno convencimiento más allá de toda duda razonable, de la responsabilidad del hoy demandante y víctima, para entrar a emitir una sentencia de carácter condenatorio, sin que su teoría del caso fuese justificada y congruente.”*

### TRÁMITE PROCESAL Presentación y admisión de la demanda

1. La demanda fue radicada el 27 de julio de 2018 (fl. 70) y repartida al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Tunja, que por auto del 6 de septiembre de 2018, la inadmitió ante la falta de suscripción de los poderes por parte de los demandantes (fl. 72).
2. Una vez subsanado el yerro anotado, a través de auto del 20 de septiembre de 2018 se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones de rigor a la Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación (fl. 82).

### Contestación de la demanda

1. La **Nación – Rama Judicial** en escrito del 19 de diciembre de 2018 (fl. 89 a 95) se opuso a las pretensiones de la demanda, al indicar que el juez con funciones de control de garantías debe velar para que en el proceso se garanticen y protejan los derechos constitucionales del imputado, de tal suerte que, para legalizar la captura, formular la imputación y decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva, solicitada previamente por la fiscalía, debe verificar que la misma procure el cumplimiento de los fines constitucionales del artículo 250 y cumpla los requisitos del artículo 308 del CPP.
2. Señaló que la decisión del Juez Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Guateque de aceptar la formulación de imputación, legalizar la captura e imponer la media de aseguramiento al demandante, tuvo respaldo en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que exhibió la Fiscalía en la audiencia preliminar.
3. Manifestó que “la privación de la libertad de que fue víctima el señor Marco Antonio Romero García y que decretó el Juez Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Guateque, por el presunto delito de violencia intrafamiliar, fue en virtud de la aplicación de lo dispuesto en la normatividad vigente para la época de los

hechos” (Ley 906 de 2004), “situación que podría enmarcarse dentro del eximente de responsabilidad FUERZA MAYOR, por el carácter irresistible e imprevisible del hecho; es decir que el Juez no podía evitar su declaratoria (imposición de la medida) ni superar las consecuencias (privación de la libertad)”.

1. Precisó que el Tribunal Superior de Tunja, con fundamento en las pruebas del proceso penal, absolvió al actor al considerar que se presentaban deficiencias probatorias en la investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación, “por lo que era imposible develar toda duda frente al hoy demandante, en virtud del principio de In Dubio Pro Reo. Conforme a lo enunciado, se puede concluir que, la teoría presentada por la fiscalía al inicio del juicio oral, no encontró respaldo en las pruebas legalmente recaudadas y arrimadas al proceso, de las cuales, no se obtuvo certeza suficiente para impartir condena, conforme con lo establecido en la Ley 906 de 2004”, sin embargo, al cumplirse con las causales para privar de la libertad al actor como medida de seguridad, la decisión guarda respaldo legal.
2. Solicitó que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva, en razón que fue la Fiscalía General de la Nación la que según su acervo probatorio, imputó el delito de violencia intrafamiliar. Igualmente la configuración de los medios exceptivos de *culpa exclusiva de la víctima y hecho de un tercero*, toda vez que el demandante, dio lugar a la imposición de la medida de aseguramiento en su contra, al infligir daño a la señora Gloria Inés Sarmiento Molina, lo que ocasionó su captura en flagrancia y puesta a disposición de la justicia penal.
3. Indicó “*que la privación de la libertad de Marco Antonio Romero García no provino de un acto caprichoso, yerro o responsabilidad por parte de las entidades demandadas, sino como consecuencia del señalamiento directo que en su contra efectuara la denunciante*”.
4. La **Nación – Fiscalía General de la Nación** en memorial del 28 de enero de 2019 (fls. 120 a 142) se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al argumentar que el fallo penal de primera instancia y las pruebas practicadas evidenciaron que la víctima con su comportamiento se expuso a la medida de aseguramiento *“lo que dará lugar a exonerar de responsabilidad a las entidades demandadas”,* además la señora Gloria Inés Sarmiento ya había instaurado denuncia contra el demandante por los mimos hechos, que fue conocido por la Comisaria de Familia de Guateque.
5. Afirmó que el actuar de la Fiscalía General de la Nación no fue la causa eficiente del daño que reclama el actor, en virtud a que dentro de sus competencias no se halla

la función que permita disponer sobre las medidas de aseguramiento de los imputados, sino que su actor se limita a solicitar la medida, para que sea el Juez de Garantías el que decida sobre la misma.

1. Indicó que “*en el presente caso, se configura la causal eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima, toda vez que fue la conducta del demandante la que dio lugar a la investigación penal que se adelantó en su contra por violencia intrafamiliar y que lo privó de su derecho fundamental a la libertad”.*
2. Adujo que la investigación que se adelantó en contra del demandante, tuvo su origen en la denuncia impetrada por la señora Gloria Inés Sarmiento, “*con la cual estaban dadas las condiciones para la solicitud de la medida de aseguramiento y la imputación realizada por la Fiscalía y consecuente privación de la libertad decretada por el Juzgado por cuanto se infirió razonablemente que era autor de los delitos endilgados y se le condenó mediante sentencia 02-02-2015*”. Por lo tanto, las agresiones sufridas por la denunciante y un menor de edad fueron la base para que le Juzgado de Garantías decretara la medida de aseguramiento.
3. Señaló que “*para proferir tanto la medida de aseguramiento como la acusación no es necesario que en el proceso existan pruebas que conduzcan a la certeza sobre la responsabilidad penal del sindicado, pues este grado de convicción sólo es necesario para proferir sentencia condenatoria*”, en consecuencia, con las pruebas hasta el momento recaudadas en la audiencia preliminar, era procedente solicitar la medida de aseguramiento.
4. Sostuvo que la Fiscalía actuó de conformidad con las funciones establecidas en el artículo 250 d el Constitución Política, por lo que era su obligación solicitar al Juez de Control de Garantías la privación de la libertad del señor Marco Antonio Romero García.
5. Precisó que al plenario se aportó la declaración de la madre del señor Marco Antonio Romero García, quien afirmó que el demandante y la denunciante eran compañeros permanentes, por lo tanto, era procedente solicitar la medida de aseguramiento, respecto al delito imputado de violencia intrafamiliar.
6. Igualmente, manifestó que no es procedente acceder a los perjuicios morales solicitados, toda vez que se *“encuentran sobre estimados y no se ajustan con los presupuestos consagrados por el Consejo de Estado… en la cual se fijó el techo de*

*los mismos en 100 SMLMV para los casos de mayor gravedad, es decir en los que medie la muerte o la incapacidad permanente total, dichas circunstancias que no se evidencian en el caso en concreto, en el cual la detención nunca se tornó antijurídica e injusta”.* Tampoco se deberá realizar alguna condena por perjuicios materiales, en razón que el actor no demostró qué actividad realizaba para su sustento.

### Audiencia inicial

1. La audiencia inicial se realizó el 19 de junio de 2019 (fl. 148 a 150). En esta, se agotaron las etapas de saneamiento, excepciones, conciliación y fijación del litigio, el cual se estableció de la siguiente forma:

*“¿La Nación - Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación son extracontractualmente responsables de la privación de la libertad del señor Marco Antonio Romero García, ocurrida entre el 23 de agosto de 2014 y el 27 de julio de 2016?*

*¿Se encuentra configurada alguna causal eximente de responsabilidad o causa extraña con la capacidad de romper el nexo de causalidad entre el daño irrogado y la acción u omisión de la Administración?*

*En caso de condena, ¿Cuáles son los perjuicios causados a los demandantes, y por cuáles debe responder la parte demandada?*

1. Respecto a las pruebas, se decretó el interrogatorio de parte de los demandantes y copia del proceso penal con el CUI 166676103130-2014-8004.

### Audiencia de pruebas

1. La audiencia de pruebas fue desarrollada el 13 de agosto de 2019 (fl. 233 y 234). En esta, se practicaron los interrogatorios de Marco Antonio Romero García, Amelia del Carmen García Aguilar y Diana Marcela Romero García y se incorporó la prueba documental, en consecuencia el *A quo* corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales.

### Sentencia de primera instancia

1. En sentencia proferida el 22 de mayo de 2020, el Juzgado Cuarto Administrativo de Tunja, resolvió (fls 261 a 281):

*“****PRIMERO.*** *Declarar solidaria y extracontractualmente responsable a la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación de la privación de*

*la libertad de la que fue objeto el señor Marco Antonio Romero García, comprendida entre el 23 de marzo de 2014 y el 27 de julio de 2016.*

***SEGUNDO.*** *Condenar a la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, a pagar las siguientes sumas de dinero a favor de las siguientes personas:*

* 1. *Por concepto de perjuicios morales:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| *Demandante* | *Calidad* | *Indemnización* |
| *Marco Antonio Romero García* | *Víctima directa del daño* | *100* |
| *Amelia del Carmen García Aguilar* | *Madre* | *100* |
| *Diana Marcela Romero García* | *Hermana* | *50* |

* 1. *Por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, reconocer a favor del señor Marco Antonio Romero García la suma de veintiséis millones seiscientos sesenta y cinco mil trecientos seis pesos ($26.665.306) M/Cte.*

***TERCERO.*** *Negar las demás pretensiones.*

***CUARTO.*** *Declarar no probadas las excepciones propuestas por la Nación*

*– Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, por lo expuesto en esta providencia.*

***QUINTO.*** *Sin condena en costas. (…)”*

1. El Juzgado de Primera Instancia, luego de poner de presente el marco jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, precisó que en el caso en concreto la fecha en que se dispuso la privación del demandante como medida de aseguramiento acaeció el 23 de marzo de 2014, es decir que su procedencia estaba supeditada a la Ley 906 de 2004 en los artículos 306 y siguientes.
2. Señaló que el daño se encuentra acreditado con la privación de la libertad del demandante Marco Antonio Romero García, entre el 23 de marzo de 2014 y el 27 de julio de 2016 (2 años, 4 meses y 4 días), la cual se prologó desde la imposición de medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario impuesta por el Juzgado Promiscuo Municipal de Guateque con funciones de Control de Garantías y hasta la sentencia absolutoria emanada por el Tribunal Superior de Tunja – Sala Penal.
3. Resaltó que la Ley 906 de 2004 atribuyó a los jueces de la República, de manera exclusiva, la facultad de imponer las medidas de aseguramiento, atendiendo que son las autoridades judiciales las encargadas del control de garantías y la salvaguarda de los derechos fundamentales de los procesados. En tal sentido, “*es el Juez el*

*encargado de valorar los elementos de convencimiento que las partes ponen en él, para determinar en derecho si se accede o no a ese tipo de restricciones, sin que en su autonomía pueda resultar influenciado o determinado por factores externos…Así las cosas… la Fiscalía General de la Nación no cuenta con facultades que le permitan disponer de la libertad de las personas, pues este tipo de decisiones fueron asignadas de manera exclusiva al aparto judicial*”.

1. Agregó que la decisión judicial se funda en la inferencia razonable de autoría y de verificación de cumplimiento de los requisitos para imponer la detención preventiva, conforme a los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida exhibidos por la Fiscalía, para dicho momento procesal. Por lo tanto, tanto el Juez de Control de Garantías como la Fiscal Delgada participaron en la producción del daño, toda vez que *“la Fiscalía 17 Local de Garagoa - Boyacá, quien formuló la imputación y solicitó la imposición de medida de aseguramiento, con sustento en los elementos probatorios ya examinados, en tanto que el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guateque con funciones de control de garantías, luego de escuchar los argumentos del ente acusador, determinó la viabilidad de formular la imputación y de imponer la medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva”*.
2. Analizó que el Juzgado de Control de Garantías estructuró la inferencia de la conducta, para determinar la declaratoria de la medida de aseguramiento, según la denuncia de la presunta víctima del punible, el Informe de la Policía de Vigilancia en caso de Captura en flagrancia, las entrevistas del señor Benigno Arturo Perilla Mondragón y la señora Mireya López y los dictámenes médico legales de incapacidad de la presunta víctima y del señor Marco Antonio Romero García, por lo que se desvirtúa la afirmación del actor “*según la cual la imposición de la medida de aseguramiento al señor Marco Antonio Romero García fue una decisión desprovista de pruebas, evidenciando que lo propuesto no pasó de ser una discrepancia de criterio frente a la valoración de las mismas; que no es suficiente para proyectar un error jurisdiccional, en la medida que no se precisó por el demandante, ni se advierte oficiosamente por el Despacho*”, por lo que consideró que la imposición de la medida de aseguramiento solicitada por la Fiscalía fue racional, en la medida que las pruebas recaudadas hasta las audiencias preliminares, dan cuanta que el actor y la señora Gloria Inés Sarmiento Molina tenían una relación sentimental.
3. Afirmó que “*según la propia declaración de la víctima; las declaraciones de los testigos, los informes de los policiales que atendieron el llamado y los reportes de medicina legal, elementos probatorios que resultaban coherentes frente a la*

*posibilidad de que la señora hubiera sido objeto de actos violencia intrafamiliar por parte del entonces imputado, sin que existieran motivos objetivos que permitieran concluir situación diferente*”, en consecuencia “*La medida de aseguramiento, entonces, fue adecuada, necesaria y proporcional dentro del marco normativo aplicable en esa oportunidad*”, en razón que se atendió a la protección que el legislador asignó a los derechos de la familia y de la mujer en el ordenamiento jurídico.

1. Sostuvo que no se acreditó que la solicitud de la medida de aseguramiento del señor Marco Antonio Romero García hubiera sido irregular, ni que tampoco la actuación del Juez de Control de Garantías, al decretarla, se traduzca en una falla del servicio.
2. Sin embargo, argumentó que el señor Marco Antonio Romero García fue absuelto por el Tribunal Superior de Tunja en sentencia del 27 de julio de 2016, por lo tanto “*la privación de la libertad a la que fue sometido el señor Marco Antonio Romero García, entre el 23 de marzo de 2014 y el 27 de julio de 2016, en principio, a pesar de encontrarse ajustada a la legalidad, resulta injusta en la medida que este tipo de privaciones solamente deberían ser padecidas por quienes sean encontrados penalmente responsables, mediante una sentencia condenatoria en firme*”.
3. Agregó que la actuación penal seguida en contra del demandante se originó por la posible comisión del delito de violencia intrafamiliar agravado, pero según la segunda instancia, se determinó que no se logró probar la condición de unión marital de hecho entre el procesado y la denunciante, por lo que, la privación se tornó injusta y el demandante no tenía porque soportar dicha actuación, máxime si se tiene que a la fecha de la captura era un joven de 22 años que contaba con una familia conformada por su compañera permanente y su hija menor.
4. Manifestó que la Fiscalía 17 Local de Garagoa, el Juzgado Primero de Guateque con Función de Control de Garantías, el Juzgado Penal del Circuito de Guateque y el Juzgado Promiscuo Municipal de San Luis de Gaceno, no verificaron el cumplimiento de los requisitos para la configuración de la unión marital de hecho entre el agresor y la víctima del proceso penal, ni tampoco se advierte que el imputada haya inducido en error a las autoridades judiciales o realizara alguna actuación tendiente a entorpecer el curso del proceso penal, por lo que concluyó que “*no se advierte que el procesado hubiera incurrido en una conducta dolosa o gravemente culposa desde el punto de vista civil, que lo hayan involucrado en esa investigación penal o que hayan servido de fundamento para la decisión judicial que dispuso su privación de la libertad,*

*porque esa decisión no se soportó en el comportamiento del procesado, sino en la calificación de la conducta bajo un tipo penal que no le era aplicable*”.

