



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, Mayo 17 de dos mil diecinueve (2019)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Reparación Directa	
Asunto:	Sentencia de segundo grado
Radicación:	Nº 70001-33-33-001-2015-00230-01
Demandante:	Eustorgio Luis Romero Palencia
Demandado:	Nación – Fiscalía General de la Nación – Rama Judicial
Procedencia:	Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo

Tema: *Privación Injusta de la Libertad / Hecho de un tercero / Retracción de la presunta víctima y de los testigos de oídas / Revoca fallo que accedió a las súplicas*

1. OBJETO A DECIDIR

Decide el Tribunal el recurso de apelación propuesto por la parte demandada – Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo el 20 de octubre de 2017, mediante la cual se concedieron las súplicas de la demanda.

2. ANTECEDENTES

2.1 Pretensiones: El señor Eustorgio Luis Romero Palencia, en nombre propio y en representación de sus menores hijos, Carmen Beatriz Romero Cantillo y Andrés,

Camilo Romero Cantillo y los señores Yirla Marcela Romero Cantillo, Luis Miguel Romero Cantillo, Jhon Jairo Romero Cantillo, Kelly Johana Romero Cantillo en calidad de hijos de la víctima, Beatriz Helena Cantillo Fontalvo, Maribel del Rosario Romero Palencia, Vilma Esther Romero Palencia, Vitelma Josefina Romero Palencia, William Manuel Romero Palencia, Iván de Jesús Romero Palencia, Yolanda Romero Palencia, Carmen Cecilia Romero de Contreras, Miriam Leonor Romero de Martínez, Amira Isabel Romero de Coronado, Rocío Leonor Romero Romero, Olga Regina Romero Romero y Rafael Antonio Romero Romero, mayores de edad, en ejercicio del medio de control de reparación directa, por intermedio de apoderado judicial pretende se le declare administrativa, patrimonialmente responsable a la Nación – Rama Judicial- Fiscalía General de la Nación, a fin de obtener la indemnización de los perjuicios causados por hechos u omisiones al haber sido privado injustamente de la libertad el señor Eustorgio Luis Romero Palencia por un lapso aproximado de dos años, por imposición de medida de aseguramiento dictado por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Corozal- Sucre, luego de haber sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva, por parte del Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé¹.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de reparación del daño sufrido, solicita se condene a la parte demandada a pagar los perjuicios de orden materiales y morales, objetivados y subjetivados, actuales y futuros, que por la privación injusta se ocasionó al demandante, los cuales estima en la suma de Mil Ciento Veintiséis Millones Ciento Noventa y Dos Mil Ciento Cincuenta y Nueve Pesos (\$1.126.192.159.00).

Así mismo, solicita se condene a la Nación- Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, a pagar al señor Eustorgio Luis Romero Palencia, por concepto de daño emergente la suma de Sesenta y Un Millón de Pesos (\$61.000.000) y la cantidad de Ochenta Millones Ochocientos Ochenta y Cuatro Mil Seiscientos Cincuenta y Nueve Pesos (\$80.884.659) por concepto de lucro cesante.

Pide igualmente, se condene a la Nación- Rama Judicial- Fiscalía General de la Nación a pagar a la señora Carmen Cecilia Romero de Contreras, por daño emergente el valor de Cincuenta Millones de Pesos (\$50.000.000) y por daños

¹ Pretensiones: Fls. 1 y 2 C. Ppal.

morales el equivalente a Cincuenta (50) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

Como consecuencia de lo anterior requiere se condene a la parte demandada a pagar por concepto de perjuicios morales subjetivados, al señor Eustorgio Luis Romero Palencia el equivalente a Cien (100) Salarios Mínimos Legales Mensuales y en representación de sus hijos menores Carmen Beatriz y Andrés Camilo Romero Cantillo, el equivalente a Cien (100) Salarios Mínimos Legales Mensuales para cada uno.

Para los señores Yirla Marcela, Luis Miguel, Jhon Jairo, Kelly Johana Romero Cantillo el equivalente a cien (100) Salarios Mínimos Legales Mensuales, así como para Beatriz Elena Cantillo Fontalvo, equivalente a cien (100) S.M.L.M.

Para Maribel del Rosario Romero Palencia, Vilma Esther Romero Palencia, Viltelma Josefina y William Manuel, Iván de Jesús, Yolanda Romero Palencia, el equivalente a cincuenta (50) S. M.L.M. al igual que para Miriam Leonor Romero de Martínez, Amira Isabel Romero de Coronado, Rocío Leonor Romero Romero, Jorge Luis Romero Romero, Olga Regina Romero Romero y Rafael Antonio Romero Romero el equivalente a cincuenta (50) Salarios Mínimos Legales Mensuales.