1. Precisó que “*a pesar de la legalidad de la actuación judicial, mediante la que se dispuso la privación de la libertad del señor Marco Antonio Romero García, aquel no estaba en el deber jurídico de soportarla, según las razones ya expuestas. En tal entendido, la Nación - Rama Judicial -Fiscalía General son responsables patrimonialmente y deberán indemnizar los perjuicios derivados del daño invocado en la demanda*”.

### Recurso de apelación

1. **La Fiscalía General de la Nación**, mediante memorial de 19 de julio de 2020, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fl. 286 a 298). Al señalar que, conforme la Sentencia de Unificación emitida por el Consejo de Estado en el año 2018 “*se debe identificar plenamente la antijuridicidad del daño y posteriormente determinar si la imputación corresponde al Estado, para lo cual se debe determinar la entidad que le corresponde resarcir los perjuicios originados en la presunta privación injusta de la libertad”.*
2. Señaló que en la investigación adelantada en contra del Señor Marco Antonio Romero García, la Fiscalía solicitó la medida de aseguramiento “*teniendo en cuenta los elementos materiales probatorios, la evidencia física y legalmente recaudada de la que se infería que el convocante, podía estar incurso en el delito investigado*”, en ese sentido la misma era procedente.
3. Indicó que la captura del demandante se realizó en flagrancia, además se presentó denuncia por parte de la señora Gloria Inés Sarmiento que se acompañó del dictamen pericial de incapacidad por lesiones de 8 días y de otras declaraciones, por lo que se contaban con elementos probatorios que hacían procedente la medida de aseguramiento solicitada ante el Juez de Control de Garantías, con el fin de proteger a una mujer y a un niño.
4. Explicó que las pretensiones no están llamadas a prosperar, en virtud a que la solicitud de la medida de aseguramiento no es desproporcional, ni ilegal o constituye una falla en el servicio, toda vez que se fundamentó en el respectivo material probatorio.
5. Señaló “*que no existe evidencia dentro del proceso penal que la defensa del señor Romero García, ni el señor Romero García interpusieran los recurso en el momento de legalización de la captura (23-03-2014) y solicitara la revocatoria de la medida de detención oportunamente en concordancia con la norma penal, por el contrario esperara hasta la sentencia condenatoria generando su propio daño*”; como tampoco que el Juez de Control de Garantías o el Ministerio Público, pusieran de presente alguna irregularidad del ente acusador en la imputación o sobre el hecho de que la señora Gloria Inés Sarmiento no era la compañera permanente del acusado.
6. Apuntó que el Consejo de Estado ha señalado que si la captura ocurrió en flagrancia, el actor está en la obligación de soportar las consecuencias del proceso penal, siempre y cuando se respeten los reglamentos y las normas establecidas para tal fin.
7. Resaltó que un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Boyacá se mencionó que no basta con que se produzca un fallo absolutorio para deducir una privación injusta de la libertad; “*de manera que en el examen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad debe demostrarse una transgresión a las garantías procesales de derecho de defensa y debido proceso*”.
8. Adujo que se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la Fiscalía General de la Nación, toda vez que en vigencia de la Ley 906 de 2004, la autoridad competente para decretar una medida de aseguramiento es el Juez de Control de Garantías, en el sentido que la función del ente acusador s e limita a solicitar la misma, pero no a decidir sobre su procedencia.
9. Afirmó que la Fiscalía obró bajo el mandato de un deber legal, pues la finalidad de solicitar la medida de aseguramiento tuvo como objeto que el imputado no entorpeciera el trascurso del proceso o lesionara a la víctima.
10. Consideró que se configuró el eximente de responsabilidad del hecho de un tercero, pues en el proceso penal se recibió la denuncia realizada por la señora Gloria Inés Sarmiento, quien afirmó que el demandante en su calidad de compañero permanente violentó su integridad física, hecho que no fue desconocido por el juez de garantías y el de conocimiento.
11. Precisó que no es procedente acceder a los perjuicios reclamados, en razón que no basta con las simples afirmaciones para reconocerlos, sino que los demandantes deben probar los posibles perjuicios ocasionados.
12. La **Rama Judicial** en memorial del 21 de julio de 2020 (fls. 300 a 306) igualmente presentó recurso de apelación, en el que afirmó que en virtud del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, la privación será injusta cuando ha sido consecuencia de una actuación o decisión arbitraria, injustificada, inapropiada, desproporcionada, irrazonable y trasgresora de los procedimientos establecidos por el legislados, “*es decir, solo en esos eventos el daño se torna antijuridico”.*
13. Manifestó que aplicar un régimen objetivo de responsabilidad como lo es el daño especial en temas de privación injusta de la libertad, desconoce lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, pues ello implicaría una condena automática para el Estado por el solo hecho de la absolución del encartado, asimismo, que la misma Corporación en sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018 fue clara en señalar que no es procedente condenar al Estado en temas de privación, según un régimen objetivo, sin embargo, solo se debe acudir al mismo, cuando se esté ante la inexistencia del hecho delictivo o por atipicidad de la conducta y el régimen subjetivo resulta insuficiente para resolver el caso.
14. Afirmó que “*bajo los criterios de las altas Cortes, de ningún modo puede considerarse antijurídico el daño por el solo hecho de la absolución o desvinculación del proceso penal, sino que la antijuridicidad v el injusto de la privación dela libertad está determinado por una actuación arbitraria, desproporcionada, inadecuada, irrazonable v desconocedora de los procedimientos legales, constitucionales y convencionales que autorizan la limitación del derecho a la libertad, requisito que debe valorarse inicialmente v en todos los casos. Para lo cual corresponde al juez de lo contencioso administrativo estudiar todo el proceso penal”*.
15. Consideró que tampoco puede configurarse el título de imputación de daño especial, puesto que no se quebrantó las cargas públicas que debió soportar el administrado, en razón que la medida de aseguramiento obedece al ejercicio legítimo del ius puniendi.
16. Expuso que en el proceso penal adelantado en contra del demandante “*la fiscalía con relación a la carga de la prueba, a pesar de no reuniría, solicitó una medida de aseguramiento soportándose en indicios graves de responsabilidad que supuestamente incriminaban al hoy demandante, no obstante en la etapa de juicio, nunca se pudo probar por medio del material probatorio la responsabilidad penal del señor Romero García*”, en ese sentido de encontrarse alguna responsabilidad, lo cierto es que la misma radicó en el ente acusador, en virtud que era la entidad

encargada de recaudar el material probatoria que mostrara la responsabilidad penal del demandante.

1. Manifestó que no existe nexo de causalidad entre las actuaciones y decisiones de los jueces penales que intervinieron en el proceso y el daño antijurídico reclamados por los actores, toda vez que en el trámite penal se llegó hasta sentencia de segunda instancia para decidir sobre la absolución del señor Marco Romero García, trámite en el que se respetó el debido proceso del acusado y la decisión final obedeció a una disparidad de criterio, pero no por violación a las garantías fundamentales.
2. Señaló que se configuró la eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, teniendo en cuenta que el demandante, dio lugar a la imposición de la medida de aseguramiento en su contra, pues el Tribunal Superior de Tunja afirmó que se encontraba probado que el demandante violentó la integridad física de su acompañante “*por lo que se considera, no puede ahora resultar indemnizado el actor por hechos generados por su propia conducta, situación que no fue valorada acertadamente por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Tunja en la sentencia que hoy se impugna*”.
3. Solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, puesto que la Rama Judicial no tiene responsabilidad alguna en los hechos narrados en el presente medio de control.

### TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA Admisión del recurso de apelación

1. En auto de 3 de diciembre de 2020, se resolvió admitir el recurso de apelación presentado por las demandadas contra la sentencia proferida el 22 de mayo de 2020 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Tunja (a. 8).

### CONSIDERACIONES

**Competencia**

1. El artículo 328 del Código General del Proceso, prevé:

*“****Artículo 328. Competencia del superior.***

*El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante,* ***sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio,*** *en los casos previstos por la ley.*

*Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso,* ***el superior resolverá sin limitaciones.***

*(…)”*

1. Así las cosas, la competencia del superior se rige por el principio de congruencia, en virtud del cual, el juez de segunda instancia debe desatar el recurso de alzada a partir de los argumentos de inconformidad propuestos por el recurrente, so pena de desconocer el principio de contradicción. Tal conclusión, encuentra asidero en el principio de *non reformatio in pejus*, el cual, protege la situación del apelante único, para que no se haga más gravosa.

### Problema jurídico

1. De conformidad con los argumentos de la apelación, se formulan el siguiente problema jurídico:

¿Impone revocarse la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, al determinarse que el régimen de responsabilidad que se debe aplicar en el caso en concreto es el subjetivo de falla en el servicio y no el objetivo de daño especial como lo estableció el Juez de Primera instancia?

1. Si la respuesta al interrogante anterior es positiva, se deberá establecer ¿Si la medida de aseguramiento decretada en contra del señor Marco Antonio Romero García cumplió con los requisitos establecidos en la Ley 906 de 2004? O por el contrario ¿la misma fue desproporcional e injusta?
2. En caso de hallar patrimonialmente a al Estado por la privación de la libertad ocasionada al señor Marco Antonio Romero García, deberá determinarse ¿Cuál entidad es la llamada a responder por la condena?
3. Para resolver los interrogantes, la Sala se detendrá en los siguientes temas: **(i)**

hechos probados, **(ii)** responsabilidad del estado en privaciones injustas de la libertad,

1. y **(iV)** caso concreto.

### Sentido de la decisión

1. La Sala revocará la sentencia del 22 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Tunja que accedió a las pretensiones de la demandada, toda vez que la medida de aseguramiento impuesta al señor Marco Antonio Romero García cumplió con los requisitos fijados en la ley y no se trató de una medida fijada de manera arbitraria, pues estuvo soportada en una argumentación razonada y pruebas que comprometían su responsabilidad como autor del delito de violencia intrafamiliar agravado, por lo que si bien existió un daño, lo cierto es que no se sometió al actor a una carga mayor, que a los demás ciudadanos que hubieran lesionado a una mujer y aceptado que era su compañera permanente. En su lugar se negarán las pretensiones de la demanda.

### Valoración probatoria

1. **Prueba documental:** se otorgará valor probatorio a los documentos que reposan en el plenario. Ello, en la medida que no fueron tachados y las partes los tuvieron a su disposición durante todo el proceso, de conformidad con la sentencia de unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2014, con ponencia del Consejero Doctor Danilo Rojas Betancourth1.
2. **Interrogatorio de parte:** la Sala apreciará la declaración juramentada rendida por los señores Marco Antonio Romero García, Amelia del Carmen García Aguilar y Diana Marcela Romero García, toda vez que, de conformidad con el artículo 198 del C.G.P., “*el juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso (…)*”.
3. **Prueba trasladada**: En relación con la validez y valoración probatoria de las copias del proceso penal No. 15667-61-03-118-2014-80045, la Sala considera necesario traer a colación lo manifestado por el Consejo de Estado Sentencia de Unificación de 16 de febrero de 20172, en la cual precisó lo siguiente:

*“para el caso de la prueba documental, la regla general que aplica la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia es aquella según la cual en “relación con el traslado de documentos, públicos o privados autenticados, estos pueden ser valorados en el proceso contencioso al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 49 del Código de Procedimiento Civil. Conforme a lo anterior, es claro que sin el cumplimiento de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar la decisión de mérito”50. No obstante,*

1 Radicación: 25000-23-26-000-2000-00340-01.

2 Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 16 de febrero de 2017, Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente: 52001233100020030056502 (33861).

*a dicha regla se le reconocieron* ***las siguientes excepciones****: (****i) puede valorarse los documentos que son trasladados desde otro proceso [judicial o administrativo disciplinario] siempre que haya estado en el expediente a disposición de la parte demandada, la que pudo realizar y agotar el ejercicio de su oportunidad de contradicción de la misma****; (ii) cuando con base en los documentos trasladados desde otro proceso la contraparte la utiliza para estructura su defensa jurídica52; (iii) cuando los documentos se trasladan en copia simple operan las reglas examinadas para este tipo de eventos para su valoración directa o indirecta; (iv) puede valorarse la prueba documental cuando la parte contra la que se aduce se allana expresa e incondicionalmente a la misma; y, (v) puede valorarse como prueba trasladada el documento producido por una autoridad pública aportando e invocado por el extremo activo de la litis”.*

1. Acogiendo el anterior criterio jurisprudencial, la Sala dará valor probatorio, a los documentos obrantes dentro de las copias de la investigación a la que se hecho referencia, los que permanecieron dentro del expediente a disposición de las partes sin que las mismas hubiesen presentado algún tipo de tacha u objeción dentro de las oportunidades procesales para controvertirlas.

### Hechos probados

**Sobre el proceso penal 2014-80045**

### Circunstancias que rodearon la captura, la imputación de cargos y la imposición de la medida de aseguramiento

1. Informe de la policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia -FPJ-5 del 21 de marzo de 2014 en el No de caso 2014-80004 (fls.170 a 172), en el que se narraron los siguientes hechos:

*“El día de hoy siendo aproximadamente las 23:00 recibí una llamada al abonado telefónico 3192372540 donde manifiestan que se estaba presentando un caso de violencia intrafamiliar, en la carrera 3 # 6-78 del barrio centro, en ese momento me traslado en la patrulla de la policía con el señor patrullero Coca Rivera, y al llegar al lugar de los hechos se observa un sujeto que sale de la habitación de una casa para ingresar a otra habitación, y detrás de él una señora golpeada manifestándonos que ese sujeto era quien le estaba propinando golpes en el cuerpo, al momento de abrir la otra habitación se observa un sujeto que estaba escondiendo debajo de una cama, por consiguiente le ordenamos que saliera de allí, colocándole las esposas y leyéndole los derechos que tiene como capturado, por el delito de violencia intrafamiliar el cual está contemplado en el artículo 229 del Código Penal, e inmediatamente se trasladó a la estación de policía, ingresándolo a la sala de capturados en perfectas condiciones. Se deja constancia que no se le maltrató física ni psicológicamente, de igual manera se le dio a conocer al señor Manuel de la fiscal 35 del caso…”*

* 1. Junto con el anterior informe se anexaron las entrevistas de los señores Mireya Zarate López y Benigno Arturo Perilla Mondragón (Formato FPJ-14 manuscrito), quienes señalaron que el señor Marco Antonio Romero García, quien era un arrendatario, discutió con la señora Gloria Inés Sarmiento que, al parecer, se encontraban en estado de ebriedad, pero que trascurridos unos momentos de la discusión arribó la Policía Nacional al lugar y el señor Marco Antonio se escondió en otra habitación (fl. 25 a 31 Cdno 3).
1. Acta de derechos del capturado del 21 de marzo de 2014, en el que se dejó constancia del buen trato al señor Marco Antonio Romero García (fl. 173).
2. Libro de anotaciones de la Policía Nacional, en el que se consagró (fl. 194):

*“A esta hora y fecha se deja constancia que es conducido a las instalaciones policiales el señor Marco Antonio Romero García identificado con No. de cédula 1.049.797.062 de 21 años de edad fecha de nacimiento 04-11-1992. Estudios primaria, profesión Minería, Residente en Guateque. Estado Civil Unión Libre… Por estar en alto grado de alicoramiento como medida preventiva para evitar que se llegue a causar daño así mismo o a su cónyuge y a su hijo, previniendo así la comisión de un delito”*

1. Denuncia formulada por la señora Gloria Inés Sarmiento Molina en contra del señor Marco Antonio Romero García, por la posible comisión del delito de violencia intrafamiliar. En el formato se indicó que el lugar de notificaciones de la víctima como del señor Marco Antonio Romero era la Kr 3 # 6-78 del municipio de San Luis de Gaceno (fl. 164 a 169). La denunciante relató:

*“Yo estaba trabajando en Macanal hice un mercadito para llevarle a mis padres y me vine con el niño para San Luis porque Marco me llamó y le dije que a qué iba si yo tengo que trabajar, él me dijo no mami vengase, si no te vienes yo te voy a dañar todo lo que está en la pieza, y llegué a la pieza y antes de [entrar] a la pieza nos tomamos unas cervezas por el calor que estaba haciendo, después nos fuimos a la casa doña Mireya y nosotros, y llegamos a la pieza y él me dijo que me acostara con él, yo le dije que no porque el niño estaba despierto que se esperara, entonces él me dijo palabras groseras y que yo allá en Chivor tenía mozos y le dije que yo no tenía a nadie y que me respetara que a qué vendría entonces yo por acá, entonces él me dijo que me quitara el pantalón y que me acostara con él, yo le dije que no, entonces el me mandó un puñetazo pegándome en la parte derecha de la cabeza y también en el seno me pegó dos puñetazos y todavía me está doliendo, entonces por defenderme como que le lancé una botella para que no me siguiera pegando y él me metió otro puño en la cara y creo que me reventó la boca y al niño le lanzó un botellazo en una piecito, entonces alguien llama a la policía y él se escapó y volvió después y me dijo que tenía que estar con él, cuando regresó siguió pegándome y mi hijo estaba muy asustado y salió corriendo y se metió a la pieza del vecino y la policía lo sacó de ahí de debajo de la cama. PREGUNTADO: Tiene algo más que agregar. CONTESTADO: SI, que él*

*en Chivor tiene un denuncio por pegarme también, allá en la Comisaria de familia y en la estación de policía saben como es él conmigo y además en Guateque tiene denuncio en la comisaria de familia y la policía de Guateque sabe que él se enfrentaba a la policía, y también tengo miedo porque él me amenaza que si lo dejo él me mata y que yo tengo que pagar con esa culpa, también la mamá de él me dice lo mismo y también dice que se va a la cárcel por mi culpa cuando salga me va a hacer daño”.*

1. Informe Ejecutivo -FPJ 3- del 21 de marzo de 2014, suscrito por el Patrullero de la SIJIN Iván Fernando Gutiérrez, en el que narró los siguientes hechos objeto de captura del señor Marco Antonio Romero García (fls.189 a 192), así:

“*el día de hoy 22 de marzo de 2014, siendo las 10:15 horas, se acercan a las instalaciones de la unidad básica de investigación criminal del municipio Garagoa, el señor patrullero Carlos Andrés Coca Rivera, integrante de la estación de policía San Luis de Gaceno, el cual manifiesta que el día 21 de marzo de 2014, siendo aproximadamente las 23:00 recibió una llamada al abonado telefónico 3192372540 donde manifiestan que se estaba presentando un caso de violencia intrafamiliar, en la carrera 3 # 6- 78 del barrio centro, en ese momento se trasladó en la patrulla de la policía y al llegar al lugar de los hechos se observa un sujeto que sale de la habitación de una casa para ingresar a otra habitación, y detrás de él una señora golpeada manifestándonos que ese sujeto era quien le estaba propinando golpes en el cuerpo, al momento de abrir la otra habitación se observa un sujeto que se estaba escondiendo debajo de una cama, por consiguiente le ordenamos que saliera de allí, colocándole las esposas y leyéndole los derechos que tiene como capturado, por el delito de violencia intrafamiliar*”.

1. Dictamen médico Legal por Violencia Intrafamiliar del 21 de marzo de 2014 elaborado por la ESE Hospital San Francisco San Luis Gaceno a la señora Gloria Inés Sarmiento Molina (fl. 179 y 180), en el que se indicó:

*“Anamnesis*

*La señora Gloria Inés Sarmiento Molina, refiere: "Mi compañero me pegó dos puños en el seno izquierdo y un puño en el seno derecho que esta inflamado, el me pego en la cabeza y le pego a mi hijo el miércoles 16 de octubre de 2013 a las 18:30 de la tarde, donde vivimos, él se encontraba borracho”.*

*(…)*

*Examen físico*

*Paciente que Ingresa al consultorio por sus propios medios, se realiza examen físico completo, encontrándose a nivel frontal derecho edema y dolor a la palpación, presenta hemorragia nasal controlada, no se evidencian otras lesiones.*

*Conclusión*

*Mecanismo causal: Contundente Incapacidad médico legal definitiva: 8 días Sin secuelas médico legales”.*

1. Arraigo familiar y laboral del capturado (fl. 181), en el que se expuso lo siguiente:

|  |  |
| --- | --- |
| Dirección de residencia | Carrera 3 No. 6-78 Centro SanLuis de Gaceno |
| Personas con las cuales convive | Gloria Inés Sarmiento Molina(Cónyuge) Javier Felipe García Sarmiento (Hijastro) |
| Tipo de vivienda | Arriendo |
| Tiempo en la vivienda | Un año |
| Dirección sitio de trabajo | San Luis Gaceno |
| Tiempo Laboral | Nueve meses |
| Independiente o empleado | Empleado |
| Razón Social de la Empresa | No aplica |

*OBSERVACIONES: se deja constancia que la información que dio el indiciado fue confirmada personalmente por la señora Amelia del Carmen García Aguilar, identificada. con cedula de ciudadanía No. 39.705.025 de Bogotá, residente en la vereda piedra larga del municipio de Sutatenza, teléfono 3118396200, quien es la mama del indiciado.*

1. Formato de individualización del capturado, suscrito por el señor Marco Antonio Romero García, en el que indicó que su estado civil era unión libre con la señora Gloria Inés Sarmiento (fl. 8 vlto Cdno 3).
2. Solitud de audiencia preliminar ante Juez Primero de Control de Garantías de Guateque de fecha 22 de marzo de 2014, elevada por la Fiscalía 35 Seccional de Garagoa en contra del señor Marco Antonio Romero García, quien señaló como dirección de notificación Kr 3 # 6-78 del municipio de San Luis de Gaceno (fl. 161 y 162).
3. Audiencia preliminar de Legalización de Captura, Formulación de imputación y Medida de aseguramiento, llevada a cabo el 23 de marzo de 2014, a las 8:50 am por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guateque con Función de Control de Garantías, bajo el radicado 15-322-40-89-001-2014-00009-00 declaró abierto el acto y advirtió la comparecencia del Fiscal 35 Seccional de Garagoa, el defensor público, el indiciado y la víctima (fl. 197 y 198).
	1. En aquella diligencia se **legalizó la captura** conforme la solicitud que hiciere la Fiscalía General de la Nación, pues su representante indicó a la autoridad judicial que se configuró la causal No. 2 del artículo 301 del CPP respecto a la flagrancia, toda vez que los uniformados que atendieron el caso, hallaron al señor Marco Antonio Romero García en un inmueble conjunto del de la víctima tratando de persuadir a los

miembros de la Policía Nacional, para no ser detenido, por las presuntas lesiones ocasionadas a la señora Gloria Inés Sarmiento en su rostro; situación que fue confirmada por un vecino de nombre Benigno Arturo Perilla, quien relató que el victimario había ingresado de forma sorpresiva a su inmueble para ubicarse bajo una cama.

* 1. Seguidamente, el ente acusador **formuló la imputación** frente al señor Marco Antonio Romero García, relacionada con el delito de violencia intrafamiliar descrito en el artículo 229 del Código Penal, agravado porque la conducta se realizó en contra de una mujer; en virtud que el 21 de marzo de 2014, se encontró a la señora Gloria Inés Sarmiento en el inmueble con nomenclatura Kr 3 # 6-78 del municipio de Gaceno, con la cara lesionada y junto a ella el imputado, quien corrió a un inmueble vecino para esconderse, momento en el cual es capturado. Cargos que no aceptó el aquí demandante.
	2. Aceptada la imputación realizada por la Fiscalía General de la Nación por parte del Juez de Control e Garantías, se procedió con la **medida de aseguramiento**, la cual se sustentó de la siguiente forma “*el sr Fiscal 35 Seccional de Garagoa solicita medida de aseguramiento según los artículos 306, 307, 308 y 310 del C de P.P donde arguye que el imputado es un peligro para la sociedad y en especial para la víctima, teniendo en cuenta que lesionó en su integridad a su compañera y que puede volver a causarle un perjuicio mayor si se deja en libertad, por lo tanto se cumple con los requisitos de ley para imponer la Medida de aseguramiento detención preventiva en establecimiento carcelario y que no procede ninguna sustitución*”.
	3. Sobre la solicitud, el defensor se opuso, al argumentar que “*no es procedente la medida de aseguramiento porque su defendido no es un peligro para la sociedad, ni para la víctima y que si fuere el caso imponer medida alguna, imponga la detención domiciliara en el domicilio de la mamá del imputado, pues es quien vela por el sostenimiento económico de su progenitora*”.
	4. El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guateque con Función de Control de Garantías decretó la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario en contra del imputado, al considerar que (i) la gravedad de la conducta de violencia intrafamiliar trae una pena de 4 a 8 años de prisión, con un agravante que aumenta la misma, como lo es que la víctima sea una mujer que es la compañera permanente del señor Marco Antonio Romero, (ii) el tipo penal además de proteger el bien jurídico de la familia, también resguarda la dignidad humana de las víctimas, que se ven lesionadas de forma física y psicológica, (iii) según las

estadísticas de la policía, para el año 2013, se presentaron 11.229 casos por violencia doméstica, lo cual le impone al Estado el deber de realizar acciones para evitar ese tipo de comportamientos, (iv) en virtud de los artículo 5 y 42 de la Constitución, la familia es el núcleo de la sociedad y por lo tanto, ostenta protección especial por parte de los entes del estado, en consecuencia para proteger el interior de dicha sociedad, es necesario imponer la respectiva medida, (v) según lo mencionado en la denuncia, el imputado cuando se encuentra en estado de alicoramiento actúa de forma violenta y atente contra la humanidad de su compañera permanente (vi) corre peligro un menor de edad, que es hijo de la víctima, que en estos últimos hechos pudo ser víctima de una agresión mayor (vi) la violencia surge ante la negativa de la víctima en sostener relaciones sexuales con el imputado, por lo que la misma se encuentra en un peligro permanente.

* 1. Agregó el Juez de Garantías que no es procedente sustituir la detención preventiva intramural, en razón que el imputado no cumple ninguna de las razones taxativas contempladas en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, además según el parágrafo de la misma norma, se indicó que para el delito de violencia intrafamiliar no existe posibilidad alguna de detención domiciliaria.

72.7 El defensor del señor Marco Antonio Romero García presentó **recurso de apelación** contra la anterior decisión al argumentar que (i) la agencia fiscal solo enunció los requisitos para imponer la medida de aseguramiento, pero no explicó como la norma del Código Penal se aplicaba a los supuestos facticos expuestos ante el Juzgado de Control de Gratinas, (ii) el imputado responde económicamente por su progenitora que es un adulto mayor y (iii) que no se observa que la víctima se encuentre en peligro pues el imputado como compañero de esta, también ha recibido agresiones físicas derivadas de discusiones.

1. Boleta de encarcelación del 23 de marzo de 2014 librada en contra del señor Marco Antonio Romero García, en la que se indicó como datos biográficos, el estado civil unión libre con la señora Gloria Ines Sarmiento Molina y dirección de residencia la Carrera 3 # 6-78 barrio centro San Luis de Gaceno (fl. 39 cdno 3).
2. En auto del 28 de marzo de 2014 el Juzgado Penal del Circuito de Guateque, avocó conocimiento de la apelación de la medida de seguridad (fl. 206).
3. El 22 de abril de 2014 la secretaria del Juzgado Penal del Circuito de Guateque dejó constancia que la audiencia de lectura de auto, no se pudo llevar a cabo ante la inasistencia del representante de la Fiscalía (fl. 54 Cdno 3).
4. En audiencia de lectura de auto del 6 de mayo de 2014, el Juzgado Penal del Circuito de Guateque, resolvió Confirmar la decisión de primera instancia de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario al señor Marco Antonio Romero García (fl. 224 y 57 cdno 3), en la audiencia de lectura de auto expuso lo siguiente:
	1. Precisó que el delito de violencia intrafamiliar agravado contempla una pena privativa de la libertad de 6 a 14 años conforme lo expresa el artículo 229 del Código Penal, por lo tanto, se cumple con el requisito objetivo para imponer la medida en establecimiento carcelario y la misma no puede ser objeto de sustitución por expresa prohibición establecida en el parágrafo del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, el cual exceptúa del beneficio el delito de violencia intrafamiliar.
	2. Indicó que no es posible aplicar la excepción a la anterior regla, pues la sustitución de la medida pondría en riesgo a la víctima y el imputado no acredito ser padre cabeza de hogar, como tampoco que cuidara a su progenitora, pues según su labor informal no permanece en el municipio, ni tiene claridad, siquiera, de la dirección de residencia de la madre.
	3. Manifestó que la madre del imputado cuenta con dos hijas, las cuales también le pueden prestar el debido cuidado y sostenimiento; en consecuencia, carece de fundamento el recurso presentado por el defensor del señor Marco Antonio Romero García, en razón que no se probó la desprotección al adulto mayor al que hace referencia, ni mucho menos que él fuera la persona encargada de su sostenimiento y cuidado, por lo que no hay lugar a revocar la decisión de primera instancia que decretó la medida de aseguramiento.
5. El 15 de mayo de 2014 el Fiscal 17 Local de Garagoa radicó el **Escrito de acusación**, en contra del señor Marco Antonio Romero García, cuyo fundamento fue el siguiente (fls. 158 y 159, 209 y 210 Cdno 3):

*“El día 21 de marzo de 2014, la señora GLORIA INES SARMIENTO MOLINA, fue con su hijo al municipio de San Luis de Gaceno, porque el señor MARCOANTONIO ROMERO la llamo pidiéndole que fuera, tomaron algunas cervezas antes de llegar a su casa, en el momento en que llegaron el señor MARCOANTONIO ROMERO con insistencia le decía a la señora GLORIA INES SARMIENTO que se costara con él y que se quitara el pantalón, ella no accedió pues estaba con su hijo, fue en ese momento cuando el señor MARCO ANTONIO ROMERO agredió a la denunciante la señora GLORIA INES SARMIENTO propinándole un puño la parte derecha de su cabeza y dos puños más en su busto y en su defensa la*

*señora GLORIA INES SARMIENTO, le lanzo una botella sin embargo la golpeo de nuevo propinándole un puño en su rostro y a su hijo le lanzo una botella en los pies, en ese momento llegan los funcionarios de la policía pero el señor MARCO ANTONIO ROMERO, emprende la huida tiempo después regresa y le manifiesta a la señora GLORIA INES SARMIENTO que tenía que estar con [é]l, sigue golpeándola en presencia de su hijo, posteriormente se oculta debajo de una cama de uno de los residentes del vecindario pues irrumpe en esa casa para ocultarse es allí cuando llega entonces los funcionarios de la policía capturando al señor MARCO ANTONIO ROMERO.*

*La Fiscalía, después de desarrollar el programa metodológico y teniendo en cuenta que los elementos materiales probatorios, soportes documentales e información legalmente obtenida que se encuentran en las diligencias, puede afirmar con probabilidad de verdad que la conducta en la cual incurrió MARCOANTONIO ROMERO GARCIA, se encuentra descrita en el libro segundo, parte especial, de los delitos en particular. Título VI, Delitos Contra La Familia, Capítulo Primero artículo 229 del Código Penal, violencia intrafamiliar.*

*Corresponde a este delegado de la Fiscalía, en este momento procesal, presentar escrito de acusación conforme el artículo 336 y 337 de la Ley 906 de 2004, para iniciar la etapa de juicio teniendo como víctima del ilícito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR al señor [GLORIA INES SARMIENTO3].*

*"Violencia intrafamiliar. Modificado por el art. 1, Ley 882 de 2004, Modificado por el art. 33 de la Ley 1142 de 2007. El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta y cinco (65) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión”.*

### Etapa de juicio

1. En la **Audiencia de formulación de acusación** que se celebró el 3 de junio de 2014 (fl. 23 a 25 Cdno 3) el representante de la Fiscalía acusó al señor Marco Antonio Romero García de ser autor del delito de violencia intrafamiliar y siendo la víctima la señora Gloria Inés Sarmiento Molina, pues según el material probatorio recaudado, se tiene la certeza que el acusado violentó a la víctima de forma física.
2. La señora juez procedió a otorgar la calidad de víctima a la señora Gloria Inés Sarmiento Molina, de conformidad con los artículos 134 y 137 de la Ley 906 de 2004, para el efecto preguntó al apoderado de la víctima en qué condición compareció dicha señora. Acto seguido, el ente acusador, relató que conforme a los informes de policía y lo relatado en la denuncia, la señora Sarmiento Molina afirma que es la compañera permanente del acusado hace aproximadamente un año. Por lo anterior, se decretó la calidad de víctima de la señora Gloria Inés Sarmiento Molina.

3 El nombre se corrigió en la audiencia de formulación de acusación

1. El 11 de agosto de 2014 se realizó la **audiencia preparatoria** (fl. 50 a 53 Cdno 3), dirigida por al Juzgado Promiscuo Municipal de San Luis de Gaceno con Función de Conocimiento, en la que decretó a petición de la Fiscalía las declaraciones de Marco Antonio Romero (acusado), Gloria Inés Sarmiento Molina (víctima), Benigno Arturo Perilla Molina (vecino), Mireya Zarate López (vecina), Carlos Andrés Coca Rivera (patrullero), Rafael Ignacio Zapata (patrullero), Iván Fernando Gutiérrez (patrullero) y Luis Argemiro Orozco Morales (Médico que trató a la víctima).
2. Por parte de la defensa, los testimonios de María Virginia Espitia Montenegro, Amelia del Carmen García Aguilar, Flor Murillo, Gloria Inés Sarmiento Molina y Virginia Neira Panadero (para acreditar el estado civil del acusado) y Cesar Olmedo Hernández (Testimonio técnico en criminalística de la defensoría del pueblo).
3. La diligencia de **Juicio Oral** se instaló el **7 de octubre de 2014**, en la que las partes presentaron su teoría del caso y alegatos de apertura, una vez finalizados el señor **Marco Antonio Romero** indicó que no era su deseo rendir algún tipo de declaración, luego se escuchó la declaración de **Benigno Arturo Perilla Molina**, quien señaló que los señores Marco Antonio Romero y Gloria Inés Sarmiento Molina vivieron en un inmueble de su propiedad, en razón que eran subarrendatarios de la señora Mireya Zarate López.
	1. Manifestó que la señora Mireya Zarate López, sin su consentimiento, arrendó al señor Marco Antonio Romero una pieza del inmueble y que aproximadamente vivió ahí un mes o mes y medio con la señora Gloria Inés Sarmiento Molina, pero no tiene la claridad de la relación de ellos dos.
	2. Sostuvo que el 21 de marzo de 2014 a las 10:00pm escuchó un alegato entre los señores Marco Antonio Romero y Gloria Inés Sarmiento Molina, dentro de su inmueble, momento en el cual arribó la Policía Nacional y el señor Marco Antonio corrió hacia su pieza y se metió bajo la cama y luego fue capturado.
	3. Indicó que en la pieza donde vivía Marco Antonio Romero, ya no vive nadie, solo existen una clase de enseres abandonados ahí.
	4. Explicó que al momento en que privaron de la libertad a Marco Antonio, le preguntó a la señora Mireya quien iba a cancelar el canon de arrendamiento de la pieza, a lo que ella respondió que la señora Gloria Inés Sarmiento Molina
	5. Luego se recibió la declaración del profesional en medicina **Luis Argemiro Orozco Morales** quien manifestó que el 21 de marzo de 2014 en el Hospital de Gaceno atendió a dos personas a un hombre y a una mujer, respecto a esta última explicó que la señora Gloria Inés Sarmiento Molina se acercó al centro de salud, refiriendo que su pareja la golpeó en el pecho y cabeza, por lo cual ante las contusiones se profirió una incapacidad de 8 días.
	6. La primera sesión del juicio finalizó con el testimonio del señor **Carlos Andrés Coca** miembro activo de la Policía Nacional de San Luis de Gaceno y que el 21 de marzo de 2014 a las 23:00 horas se atendió un requerimiento de la comunidad, el cual fue que se estaba presentando un caso de violencia intrafamiliar en la Kr 3 # 6- 78 del barrio centro.

82.7. Se realizó un acta de procedimiento, en donde consta que se capturó al señor Marco Antonio quien se escondió bajo una cama de un lugar continuo al de los hechos, además se dejó constancia que se leyeron los derechos del capturado y se le otorgó un buen trato.

82.8 Precisó que cuando llegó al lugar, los señores Marco Antonio Romero y Gloria Inés Sarmiento Molina se encontraban forcejeando, en ese momento el señor emprende la huida hacia una habitación cercana, escondiéndose bajo una cama.

1. El juicio oral continuó el **29 de octubre de 2014,** con el testimonio de **Iván Fernando Rativa,** quien relató que es miembro de la SIJIN de Garagoa y que para el caso en concreto fue quien realizó los actos urgentes en la investigación, en los cuales se solicitaron los antecedentes penales del capturado y el arraigo del mismo.
	1. Posteriormente se escuchó a la víctima **Gloria Inés Sarmiento Molina** relató que conoció al señor Marco Antonio Romero por el periodo de un año, y sostenían una relación de pareja, en razón que vivían juntos y se ayudaban económicamente.
	2. Dijo que un día, al señor Marco Antonio Romero lo despidieron del trabajo y fueron a tomar unas bebidas alcohólicas junto con la señora Mireya, una vez finalizaron se dirigieron al hogar, en donde el señor Marco Antonio Romero le solicitó que se quitara la ropa y ella se negó porque su hijo aún estaba despierto, lo cual desencadenó la ira de su pareja.
	3. Precisó que luego el señor Marco Antonio Romero procedió a golpearla en el pecho y en la cabeza, entonces su hijo le solicitó que no le pegara, a lo cual respondió con palabras soeces y lo amenazó con una botella.
	4. Que su hijo tomó una botella y la lanzó contra el señor Marco Antonio Romero, quien agredió al infante, por lo que el menor huye del lugar y busca apoyo de la Policía Nacional, en el momento en que llegaron los agentes salió a correr junto con el dinero de su bolso.
	5. Señaló que el señor Marco Antonio Romero fue capturado bajo la cama de un vecino y que además de esa agresión ya se habían presentado otras, pero nunca lo denunció en razón que lo perdonaba.
	6. Indicó que al inicio de la relación vivieron junto con la mamá del señor Marco Antonio Romero en el municipio de Guateque, luego se pasaron a San Luis, pero finalizaron la relación ante la violencia de su pareja y el denuncio interpuesto.
	7. Narró que vivieron en Chivor 2 meses, luego en Bogotá, pero al señor Marco Antonio Romero siempre lo retiraban de los trabajaos, por lo que decidieron vivir luego en casa de los papás de ella, sin embargo, la relación continuó porque el capturado amenazaba que si lo dejaba, él secuestraba a su hijo.
	8. Por último se oyó a la señora **Zulma Mireya Zarate López** quien manifestó que conoció a Marco Antonio Romero y a Gloria Inés Sarmiento, porque el señor se contactó con ella en razón que estaba en búsqueda de una pieza en arriendo para su esposa y dos hijos, por lo que se pactó un canon de 80 mil pesos.

83.9 Indicó que el día en que capturaron al señor Marco Antonio Romero, él se encontraba discutiendo con la señora Gloria Inés Sarmiento y estaban empujándose el uno al otro, también se escuchó que se lanzaron objetos de vidrio como una botella y un vaso.

1. La tercera sesión del juicio se celebró el **9 de diciembre de 2014** en donde el defensor del acusado desiste de llamar al estrado nuevamente a la señora Gloria Inés Sarmiento Molina, luego se practicó el interrogatorio del defensor a la señora **Zulma Mireya Zarate López,** quien afirmó que no observó exactamente el momento de la agresión.
	1. Indicó que el señor Marco Antonio Romero laboraba descargando camiones y la señora Gloria Inés Sarmiento Molina laboraba en Chivor, pero ellos se encontraban frecuentemente en la habitación que se les arrendó.
	2. A solicitud de la defensa se escuchó a la señora **Miriam del Carmen Aguilar**, quien dijo que es la madre del señor Marco Antonio Romero y que su esposa es la señora María Virginia Espitia Montenegro, con quien procreó a una menor de edad, ellos vivieron por un lapso de 3 años.
	3. Manifestó que su hijo y la señora María Virginia Espitia Montenegro vivieron en unión libre, en la casa de ella ubicada en el municipio de Sutatenza por un término de 3 años, en donde el acusado veló por el sostenimiento del hogar.
	4. Señaló que no conoce a la señora Gloria Inés Sarmiento, sin embargo, ella iba a la vereda a buscar a su hijo para solicitarle dinero y mantener relaciones, además dicha mujer vivió en la casa por un término de 15 días.
	5. Indicó que la señora Gloria Inés Sarmiento no tenía conocimiento de que el señor Marco Antonio Romero tenía esposa e hija.
	6. Precisó que el señor Marco Antonio Romero trabajaba en el municipio de San Luis de Gaceno, para el sostenimiento de su hija.
2. La última sesión del juicio se instaló el **19 de diciembre de 2014**, en la cual defensor desiste de la prueba testimonial de Flor Murillo y Virginia Neira Panadero, inmediatamente se practicó el testimonio de la señora **María Virginia Espitia Panadero**, quien afirmó que el señor Marco Antonio Romero García es su pareja actual y el padre de su hija de dos años, sin embargo no se encuentra inscrito como tal en el Registro Civil de Nacimiento de la menor.
	1. Manifestó que conoció al señor Marco Antonio Romero García aproximadamente 4 años, en la casa de la madre de él y desde ahí empezaron a formar un hogar, pero se alejaron, ya que en el año 2014 quedó privado de la libertad.
	2. Indicó que vivió con el acusado en el municipio de Sutatenza 1 año y 2 años en Guateque en Villas de Prado, que él era una buena persona y siempre la ayudó a la formación de sus demás hijos, pese que no era el padre biológico de los mismos y que la comunidad tenía conocimiento que ellos eran pareja.
	3. Sostuvo que la señora Gloria Inés Sarmiento Molina se entrometió en el hogar que había formado con Marco Antonio, en razón que dicha señora lo perseguía en todos los municipios en los que trabajaba el acusado.
	4. Afirmó que el hogar se empezó a destruir por la intromisión de la señora Gloria Inés Sarmiento Molina, quien en varias oportunidades agredió a Marco Antonio Romero García, pero él, en ningún momento interpuso alguna acción judicial contra dicha mujer.
	5. Consideró que la relación que sostenían Marco Antonio Romero García y Gloria Inés Sarmiento Molina era para “*pasar el rato*”, toda vez que él volvía al hogar, por días, una vez finalizaba su trabajo y pasaba más tiempo con su ella y su hija menor.
	6. Manifestó que la relación entre Marco Antonio Romero García y Gloria Inés Sarmiento Molina duró aproximadamente 2 meses, porque él cambio su personalidad en el mes de enero de 2014, y hasta la fecha en que él quedó privado de la libertad.
	7. Finalizada la intervención de la declarante, se concedió la palabra a las partes para presentar sus alegaciones finales, luego se procedió a dictar el sentido del fallo el cual fue Condenatorio, en razón que obran testimoniales que demuestran que el acusado era el compañero de la víctima, sin que para enrostrar el delito sea relevante establecer si el procesado tenía dos relaciones sentimentales, las cuales son amparadas de forma igual por la Ley Penal, en consecuencia, como también se probaron las lesiones físicas, se cumplieron con los requisitos normativos para enjuiciar el delito de violencia intrafamiliar.

### Sentencias proferidas en el proceso penal

1. El Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Conocimiento de San Luis de Gaceno, en sentencia del 2 de febrero de 2015 resolvió:

*“PRIMERO: CONDENAR a MARCO ANTONIO ROMERO GARCÍA,*

*identificado con la C.C. No. 1.049.797.062 de Guateque - Boyacá, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, a la pena principal de seis (6) años de prisión como autor responsable del delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADO, en la humanidad de la señora GLORIA INESSARMIENTO MOLINA pena esta que entrará a descontar en un establecimiento carcelario que para tal efecto señale el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.*

*SEGUNDO: CONDENAR a MARCO ANTONIO ROMERO GARCÍA a la*

*inhabilidad de derechos y funciones públicas por el tiempo igual a la de la pena privativa de la libertad.*

*TERCERO: NO CONCEDER al sentenciado MARCO ANTONIO ROMERO GARCÍA el beneficio de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena por lo expuesto en la parte motiva”.*

* 1. Como fundamentos, la Juez Penal indicó que no hubo discusión y se encuentra probada la agresión realizada por el señor Marco Antonio Romero García en contra de la señora Gloria Inés Sarmiento Molina, sin embargo, para enrostrar el delito de violencia intrafamiliar, era necesario establecer que entre víctima y victimario había una relación de índole familiar.
	2. Expuso que “*el mismo procesado fue quien suministró información al Despacho acerca de quién era su compañera permanente, en el documento que contiene la identificación, individualización y arraigo del procesado, documento que fue estipulado entre Fiscalía y Defensa, es decir, que no fue controvertido porque fue reconocido como válido por las partes… en el formato de arraigo el mismo procesado había manifestado que la señora GLORIA INES SARMIENTO era su compañera*”.

86.3 Adujo que lo reseñado por el mismo procesado fue confirmado por la señora Gloria Inés Sarmiento, en virtud que “*dijo que vivían hace un año, y que los últimos tres meses vivieron en San Luis de Gaceno, habiendo vivido antes 15 días donde la mamá del procesado, dos meses en Chivor, otros meses en Bogotá en donde ella trabajaba*”, información que también fue señalada por la madre del investigado.

86.4. Sostuvo que las anteriores pruebas, dejan ver en el proceso penal que la señora Gloria Inés Sarmiento Molina era la compañera permanente del procesado para la época en que ocurrieron los respectivos hechos, “*con lo cual se evidencia que se cumple con ese elemento normativo que trae el tipo penal de la violencia intrafamiliar y es que el delito recaiga sobre un miembro del núcleo familiar. No es de recibo lo argumentado por el togado que representó al procesado, que no se trataba de su compañera permanente, sino de una compañía ocasional, porque como se ha demostrado el mismo procesado aceptó que era su compañera por un laso de aproximadamente un año”*.

* 1. Explicó que si eventualmente el señor Marco Antonio Romero García hubiera tenido otra compañera permanente, es un asunto que desborda al derecho penal, pues la norma protege cualquier tipo de familia, sin importar su estructura.
	2. Consideró que la declaración de la señora María Virginia Espitia Montenegro, quien aduce ser la compañera permanente del imputado, resultó poco creíble, pues

no encontró razón lógica el Despacho, en la tesis que si el imputado era un excelente compañero y padre, luego de 4 años no hubiera reconocido a su hija menor; por lo tanto, concluyó, que era una declarante que solo buscaba el beneficio del procesado acatando una estrategia de la defensa.

86.7. Mencionó que “*el elemento subjetivo para esta clase de delitos corresponde al dolo o intención para ejecutar la conducta, (conocimiento y voluntad del hecho), y para el caso presente MARCO ANTONIO ROMERO GARCÍA desplegó su conducta en forma dolosa ya que conocía de la ilicitud del hecho y la ejecutó, el acusado era consiente que esa forma de proceder no está permitida por la ley penal y aun así la ejecutó. Es claro para el Despacho que el procesado conocía la ilicitud de su conducta, y sino porque razón intentó huir del lugar en el momento que agredió a la señora GLORIA, porque se refugió en una habitación vecina, además que no se necesita de mayores estudios y conocimientos jurídicos para inferir que no está permitido agredir a otra persona*”.

1. Inconforme con la anterior decisión, la defensa presentó recurso de apelación, al argumentar que se debe revocar la providencia, en razón que existe una duda respecto a la relación de pareja entre el señor Marco Antonio Romero García y la señora Gloria Inés Sarmiento, la cual debe ser aplicada a favor del acusado.
	1. Manifestó que ante la duda razonable, no es procedente emitir sentencia condenatoria por el delito de violencia intrafamiliar en contra del señor Marco Antonio Romero García, máxime si se tiene en cuenta que no se probó que entre el acusado y la víctima existía una relación con fines de conformar una familia o ayudarse mutuamente.
	2. Consideró que los testimonios de los arrendadores del acusado, no pueden ser tenidos en cuenta para acreditar una relación entre los sujetos citadas, pues dan cuenta de una relación esporádica, que no tenía el ánimo de conformar familia.
	3. Concluyó que la conducta se torna atípica para el delito acusado, pues no se cumple con el ingrediente normativo de que entre la víctima y el victimario hubiera un núcleo familiar, por lo que en todo caso solo la conducta se enrostraría en unas lesiones personales.
	4. Refirió que si bien el señor Marco Antonio Romero García afirmó que la señora Gloria Inés Sarmiento era su compañera permanente, lo cierto es que tal

manifestación la realizó sin conocer sobre la naturaleza de dicho concepto, pues el acusado no tiene conocimientos sobre el derecho.

1. En memorial del 5 de noviembre de 2015 el señor Marco Antonio Romero desistió del recurso de apelación presentado “*para poder gozar de los beneficios de ley a que tiene derecho*” (fl. 242 cdno 4).
2. El 12 de enero de 2016 el Secretario del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja corrió traslado del anterior memorial al apoderado del acusado (fl. 247 Cdno 4).
3. En memorial del 26 de febrero de 2016, el señor Marco Antonio Romero insistió en que fuera aceptado el desistimiento del recurso de apelación (fl. 255 Cdno 4)
4. En oficio del 4 de marzo de 2016, el sentenciado solicitó retirar los memoriales de desistimiento del recurso, toda vez que los presentó sin la debida asesoría jurídica (fl. 261 Cdno 4).
5. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en sentencia del 19 de julio de 2016, resolvió revocar el fallo condenatorio y concedió la libertad inmediata del señor Marco Antonio Romero García (280 a 313 Cdno 4), por las siguientes consideraciones:
	1. La Corporación señaló que las pruebas testimoniales practicadas indicarían que “*existía una relación de pareja en tanto se probó que en San Luis de Gaceno convivieron por lo menos tres meses, que el procesado anunció a Gloria como su esposa y aunque los dos trabajaban en otro lugar se encontraban los fines de semana con cierta periodicidad para cohabitar*”.
	2. Manifestó que existió una relación sentimental entre el hoy procesado Marco Antonio Romero García y Gloria Inés Sarmiento Molina, por lo menos con un lapso anterior a la ocurrencia de los hechos de tres meses, que cohabitaban juntos y que existía una solidaridad y ayuda económica a tal punto que compartían la habitación que el procesado tomó para vivir con su esposa, lo que denota que también las personas de ese círculo social los conocieron como pareja.
	3. Precisó que igualmente se acreditó la convivencia simultanea de Marco Antonio García con la señora María Virginia Espitia Montero, de la cual se procreó una menor de edad, al parecer de nombre Paola Sofia.
	4. Señaló que la unión marital de hecho tiene elementos de permanencia y singularidad, lo cuales no se observan ni en la relación que mantuvo el acusado con Gloria Inés Sarmiento, ni con María Virginia Espitia Montenegro, por lo tanto, no puede hablarse de núcleo familiar y en consecuencia no se puede enrostrar el delito de violencia intrafamiliar.
	5. Sostuvo que “*la fiscalía no demostró la existencia singular de la unión marital de hecho entre el procesado Marco Antonio Romero García y Gloria Inés Sarmiento Molina y por ende si la violencia que el primero ejerció sobre la segunda recayera bajo el imperio de protección del delito de violencia intrafamiliar, por lo que se impone revocar la providencia impugnada”.*

### La responsabilidad del Estado por la privación de la libertad con fundamento artículo 90 de la Constitución Política, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la sentencia de unificación de la Corte Constitucional

1. La Sección Tercera del Consejo de Estado4, en tratándose de responsabilidad derivada de la privación de la libertad, venía sosteniendo la tesis que en aquellos casos en los que la persona es privada de la libertad por disposición de una autoridad judicial, y luego recuperaba la libertad, bien porque resultaba absuelta bajo supuestos de que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no era constitutiva de hecho punible o en aplicación del principio in dubio pro reo, inmediatamente surgía un daño que esa persona no estaba en la obligación de soportar y que, por tanto, el Estado era patrimonialmente responsable, en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de daño especial, en razón a que se hallaba involucrada la libertad personal y la presunción de inocencia, la cual, al no ser desvirtuada por el Estado, tornaba en injusta la privación.
2. El anterior criterio jurisprudencial fue modificado en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la cual se concluyó que no basta con probar la restricción de la libertad y la posterior decisión absolutoria, sino que es necesario analizar, en cada caso, si el daño derivado de la privación de la libertad es o no antijurídico, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, lo que implica abordar tres aspectos: i) si el privado de la libertad incurrió en dolo o culpa grave; ii) cuál es la autoridad llamada a reparar y, iii)

4 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo del 2007, expediente No. 15463. Reiterada en sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del 6 de abril de 2011, expediente No. 21563. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre del 2006, expediente No. 13468. Reiterada en sentencia de unificación de 17 de octubre del 2013, expediente No. 23354. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

en virtud del principio iura novit curia encausar el asunto bajo el título de imputación que se considere pertinente de acuerdo con el caso concreto, expresando de forma razonada los fundamentos de la decisión, y debiéndose analizar en cada caso la participación de la propia víctima a efectos de dilucidar si existió culpa desde el punto de vista civil que amerite una causal excluyente de responsabilidad.

1. Sin embargo, la anterior sentencia de unificación de la Sección Tercera5 perdió sus efectos a través de sentencia de tutela proferida dentro del radicado No.11001031500020190016901 con fecha 15 de noviembre de 2019.
2. De ahí que resulta plenamente aplicable en materia de privación injusta de la libertad lo señalado por la Corte Constitucional en la SU 072/20186, respecto al régimen de responsabilidad patrimonial a tener en cuenta en eventos de privación injusta de la libertad, en el sentido que como ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, así como la sentencia C-0287 de 1996 que determinó su exequibilidad condicionada no señalaron un régimen específico de responsabilidad patrimonial del Estado, *debe tenerse en cuenta el régimen de imputación preferente en materia de responsabilidad, esto es, la falla en el servicio.*
3. En efecto, la Corte Constitucional refiere que un régimen objetivo, aun en los eventos enunciados, pasa por alto que la falla del servicio es el título de imputación preferente y que los otros dos títulos, el riesgo excepcional y el daño especial, son residuales “*esto es, a ellos se acude cuando el régimen subjetivo no es suficiente para resolver una determinada situación*”.
4. Para el tribunal de cierre constitucional, no obstante corresponder al operador judicial determinar en cada caso cuál es el régimen de responsabilidad a aplicar, debe tenerse en cuenta lo señalado en la sentencia C-0287 de 1996 en el sentido que la calificación injusta de la privación de la libertad, implica “*definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho*”7.
5. La Corte, insiste en que para una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el juez administrativo a la hora de definir si una privación de la

5 Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 15 de agosto de 2018, expediente 46.947, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

6 Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P: José Fernando Reyes Cuartas.

7 Acápite 102.

libertad es injusta o no, independientemente del título de imputación que se elija aplicar debe considerar si las decisiones adoptadas por el funcionario judicial se enmarcan en los presupuestos de *“razonabilidad, proporcionalidad y legalidad*”8. Al respecto, concluye:

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

1. El elemento común que exige el artículo 90 de la Constitución Política es la existencia de un daño antijurídico y que la responsabilidad patrimonial se define a partir de cualquiera de los títulos de imputación.
2. De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional señala que, en dos eventos establecidos por el Consejo de Estado, resulta factible aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, estos son cuando *el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica,* en ambas situaciones la privación de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada, por lo que “*el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos9*”.
3. En criterio de la Corte desde el inicio de la investigación el fiscal o juez deben tener claro que el hecho sí se presentó y que es objetivamente típico, ya que disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos. En el primer caso, el funcionario judicial debe tener en claro esa información desde un principio y, en el segundo se trata de una tarea más sencilla, que consiste en el cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipifican como tal10.
4. También refiere que en un sistema penal acusatorio no resulta exigible al fiscal y al juez con función de garantías que en etapas tempranas de la investigación penal puedan definir si el imputado ejecutó la conducta, pues será en etapas posteriores que el funcionario judicial definirá tales asuntos, que solo se pueden establecer en la

8 Acápite 104.

9 Acápite 105.

10 Ib

contradicción probatoria durante un juicio oral11 y que lo mismo pasaría respecto de eventos de absolución en los que concurre una causal de justificación o una de ausencia de culpabilidad, en los que la conducta resulta objetivamente típica, pero no lo era desde el punto de vista subjetivo12.

1. Al respecto la Corte Constitucional refirió:

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

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

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

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

*Es incuestionable, entonces, que solo ante la contradicción en el juicio oral se puede evidenciar que los testimonios, las pericias y los demás tipos de prueba obtenidos por el Estado tenían fallas o admitían lecturas contrarias13”.- Resaltado por la Sala -*

1. Siguiendo el precedente constitucional el Consejo de Estado, señaló:

11 Acápite 106.

12 id

13 SU72 de 2018

*“[s]egún afirmó la Corte, el juez debe adecuar la situación específica al título pertinente. (...) Los puntos de estudio para determinar si una medida de detención preventiva constituye una privación injusta de la libertad, según esa sentencia, son los siguientes:****1. Identificación del daño; 2. Análisis de legalidad de la medida de privación de la libertad, del cual pueden obtenerse 2 conclusiones, que la medida se haya adoptado de manera contraria a derecho, caso en el cuál se deberá afrontar el asunto desde la óptica de la falla en el servicio, o, que la medida se haya ajustada a la normatividad vigente y por ende, se cumplan los requisitos para abordar el estudio desde la responsabilidad objetiva por daño especial; 3. De acuerdo con la legalidad o ilegalidad de la medida, se indagará por la identificación de la falla en el servicio, o, por el análisis de existencia de un daño especial; 4. Sólo en caso que, por el régimen de responsabilidad adoptado, se logre atribuir responsabilidad al Estado, se identificará la entidad a la cual se imputa el daño; 5. y, finalmente, análisis de culpa de la víctima, únicamente si del estudio anterior resulta viable, hasta ese punto, la imputación al estado14”.*** *-Resaltado por la Sala -*

1. En similar sentido, en fallo del 5 de marzo de 202015, se indicó que, a la luz de lo considerado por la Corte Constitucional, (i) no existía un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; y, en consecuencia, (ii) la labor del Juez consistía en establecer -en cada caso- si la **privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada**.
2. En conclusión, las sentencias de unificación de la Corte Constitucional, establece que en eventos de 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 *inapropiada, irrazonable, desproporcionada* o arbitraria, pues, tales circunstancias demarcan la antijuridicidad de daño y la responsabilidad del Estado bajo un régimen subjetivo por falla en el servicio, en caso contrario se analizará bajo el régimen objetivo por daño especial cuando el hecho no ha existido o la conducta es objetivamente atípica.

### Caso Concreto

1. En el presente caso las entidades demandadas y apelantes cuestionan la decisión del A-quo al señalar (i) que la medida de seguridad que se le impuso al señor Marco Antonio Romero García cumplió con los principios de necesidad y racionalidad para ser impuesta, por lo que no existió ninguna falla en el servicio, (ii) que no es procedente declarar administrativamente responsable a las entidades, mediante el título objetivo de imputación de daño especial y (iii) que en el presente caso operaron

14 Sentencia del 6 de febrero de 2020. Radicación número: 05001-23-31-000-2002-04754-02(44819)

*15 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN*

*A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E). Bogotá, D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020). Radicación número: 50001-23-31-000-2008-00213-01 (50165). Actor: LILIANA MERCEDES RÍOS FORERO Y OTROS. Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.*

los eximentes de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima y hecho de un tercero.

1. Para resolver la Sala abordará el análisis de la privación de la libertad del señor Marco Antonio Romero García, bajo los lineamientos jurisprudenciales expuestos en el acápite de marco normativo en materia de responsabilidad frente a ese tema, y tendrá en cuenta únicamente los reparos concretos expuestos en el recurso de alzada. En ese orden se tendrá en cuenta: la legalidad de la medida de privación de la libertad, la antijuricidad del daño, el régimen de imputabilidad por falla en el servicio, o por daño especial, y en caso de acreditarse la responsabilidad, si hay lugar a mantener la indemnización decretada en primera instancia.

### Daño

1. Para que el daño adquiera una dimensión jurídicamente relevante, es decir, para que pueda predicarse su configuración, es menester que recaiga sobre un derecho subjetivo o sobre un interés tutelado por el derecho.
2. En el presente caso, se encuentra demostrado que el señor Marco Antonio Romero García estuvo privado de la libertad desde el 21 de marzo de 2014, en el momento que la Policía Nacional lo capturó en flagrancia al violentar físicamente a la señora Gloria Inés Sarmiento, captura que se legalizó el 23 de marzo del mismo año, en el Juzgado Primero de Control de Garantías de Guateque; y hasta el 19 de julio de 2016, fecha en la que el Tribunal Superior de Tunja – Sala Penal lo absolvió de responsabilidad penal, por *atipicidad* del tipo penal, por lo que se encuentra probado que sufrió un **daño que recayó sobre un bien jurídicamente tutelado**, como es la libertad, derecho inalienable de la persona, que tiene carácter de principio, pues, tal como lo describe el artículo 5 de la Constitución Política, tiene preeminencia en el orden superior.
3. En ese orden, el señor Marco Antonio Romero García estuvo privado de la libertad en establecimiento carcelario por un periodo correspondiente a 2 años, 3 meses y 30 días y sobre tal circunstancia, es sobre la cual se predica el daño.

### Imputación

**Falla en el servicio**

1. La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-037 de 200616, analizó la constitucionalidad, 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**.
2. De conformidad con el criterio expuesto por la Corte Constitucional, 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, por lo tanto, la evaluación del caso sobre la privación injusta de la libertad, se efectuará inicialmente por el título de imputación de la falla en el servicio, como lo precisaron las entidades demandadas.
3. En el presente caso, se tiene que la Fiscalía General de la Nación adelantó investigación penal en contra del señor Marco Antonio Romero García, por la supuesta comisión del delito de violencia intrafamiliar, en razón que fue capturado por la Policía Nacional en flagrancia, momentos después de haber agredido físicamente a la señora Gloria Inés Sarmiento, en la carrera 3 # 6-78 barrio centro del municipio de San Luis de Gaceno.
4. En consecuencia, el 23 de marzo de 2014 en audiencia preliminar de control de legalidad de la captura, imputación e imposición de medida de aseguramiento, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guateque con Función de Control de Garantías, impuso medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario; restricción que se prolongó como ya se adujo, hasta el 19 de julio de 2016, fecha en la que el señor Marco Antonio Romero García recobró su libertad por decisión de segunda instancia del Juez de conocimiento.
5. En lo que respecta a la motivación del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guateque con Función de Control de Garantías para imponer la detención preventiva, resaltó que el delito que se imputó al aquí demandante, tiene una pena privativa de la libertad de mínimo 4 años, el delito busca proteger el núcleo de la familia y la dignidad humana de sus miembros, que conforme a la denuncia y los dos testigos referidos por la Fiscalía, se puede concluir que el señor Marco Antonio Romero García, luego de beber bebidas alcohólicas, agredió a su compañera permanente en el rostro y

16 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

pecho, por lo tanto, la misma puede correr un peligro en su integridad física, como también su menor hijo, quien presenció los hechos de investigación.

1. En este orden, al Juez de Garantías le correspondió evaluar el cumplimiento de los presupuestos del artículo 308 de la Ley 906 de 2004 para la imposición de la medida de aseguramiento, pues además de lo reseñado en el acápite precedente, tuvo en cuenta que debe ser a petición del Fiscal General y decretarla cuando de la información legalmente obtenida, de la evidencia física recogida y asegurada y de los **elementos materiales probatorios se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga**, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes presupuestos: a) que la medida se muestre como necesaria para evitar la obstrucción al debido ejercicio de la justicia**;**

**b) que constituye peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima**; y, c) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

1. En consecuencia, para la imposición de la medida restrictiva de la libertad deberá acreditarse los presupuestos normativos precitados, además solo podrá imponerse cuando se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, en aquellos casos en que aquél constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, y en los supuestos en que resulte probable que el investigado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia17.
2. Para el proceso No. 2014-80045, se recuerda que el señor Marco Antonio Romero García fue detenido en flagrancia el 21 de marzo de 2014, en razón que fue “*sorprendido o individualizado durante la comisión del delito y aprehendido inmediatamente después por persecución*” (art. 301-2 Ley 906 de 2004), toda vez que una vez la Policía Nacional recibió la información de una posible agresión al interior de un inmueble y llegar a él, los uniformados se encontraron con la señora Gloria Inés Sarmiento con lesiones en su rostro y un sujeto que emprendió la huida para esconderse bajo un dormitorio, que al final resultó ser el aquí demandante.
3. En el informe de la captura, el Patrullero de la SIJIN Iván Fernando Gutiérrez, precisó que los hechos por los cuales se capturó al señor Marco Antonio Romero García, correspondían a un caso de violencia intrafamiliar, y de conformidad con el artículo 299 del Código Penal (vigente para el año 2014), sobre dicho tipo penal prescribió:

17 C-469 de 2016

*“ARTÍCULO 229. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> El que maltrate física o sicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.*

*La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta y cinco (65) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión”.*

1. Por su parte, el artículo 311 de la Ley 906 de 2004, establece que “*Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado,* ***cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes***”, además como requisitos para la procedencia de la detención preventiva en establecimiento carcelario, el artículo 313 del CPP estableció:

*“ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.*

*<Artículo modificado por el artículo 60 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:*

* 1. *En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.*
	2. ***En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.***
	3. *En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*(…)”*

1. Conforme las bases normativas señaladas, el Juez de Garantías a partir de los elementos materiales probatorios, que le fueren aportados, entre estos, *la denuncia formulada por la señora Gloria Inés Sarmiento, las versiones de los señores Benigno Arturo Perilla Mondragón y Mireya Zarate López (vecinos de la víctima), noticia criminal, informe de captura, arraigo del capturado y el dictamen médico legal, del Hospital San Francisco de San Luis de Gaceno realizado a las lesiones de la víctima*, decretó la medida solicitada por la Fiscalía General de la Nación, en contra del señor Marco Antonio Romero García.
2. Conforme lo anterior, para la Sala es procedente señalar que la medida estuvo precedida de una valoración adecuada de los elementos materiales probatorios, que permitía concluir que el procesado podría ser responsable como autor, del delito de

violencia intrafamiliar y que dicho sujeto podría violentar la integridad física de la víctima en un futuro.

1. Lo anterior, en razón que al momento de realizar la captura del señor Marco Antonio Romero García, se procedió con su identificación y arraigo, en el cual, se fue claro en señalar que el sujeto residía en Carrera 3 No. 6-78 Centro San Luis de Gaceno, con la víctima, **quien afirmó que era su cónyuge** (Gloria Inés Sarmiento Molina) y su hijastro, en arriendo
2. La anterior información, según el acta de la Policía Nacional, fue ratificada por la señora Amelia del Carmen García Aguilar, quien funge como la progenitora del acusado. Además los señores Benigno Arturo Perilla Mondragón y Mireya Zarate López, quienes son vecinos de la pareja, precisaron que tanto el aquí demandante como la víctima del delito, residían en la habitación en donde se realizó la captura.
3. En ese sentido, al hallar a la señora Gloria Inés Sarmiento Molina con lesiones en su rostro (las cuales fueron determinadas como edemas y hemorragia nasal, por la ESE Hospital San Francisco San Luis Gaceno) y acto seguido al señor Marco Antonio Romero García, emprendiendo la huida ante la presencia de los uniformados de la Policía Nacional y los datos consignados en el arraigo, era procedente concluir por parte del ente acusador y del juez de garantías que, la víctima y el victimario vivían en el la misma habitación y que este último propinó unos golpes en contra de la humanidad de la señora Sarmiento Molina.
4. En efecto, de la argumentación del Juez de Control de Garantías para imponer la medida de aseguramiento, se puede establecer que en aquella oportunidad este tuvo por acreditados cada uno de los presupuestos que establece el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto la consideró además **necesaria** por el hecho de proteger a la víctima, de una nueva agresión por parte del imputado, la encontró como adecuada porque los hechos guardaron relación con la conducta punible de violencia intrafamiliar, en la medida que el mismo Marco Antonio Romero García y su madre Amelia del Carmen García Aguilar afirmaron que la señora Gloria Inés Sarmiento era la compañera permanente.
5. En ese sentido, ante la denuncia de la víctima, la captura en flagrancia, el arraigo del imputado y la pena contemplada, para la Sala, tanto la captura como la imposición de la medida de aseguramiento impuesta al señor Marco Antonio Romero García hallaban normativamente justificada al momento de adoptarse, teniendo en cuenta que en el sistema penal acusatorio la valoración de los elementos probatorios y

evidencias físicas en esta etapa es distinta a la que corresponde al momento de proferirse sentencia (juicio oral), **con lo que no puede establecerse que la entidad demandada haya incurrido en falla en el servicio,** tal como lo precisaron las entidades demandadas y hasta el juez de primera instancia.

1. En ese orden, la Fiscalía General de la Nación en la audiencia preliminar sustentó por medio de los elementos materiales probatorios, la imputación y la necesidad de imponer la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad, los cuales fueron enfocados en las mismas afirmaciones del investigado y su progenitora, que se reitera, señalaron que la señora Gloria Inés Sarmiento era la compañera permanente de Marco Antonio Romero García.
2. El defensor del imputado, presentó recurso de apelación contra la decisión del Juez de Control de Garantías de decretar la medida de seguridad, sin embargo, el mismo tuvo como tesis central que el capturado velaba por el sostenimiento económico de la señora Miriam del Carmen Aguilar, quien funge como su madre. Argumento que no fue acogido por el Juzgado Penal del Circuito de Guateque, pues no se probó el dicho del defensor. De otro lado por expresa prohibición del parágrafo del artículo 314 del CPP (Sin la modificación de la Ley 1944 de 2018), para el delito de violencia intrafamiliar no hay lugar a sustituir la medida de detención preventiva.
3. En consecuencia, en la imposición de la medida de aseguramiento no se observó yerro alguno, o circunstancia que configure que la misma fue irracional, desproporcional o innecesaria, pues la Fiscalía allegó al Juez de control de Garantías, lo elementos necesarios para probar las lesiones de la señora Gloria Inés Sarmiento y que el señor Marco Antonio Romero García era el compañero permanente de la misma.
4. Por lo cual la medida de aseguramiento fue ajustada a las circunstancias y elementos con los que contaban los funcionarios judiciales al momento de proferir la decisión en tal sentido, máxime si se tiene en cuenta que se trataba de unas lesiones graves que comprometían la vida e integridad de una mujer y posiblemente de su hijo menor de edad, a cuenta de su compañero sentimental.

### Daño especial – régimen objetivo

1. Ahora bien, al no probarse la falla del servicio en la medida de aseguramiento decretada en contra del señor Marco Antonio Romero García, la Sala analizará si es

procedente acudir al régimen objetivo del **daño especial**, tal como lo analizó el A- quo.

1. Siguiendo los lineamientos señalados en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional expuesta en el acápite normativo, se debe aplicar dicho régimen de imputación cuando la absolución del procesado, se derivó de la inexistencia del hecho investigado o por atipicidad objetiva de la conducta, al respecto la sentencia SU-27 de 2018, el Alto Tribunal Constitucional, precisó:

*“Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica- es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.*

*En efecto, estando en ciernes la investigación, el ente acusador debe tener claro que el hecho sí se presentó y que puede ser objetivamente típico, luego, en este tipo de casos el juez administrativo puede ser laxo desde el punto de vista probatorio y valorativo, en tanto en estas circunstancias es evidente que la Fiscalía, hoy los jueces, disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos y, en tal virtud, deberá ser la administración la que acredite que fueron causas ajenas e irresistibles a su gestión, las que propiciaron la imposición de la medida (…)*

*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”*

1. Así las cosas, el juez de la responsabilidad tiene el deber de analizar, en primera medida, si el Estado actuó o no conforme a derecho. Por tanto, si su actuación no estuvo ajustada al ordenamiento jurídico, el caso deberá abordarse bajo la óptica de la falla del servicio (la cual en el caso en concreto ya se descartó). En caso contrario, el juzgador deberá determinar si el perjuicio que sufre la víctima debe ser reparado bajo la consideración de que es un daño especial -no lo sufre la generalidad de la población- y, por su gravedad, no podría considerarse que debe soportarlo o tolerarlo por el solo hecho de vivir en sociedad. Bajo este título de imputación denominado “*daño especial*”, debe considerarse que, a partir de la gravedad y anormalidad del daño, debe establecerse el derecho a la indemnización.
2. En efecto, es posible que el Estado, con su actuar legítimo, inflija daños a particulares, lo que conlleva, por razones de igualdad -frente a las cargas públicas- y de equidad, que la persona no deba soportarlo, como en este caso se predica

respecto del demandante principal. Este análisis, como se mencionó, resulta acorde con el mandato del artículo 90 de la Constitución Política y lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-072 de 2018.

1. La Sala precisa que el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Conocimiento de San Luis de Gaceno, en sentencia del 2 de febrero de 2015, halló penalmente responsable al señor Marco Antonio Romero García del delito de violencia intrafamiliar, pues en su consideración con las declaraciones de la misma víctima, y los vecinos que se encontraron al momento de la captura, como lo fueron los señores Benigno Arturo Perilla Molina y Zulma Mireya Zarate López, se puede concluir que entre el investigado y la víctima hubo relación sentimental que conformó familia, por lo que al probarse las lesiones a la señora Gloria Inés Sarmiento Molina, se tipificó el delito de violencia intrafamiliar.
2. Ahora bien, el Tribunal Superior de Tunja en sentencia de segunda instancia del 19 de julio de 2016, llegó a una conclusión distinta al *A-quo* penal, en razón que absolvió al señor Marco Antonio Romero, **por atipicidad en la conducta**, al respecto el fallo de segunda instancia consideró:

*“Es evidente que Gloria Inés Sarmiento Molina señaló que había sido víctima de violencia por parte de Marco Antonio Romero García en pretéritas oportunidades a tal punto que en Chivor tenía otro denuncio en la comisaría de familia por pegarle y también en Guateque. Recuérdese que en el dictamen médico legal refirió hechos de violencia ocurridos el miércoles 16 de octubre de 2013 a las 18:30 horas cuando señaló que el procesado había golpeado a su hijo. Además Zuleima Mireya Zárate en la declaración vertida como prueba de la defensa señaló que en otra ocasión vio que Marcos le pegó en un seno a Gloria Inés y que Marcos la había llamado, a finales de febrero de 2014.* ***Esto significa que el procesado era una persona violenta, que bajo el influjo de las bebidas embriagantes empleaba el uso de la fuerza física no solamente contra la hoy ofendida sino contra su menor hijo.***

*(…)*

*3- Convivencia con Gloria Inés Sarmiento. (…)*

*Eso indicaría* ***a las claras que existía una relación de pareja*** *en tanto se probó que en San Luis de Gaceno convivieron por lo menos tres meses, que el procesado anunció a Gloria como su esposa y aunque los dos trabajaban en otro lugar se encontraban los fines de semana con cierta periodicidad para cohabitar.*

*La defensa trajo al juicio oral los testimonios de la madre del procesado Amelia del Carmen de García y de otra compañera sentimental del procesado la señora María Virginia Espitia Montenegro, con la pretensión de infirmar la relación existente entre el procesado y la hoy víctima,* ***pero lejos de resultar desvirtuada esa circunstancia, de sus dichos se colige que dicha relación sentimental sí existió y que ella era plenamente conocida por esas testimoniantes.***

*(…)*

*Así las cosas, articulando las declaraciones que a este respecto se captaron en el desarrollo del juicio oral,* ***podemos señalar que existió una relación sentimental entre el hoy procesado Marco Antonio Romero García y Gloria Inés Sarmiento Molina****,* ***por lo menos con un lapso anterior a la ocurrencia de los hechos de tres meses, que cohabitaban juntos y que existía una solidaridad y ayuda económica a tal punto que compartían la habitación que el procesado tomó para vivir con su esposa****, lo que denota que también las personas de ese círculo social los conocieron como pareja.*

*(…)*

***En consecuencia está acreditada que la primera relación sentimental que el procesado entabló fue con María Virginia Espitia Montero y que posteriormente sostuvo también una relación afectiva con Gloria Inés Sarmiento Molina. Eso significa que simultáneamente el procesado sostuvo relaciones amorosas*** *con María Virginia Espitia Montenegro, con quien al parecer procreó a la menor Paola Sofía aún no reconocida y también con la hoy víctima Gloria Inés Sarmiento Molina, cuya existencia se colige también de lo dicho por estas dos testimoniantes, pues María Virginia Espitia Montenegro dice haber hablado telefónicamente con Gloria para decirle que se retirara de esa relación y que además le parecía muy extraño que Marco Antonio Romero García permaneciera tres o cuatro días fuera de la casa.*

***Fundamentos jurídicos de la decisión***

*(…)*

*Este tipo penal tiene como objeto de protección o bien jurídicamente tutelado la armonía y la unidad de la familia, que según las voces del artículo 42 de la Carta Política, se erige en el núcleo fundamental de la sociedad y por tanto su protección debe ser garantizada por el Estado y la sociedad, a tal punto que cualquier forma de violencia cometida en su contra se considera destructiva de su armonía y unidad.*

*La familia como núcleo esencial de la sociedad se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Por ello es imprescindible precisar, con apoyo en la jurisprudencia y la doctrina, pues resulta prevalente para solucionar la problemática que suscita la atención de la Sala, el contenido de la unión marital de hecho y de sus elementos integradores, especialmente los atinentes a la permanencia y singularidad****. (resaltado del texto original)***

*(****…)***

*A este respecto es preciso señalar, como se concluyó en el análisis probatorio realizado en el acápite pertinente, que el procesado, como también lo admitió la juez de primera instancia, simultáneamente sostenía dos relaciones sentimentales, una con María Virginia Espitia Montenegro con quien según su dicho procrearon a Paula Sofía y también con Gloria Inés Sarmiento Molina, aspecto que determina que las relaciones* ***no cumplen con el requisito esencial de la singularidad.***

*Eso significa que los hechos aquí juzgados no entran en el ámbito de protección de la norma, esto es del bien jurídico de la armonía y unidad familiares, según las voces del artículo 42 de la Carta Política y como mínimo se podría afirmar que a este respecto surge duda insalvable que se debe resolver a favor del procesado.*

*Ahora bien, como quiera que el tipo penal de violencia intrafamiliar es de naturaleza subsidiaria pues el legislador contempló su estructuración, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, que desechada su existencia resultaría obvio predicar un atentado contra el bien jurídico de la integridad personal por la vía de las lesiones*

*personales, pues es evidente que el hoy procesado infligió, como lo certificó el doctor Luis Argimiro Orozco Morales en su condición de médico del Hospital San Luis de Gaceno por la época, lesiones consistentes en la existencia de un edema a nivel frontal derecho y dolor a la palpación, con hemorragia nasal controlada, pero por ellas no se determinó incapacidad,* ***circunstancia que impide también la tipificación de este comportamiento****.*

***En síntesis la fiscalía no demostró la existencia singular de la unión marital de hecho entre el procesado Marco Antonio Romero García y Gloria Inés Sarmiento Molina y por ende si la violencia que el primero ejerció sobre la segunda recayera bajo el imperio de protección del delito de violencia intrafamiliar, por lo que se impone revocar la providencia impugnada****. - Resaltado por la Sala -*

1. De las aseveraciones del Tribunal Superior de Tunja – Sala Penal, se puede concluir que si bien se declaró la atipicidad de la conducta, la misma se basó en la duda, respecto al alcance de la relación sostenida entre el sentenciado y la víctima, toda vez que si bien se comprobó que hubo una dependencia sentimental, la misma, a criterio del fallador de segunda instancia, no tuvo la incidencia para conformar familia, en razón que, como el imputado ya contaba con otra relación, no se cumple con el criterio de singularidad, para conformar familia, en ese sentido para el fallador de segundo grado no se cumplió con el ingrediente normativo relativo a que las lesiones recayeran en algún miembro del núcleo familiar de Marco Antonio Romero García.
2. Respecto a la atipicidad objetiva del hecho investigado se ha entendido como la falta de adecuación del comportamiento a la descripción de un tipo previsto en la Ley penal, pues en el proceder cuestionado no concurren los elementos que configuran la conducta punible. Sobre la mencionada causal de preclusión ha señalado la Corte Suprema de Justicia que: *“(...) la atipicidad pregonada debe ser absoluta, pues para extinguir la acción penal con fuerza de cosa juzgada se requiere que el acto humano no se ubique en ningún tipo penal, en tanto que la relativa, esgrimida por la Fiscalía, hace referencia a que si bien los hechos investigados no se adecuan dentro de una específica conducta punible (abuso de función pública, valga el caso), sí encuadran dentro de otra (prevaricato, por vía de ejemplo). Si ello es así, esto es, si de lo que se trata es de una atipicidad relativa, no parecería admisible que se aspirase a la preclusión, en tanto el sentido común indicaría la necesidad de continuar la investigación respecto del tipo penal que, al parecer, sí recogería en su integridad lo sucedido18”*

18 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1 de marzo de 2017, Radicación N° 49492.

1. Si bien en principio, podría decirse que en el caso en concreto se acude al título de imputación objetivo como lo es el daño especial, ante la afirmación del Tribunal Superior de Tunja, relativa a la **atipicidad** de la conducta del señor Marco Antonio Romero García, lo cierto es que la Sala no encuentra que esa atipicidad fuera latente en el principio del proceso penal –en especial al momento de imponerse la medida de aseguramiento - pues solo fue hasta la práctica del testimonio de la señora María Virginia Espitia Montenegro, en el juicio oral, que se determinó que ante las múltiples relaciones sentimentales del señor Marco Antonio Romero García, no podía este constituir familia como lo precisó el a quem penal.
2. Es decir, que la libertad del señor Marco Antonio Romero García no se derivó de la inexistencia de una conducta de violencia generada en la humanidad de la señora Gloria Inés Sarmiento, tanto así, que la defensa en el proceso penal, en ningún momento desconoció dicha circunstancia, sino que la duda sembrada en la segunda instancia, se basó en que los tres meses de relación entre la víctima y el victimario, no ostentaban la materialidad para considerarse que tenían el ánimo de formar un núcleo familiar, pues ya el sindicado, contaba con otra unión.
3. La Sala no puede perder de vista que el presente medio de control de reparación directa, como el proceso penal adelantado en contra del señor Marco Antonio Romero García, deriva de un contexto de violencia contra la mujer, por lo cual, como lo afirmó el Consejo de Estado, en estos casos se debe estudiar el “*contexto de violencia contra la mujer que finalmente llevó a la materialización del daño, siendo éste un aspecto determinante para el estudio de la responsabilidad del Estado, al establecer el nexo causal y la omisión por la supuesta falla en el servicio ante la falta de medidas de seguridad19*”.
4. Sobre este particular, la jurisprudencia constitucional se ha referido al rol de las autoridades judiciales en la materialización de la protección real y efectiva de las mujeres, a partir de dos estándares de protección que han sido establecidos en los distintos instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano: (i) el derecho a acceder a un recurso judicial sencillo y eficaz y (ii) el deber estatal de diligencia en la prevención, investigación, sanción y reparación de la violencia contra las mujeres. Así mismo, en desarrollo del marco normativo que regula el alcance de

19 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta Consejera ponente: Stella Jeannete Carvajal Basto Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veinte (2020) Radicación número: 11001-03-15-000-2020-04012-00(AC) Actor: Gloria Patricia Zapata

ese derecho, se estableció a partir de la sentencia T-012 de 201620, el *“****deber constitucional****”*, **a cargo de las autoridades judiciales, de interpretar los hechos, pruebas y normas jurídicas con base en enfoques diferenciales de género**.

1. En esa oportunidad, hizo referencia a decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que se ha determinado que la propia administración de justicia ha *“confirmado patrones de discriminación”* en contra de las mujeres que acuden a la administración de justicia. Concluyó que los jueces vulneran los derechos de las mujeres en los siguientes escenarios:

*“(i) omisión de toda actividad investigativa y/o la realización de investigaciones aparentes; (ii) falta de exhaustividad en el análisis de la prueba recogida o revictimización en la recolección de pruebas; (iii) utilización de estereotipos de género para tomar sus decisione****s****; (iv) afectación de los derechos de las víctimas”* (subraya por fuera del texto original)*.*

1. Finalmente, se refirió a que las autoridades judiciales no escapan de la obligación estatal de eliminar cualquier forma de discriminación en contra de la mujer, lo cual se expresa cuando se incorporan criterios de género al solucionar los casos sujetos a su examen y que ponen de presente actos de violencia contra la mujer.
2. Para tal efecto, enlistó una serie de deberes mínimos que involucra la actividad judicial, en los siguientes términos:

*“En consecuencia, cuando menos, deben: (i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii)* ***analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial****; (iii****) no tomar decisiones con base en estereotipos de género;***

1. *evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v)* ***flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes;*** *(vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres”* (negrillas por fuera del texto original)*.*
2. Luego la Corte Constitucional en el fallo T-093 de 201921, indicó que el deber judicial de aplicar el enfoque diferencial con perspectiva de género en todos aquellos casos en los cuales se tenga sospecha de una posible situación de violencia de

20 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Reiterada en la Sentencia T-735 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

21 M.P. Alberto Rojas Ríos.

género es la expresión del derecho fundamental a una vida libre de violencias, en su dimensión positiva. Dicha *“obligación a su vez,* ***vincula a todas las jurisdicciones y en todos los procesos****. Esto no significa, sin embargo, que el juez falle a favor de una mujer por el hecho de serlo, sino que tiene que desplegar todas las acciones tendientes a comprobar la existencia de una forma de violencia, como la doméstica en el presente caso. Asimismo,* ***la dimensión positiva implica el deber judicial de no caer en razonamientos estereotipados****”.*

1. Por último, en la sentencia SU-080 de 202022, la Corte Constitucional precisó que, al analizar un caso con perspectiva de género de mujeres afectadas o víctimas de violencia, (i) no conlleva una actuación parcializada del juez en su favor, sino por el contrario, su independencia e imparcialidad y (ii) **ello comporta la necesidad de que su juicio no perpetúe estereotipos de género discriminatorios**. (iii) Por esta razón, *“la actuación del juez al analizar una problemática como la de la violencia contra la mujer, exige un abordaje multinivel, pues, el conjunto de documentos internacionales que han visibilizado la temática en cuestión -constituyan o no bloque de constitucionalidad- son referentes necesarios al construir una interpretación ‘pro fémina’, esto es, una consideración del caso concreto que involucre el espectro sociológico o de contexto que describe el calamitoso estado de cosas, en punto de la discriminación ejercida sobre la mujer. Se trata por tanto de, utilizar las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos junto con el derecho interno, para buscar la interpretación más favorable a la mujer víctima”.*
2. Así las cosas, en virtud de la basta jurisprudencia de la Corte Constitucional, la función judicial debe aplicar la perspectiva de género como un criterio hermenéutico para la resolución de cualquier conflicto “*en el que exista sospecha de relaciones asimétricas, prejuicios o patrones estereotipados de género23*”.
3. En ese sentido, insiste la Sala que la libertad del señor Marco Antonio Romero García, no se produjo por la inexistencia del hecho sobre la agresión física a la señora Gloria Inés Sarmiento, sino ante un criterio de antaño de la segunda instancia del proceso penal, pues se recuerda que el Tribunal Superior, afirmó que el concepto de familia debe ser *singular,* por lo que si el señor Marco Antonio Romero ya había constituido una familia con la señora María Virginia Espitia Panadero, no le era permitido simultáneamente convivir con Gloria Inés Sarmiento, sobre quien se itera, el proceso penal encontró probada relación sentimental con el aquí demandante.

22 M.P. José Fernando Reyes Cuartas

23 T-344 de 2020

1. Quiere decir lo anterior, que de acoger la tesis del Tribunal Superior de Tunja, podía el señor Marco Antonio Romero García o cualquier otro sujeto, seguir violentando la integridad de diferentes mujeres, con las cuales hubiera iniciado una vida marital, como lo es convivir bajo el mismos techo (carrera 3 # 6-78 en San Luis de Gaceno), ayudarse económicamente (Según la declaración de la víctima era ella quien laboraba y socorría a su pareja para que consiguiera empleo) y apoyarse de manera afectiva, pero no ser el sujeto activo del delito de violencia intrafamiliar, en la medida que ya tenía un hogar inicialmente compuesto y por ello no podía inferirse la estabilidad o permanencia que se requiere para la conformación de la unidad familiar.
2. En ese orden de ideas, al probarse en el proceso penal, la convivencia entre la señora Gloria Inés Sarmiento y Marco Antonio Romero García (tanto el Juzgado Penal del Circuito de Guateque y el Tribunal Superior de Tunja afirmaron en sus providencias que el aquí demandante con la víctima había sostenido una relación anterior a la fecha de los hechos), como la agresión de este último; tanto la Fiscalía General de la Nación como los Jueces de Garantías, en virtud del enfoque de género en sus decisiones, tenían la obligación de tomar las medidas necesarias para proteger a la víctima mujer sujeto pasivo de la violencia generada en su contra por parte de la persona con la que convivía en una relación sentimental para tal momento.
3. Conforme lo hasta aquí expuesto, recuerda la Sala que para que se configure la responsabilidad del Estado, por el régimen del daño especial, es necesario que concurran los siguientes elementos “*a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración. b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho a una persona. c)* ***El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y a las cargas públicas****. d) El rompimiento de esa igualdad debe causar daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los administrados. e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la administración24*”

24 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, veintiséis (26) de marzo de dos mil ocho (2008) Radicación número: 85001- 23-31-000-1997-00440-01(16530) Actor: José Abigail Piratoba Barragán y otros Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

1. Por ende, la Sala determinará si en el presente caso existió ese rompimiento de la igualdad respecto a las cargas públicas, al proferirse la decisión de atipicidad por parte del Tribunal Superior de Tunja – Sala Penal.
2. Resalta la Sala que la captura realizada en contra del señor Marco Antonio Romero García, se efectuó en flagrancia, es decir, al instante en que le propinó agresiones físicas a la señora Gloria Inés Sarmiento e intentó huir del lugar de los hechos y ya una vez capturado, referenció que la víctima era su compañera permanente y que compartían el mismo lugar de notificaciones.
3. Así las cosas, cualquier otro ciudadano que se hubiera encontrado en las mismas condiciones que el señor Marco Antonio Romero García, hubiera sido objeto de la medida de aseguramiento privativa de la libertad y del adelantamiento del proceso penal por la posible comisión del delito de violencia intrafamiliar, en el sentido que, (i) es capturado al momento de agredir a la víctima (circunstancia que no se puso en duda a lo largo del proceso penal) y (ii) acepta en su arraigo que la víctima es su compañera permanente, situación que se probó a lo largo del juicio oral y que es aceptado tanto en primera, como en segunda instancia; en razón que se determinó que entre la víctima y el victimario hubo una relación sentimental de aproximadamente de 3 meses, en la cual compartían techo y lecho, cosa distinta es que finalmente se indicara por el fallador penal que para la constitución de la familia se requería la singularidad y el ánimo de permanencia en la relación para que pudiera hablarse de una unidad familiar.
4. Por lo tanto, como la Fiscalía General de la Nación se encontró con un agresor y unos elementos que determinaban que la víctima era la compañera permanente de él, circunstancia que se itera, fue afirmada y aceptada por el señor Marco Antonio Romero García, no había otra posibilidad jurídica que iniciar el proceso penal por violencia intrafamiliar, por ende, cualquier otro ciudadano, que hubiera sido capturado en flagrancia y aceptado su condición de compañero permanente, estaría sometido a la carga de la administración de justicia, respecto a la imputación del delito de violencia intrafamiliar.
5. Ahora bien, cosa muy distinta es que la absolución en segunda instancia del señor Marco Antonio Romero García, se derivara de una interpretación del concepto de familia, que valga aclarar en la presente providencia, no se acompasa con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en razón a que dicho Tribunal explicó que “*Finalmente, es menester poner de presente que también se impone como conclusión que “****el concepto de familia no puede ser entendido de manera***

***aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo****”, porque “en una sociedad plural, no* ***puede existir un concepto único y excluyente de familia****”.25- Resaltado por la Sala-*

1. Por lo tanto, considerar que al no cumplirse el criterio de *singularidad* del núcleo familiar, tal como lo contempló el Tribunal Superior – Sala Penal- al momento de absolver al demandante de los cargos impuestos*,* no quiere decir que se esté ante una atipicidad objetiva y que por consiguiente se deban acceder a las pretensiones de la demanda de forma automática, pues en todo caso, al decir de la Corte Suprema sería una atipicidad relativa por cuanto se presentaron agresiones físicas contra la mujer constitutivas de la eventual conducta de lesiones personales dolosas.
2. Lo anterior, en razón a que la absolución, no fue producto de una duda en la conducta del agresor, o que su accionar no se adecuara debidamente al tipo penal de violencia intrafamiliar (agresión en contra de su compañera permanente), sino en una interpretación jurídica sobre el concepto de familia, que como ya se explicó se apartan en principio de los postulados de la Corte Constitucional, que señalan que en nuestra sociedad no se puede hablar de un concepto *singular* de familia.
3. En ese orden de ideas, no observa la Sala que el daño infringido al señor Marco Antonio Romero García, tenga que repararse por parte de la administración de justicia, al aplicar el título de imputación de daño especial, para este caso, pues el sujeto al ejercer violencia en contra de su pareja, y que por su conducta se iniciara el respectivo proceso penal, no se sometió a una carga mayor, que a otro sujeto que hubiera sido capturado por las mismas circunstancias aquí estudiadas, así el resultado final hubiera sido la absolución, por diferencia de criterio respecto al concepto de la familia.
4. No desconoce la Sala que el Consejo de Estado en su Sección Tercera, en sentencia del 9 de julio de 202126, al resolver un asunto de una privación injusta de la libertad, por la declaración de la atipicidad de la conducta del allí demandante, precisó que se debe acudir a un régimen de imputación objetiva y acceder a las pretensiones de la demanda. Sin embargo, en dicha providencia, se mencionó que *“se probó, a partir del análisis de la misma prueba testimonial* ***que sirvió como fundamento de la medida*** *que las mujeres eran trabajadoras sexuales que decidieron <<libremente,*

25 C-577 de 2011

26 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B Consejero ponente: Martín Bermúdez Muñoz, nueve (9) de julio de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 05001-23-31-000-2007-02594-01(47222) Actor: Ronald Álvarez Ocampo y otros

*sin presión, coacción o amenaza>> irse a Guatemala a trabajar en un <<spa>>”,* es decir que la tipicidad que se analizó en ese caso, radicó desde la imposición de la medida de aseguramiento, circunstancia que no se configura en *sub judice,* toda vez que aquí la “atipicidad” por interpretación del concepto de familia, se derivó solo hasta la sentencia penal de segunda instancia a partir de una interpretación del concepto de familia.

1. Así las cosas, si bien el Tribunal Superior de Tunja decidió conceder la libertad definitiva al señor Marco Antonio Romero García, al estudiar las declaraciones solicitadas por la defensa y considerar que se configuró la atipicidad de la conducta, en razón que el aquí demandante ya hacia parte de un núcleo familiar y por consiguiente la relación sostenida con la víctima no podía catalogarse como familia; lo cierto es que dicha atipicidad, solo se derivó de la práctica de las pruebas en el juicio oral, más no era latente al momento de decretarse la medida de aseguramiento, situación que no genera de forma automática la declaratoria de responsabilidad de las entidades judiciales, máxime si se tiene en cuenta que para el momento de la imposición de la medida se presentaron elementos probatorios de actos de violencia física contra la mujer, pues la víctima fue hallada con lesiones en su rostro justo después de que su agresor emprendió la huida ante el arribo de la autoridades al lugar de los hechos.
2. Al respecto, el mismo Tribunal de Cierre de la Jurisdicción en sentencia del 7 de septiembre de 2020, consideró que no existe responsabilidad del Estado, por el simple hecho de declararse la atipicidad de la conducta, sobre el particular indicó:

*“Así las cosas, la Sala considera que la medida estuvo precedida de una valoración adecuada de los elementos materiales probatorios, que permitía concluir que el procesado podría ser responsable de la malversación de los recursos públicos, en calidad de particular que cumple funciones públicas, de acuerdo con lo prescrito en la Ley 80 de 1993, según el concepto de servidor público analizado por la Fiscalía, de acuerdo con la sentencia de exequibilidad C-563 de 1998.*

*De este modo, la Sala concluye que la privación de la libertad que soportó Salomón Rodríguez no fue injusta, debido a que la medida de aseguramiento cumplió con los requisitos fijados en la ley y no se trató de una medida impuesta de manera arbitraria, pues estuvo soportada en una argumentación razonada e indicios graves de responsabilidad, y que, si* ***bien la tipificación del delito que se le imputaba no fue adecuada****,* ***para el momento de la imposición de la medida de aseguramiento existían indicios que para esa etapa procesal tenían la fuerza de convicción suficiente para determinar la necesidad y la pertinencia de la medida de aseguramiento que hubo de soportar****. En consecuencia, la restricción de la libertad de Salomón Rodríguez, además de razonable, se mostró proporcional, ajustándose a la normativa vigente.*

***Por tanto, el daño causado con la privación de la libertad no tiene el carácter de antijurídico, pues la imposición de la medida de aseguramiento se derivó de una actuación de la administración ajustada al ordenamiento jurídico y fundada en el material probatorio mínimo que exigía la ley para su adopción27”.*** *– Resaltado por la Sala*

*-*

1. Igualmente la misma Corporación en sentencia del 24 de abril de 2020, en un caso en el cual también se había declarado la indebida tipificación de la conducta, resaltó:

*“Del análisis realizado por la Fiscalía General de la Nación en la imposición de la medida de aseguramiento, se concluye que no se presentó un yerro en la fase de instrucción en la calificación de la conducta punible imputada a la señora Adriana María Candelo, toda vez que la misma fue ajustada a las circunstancias y elementos con los que contaban los funcionarios judiciales al momento de proferir la decisión en tal sentido, máxime si se tiene en cuenta que se trataba de unas lesiones graves que comprometían la vida e integridad de una menor que se encontraba en una evidente situación de indefensión dada su corta edad -16 meses- y que su misma progenitora sabía del ambiente de maltratos que la rodeaba y las lamentables condiciones de salud que presentaba desde meses atrás por cuenta de su compañero sentimental.*

*(…)*

*Bajo esta perspectiva, la vinculación a la investigación de la señora Candelo* ***por el delito de homicidio agravado en grado de tentativa, pese a que después fue considerado equivocado, no puede considerarse para este caso como constitutivo de un daño antijurídico, por cuanto la Fiscalía General no incumplió los deberes que legalmente le habían sido atribuidos, dado que debía adelantar la respectiva investigación penal frente a unos hechos de tal gravedad y contra una menor que goza de protección especial****28” - Resaltado por la Sala -*

1. En consecuencia, como la atipicidad en el proceso penal adelantado en contra del señor Marco Antonio Romero García se derivó de una postura interpretativa respecto al concepto de familia, al final del proceso penal, dicha circunstancia no tiene la materialidad para indicar que le impuso una carga mayor al agresor, toda vez que en las audiencias preliminares que se celebraron luego de la captura en flagrancia, se había establecido que la víctima de la agresión y el aquí demandante, eran compañeros permanentes, a tal punto que el mismo señor Marco Antonio Romero lo afirmó al momento de efectuarse la diligencia de arraigo.

27 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Consejero ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas Bogotá D.C., siete (7) de septiembre de dos mil veinte (2020) Radicación número: 05001-23-31-000-2009-00325-01(49826) Actor: Salomón Rodríguez y Otros

28 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativa Sección Tercera Subsección A Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico(E) Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil veinte (2020) Radicación número: 76001-23-31-000-2008-00895-01(48087 Actor: Adriana María Cándelo y Otras

1. Por lo expuesto, como en el principio del proceso penal, la Fiscalía General de la Nación y el Juez de Garantías contaba con los elementos materiales probatorios para imputar el delito de violencia intrafamiliar contra el actor y el Juez de Control de Garantías, en virtud de la protección que ejerce el Estado a las víctimas de violencia, resolvió imponer la medida privativa de la libertad, no se observa que tales decisiones hayan sido proferidas con desapego a la pruebas o de forma irracional, por lo cual no hay lugar a declarar la antijuricidad del año y por consiguiente, la configuración del título de imputación del daño especial, contrario a lo indicado en la sentencia de primera instancia.
2. Por lo que se revocará la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demandada, en razón a que aún aplicando un régimen objetivo de responsabilidad por daño especial en el caso concreto del señor Marco Antonio Romero, este no se encuentra probado al observarse que a este no le impuso una carga mayor -restricción de su libertad- que a los demás ciudadanos, que hubieran agredido la integridad física de su pareja mujer y fueran sorprendidos en el hecho, pese a que su absolución se produjo por la atipicidad de la conducta, pues al mediar en todo caso actos de violencia contra la mujer esa atipicidad *resultaría relativa*, lo que no causa de forma automática la responsabilidad patrimonial del Estado como se analizó en precedencia.

### Conclusión

1. Se revocará la sentencia del 22 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Tunja que accedió a las pretensiones de la demanda, toda vez que la medida de aseguramiento impuesta al señor Marco Antonio Romero García cumplió con los requisitos fijados en la ley y no se trató de una medida impuesta de manera arbitraria, pues estuvo soportada en una argumentación razonada y en las pruebas que comprometían su responsabilidad como autor del delito de violencia intrafamiliar, por lo que si bien existió un daño, el mismo se derivó del actuar legítimo de la administración de justicia, sin que se observara un rompimiento en las cargas públicas, en contra del demandante, en la medida que se contaban con los elementos materiales probatorios para imputar el delito de violencia intrafamiliar en su contra, considerándose que al haber existido violencia física contra la mujer, se presentaba una atipicidad relativa frente a la conducta penal por la cual fue investigado. En su lugar se negarán las pretensiones de la demanda.

### COSTAS

1. Comoquiera que la sentencia fue proferida el 22 de mayo de 2020 y los recursos de apelación en el mismo mes, se deben aplicar las disposiciones de la Ley 1437 de 2011, en las cuales el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en materia de condena en costas6 para acoger, en principio, la valoración objetiva frente a su imposición, liquidación y ejecución, tal y como se advierte de lo dispuesto en el artículo 188 de dicho estatuto7, preceptiva que remite a las normas del Código General del Proceso, normativa que en su artículo 3658 consagra los elementos que determinan la imposición de costas así: i) objetivo en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) valorativo en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.
2. De lo anterior cabe resaltar que, según el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), *“****Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”****.*
3. Precisado lo anterior, se advierte que en el presente caso, una vez examinado el expediente, la Sala encuentra que no obran elementos de prueba que demuestren o justifiquen que efectivamente se hayan ocasionado erogaciones por las entidades demandadas que hagan procedente a la imposición de costas en contra de la parte demandante.
4. Por lo que no se condenará en costas en esta instancia, pues no se advierte que concurra dicha circunstancia, respecto a las fijas en primera instancia, no se presentó objeción alguna.
5. En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 5 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### FALLA

**Primero. Revocar** la sentencia proferida el 22 de mayo de 2021 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda formulada por el señor Marco Antonio Romero García, en contra de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial.

**Segundo. Negar** las pretensiones de la demandada.

**Tercero.** Sin costas en esta instancia.

**Cuarto.** En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

Notifíquese y cúmplase,

*(Firmado electrónicamente)*

# BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS

## Magistrada

*(Firmado electrónicamente)*

### FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Magistrado

*(Firmado electrónicamente)*

### FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Magistrado

***Constancia****: esta providencia se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad.*