Finalmente, solicitó que las sumas resultantes a favor de los demandantes sean actualizadas de conformidad con el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, y se condene en costas a la parte pasiva.

2.2 Hechos Relevantes²: Manifiesta la parte actora que, mediante Resolución de fecha 4 de agosto de 2012, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Corozal-Sucre³, le impuso al señor Eustorgio Luis Romero Palencia, medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, por el delito de Acceso carnal o Acto sexual abusivo con incapaz de resistir.

Afirma que por existir detención preventiva en contra del señor Romero Palencia, fue retirado de la empresa Depósito de Madera El Cedral dónde laboraba, como carpintero desde el 2 de enero de 2012.

² Fls. 3 C.Ppal.

³ Folios 38 a 39 Cdno de segunda instancia, reposa copia del acta de audiencia de legalización de captura y de imposición de medida de aseguramiento, de fecha 4 de agosto de 2012.

Alega que la detención preventiva a él imputada, no fue causada con dolo o culpa grave de su parte.

Adujo que la Unidad 12 Seccional de la Fiscalía de Sincé – Sucre, mediante decisión calendada, 18 de octubre de 2010 profirió Resolución de Acusación contra el señor Eustorgio Luis Romero Palencia, como autor del delito de Acceso carnal con incapaz de resistir, con circunstancias de agravación⁴.

Asevera que en audiencia pública celebrada el 25 de junio de 2014, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé - Sucre, expresó el sentido del fallo del proceso que cursaba en contra del señor Eustorgio Romero, el cual fue absolutorio, ordenando la libertad inmediata del mismo, fijando para la lectura de la sentencia el 15 de julio de 2014⁵.

Señaló que en audiencia de lectura del fallo celebrada el 21 de mayo de 2015⁶, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé, profirió sentencia absolutoria a favor del señor Romero Palencia, sentencia que quedó en firme el 1º de junio de 2015, según la constancia de ejecutoria emitida por el mencionado despacho judicial.

Indicó que el accionante estuvo en detención preventiva por un término aproximado de dos (2) años y que la imposición de dicha medida derivó unos perjuicios tales como el retiro de la empresa donde laboraba, el pago de honorarios a un profesional del derecho, el sufrimiento y el dolor durante de sus familiares durante el largo lapso de su detención.

2.3 Actuación procesal: La demanda fue presentada el día 15 de octubre de 2015⁷, siendo admitida la demanda mediante auto calendado 26 de febrero del 2016⁸, auto que fue notificado personalmente a los representantes legales de las entidades demandadas, así como a la Procuraduría General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el 21 de abril de 2016⁹, la Fiscalía General

⁴ Escrito de acusación del 18 de octubre de 2010, que reposa en los Folios 61 a 62 del cuaderno N° 1 y también en los folios 53 al 57 **Cdno de alzada**

⁵ Folios 80 a 91 del cuaderno N° 1

⁶ Folios 403 a 414 del cuaderno N° 3

⁷ Fl. 136 C. Ppal.

⁸ Fl. 142 C. Ppal.

⁹ Fls.147 - 154 C. Ppal.

de la Nación contestó la demanda el 13 de junio de 2016, la Rama Judicial lo hizo el 12 de julio de 2016.

De las excepciones presentadas se corrió el traslado, según constancia secretarial el 29 de julio de 2016 iniciando el término el 1º de agosto de 2016 hasta el 3 del mismo mes y año¹⁰, mediante auto del 8 de agosto de 2016 se convocó a las partes a la audiencia inicial la cual se señaló para el 26 de octubre de 2016¹¹.

En la fecha anunciada se realizó la audiencia inicial, surtiéndose todas las etapas establecidas en la norma hasta el decreto de pruebas, en dicha etapa se tuvieron como pruebas las documentales allegadas con la contestación de la demanda, fijando como fecha para la realización de la audiencia de pruebas para el día 1º de febrero de 2017¹².

En torno a la audiencia de pruebas; se ordena incorporar las documentales allegadas al proceso y por considerar que el periodo probatorio se encuentra vencido y al haberse aportado las solictas al proceso, cerró el mismo y se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento por considerarla innecesaria, ordenando presentar los alegatos de conclusión por escrito¹³.

2.4. Pronunciamiento de la parte demandada.

2.4.1. Fiscalía General de la Nación¹⁴: Frente a los hechos manifestó que unos no son ciertos y otros si tienen esa connotación. Como razones de defensa señaló que la parte actora solicita se declare administrativamente responsable a la Nación – Rama Judicial- Fiscalía General de la Nación por los perjuicios ocasionados a esta, como consecuencia de la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor Eustorgio Romero, oponiéndose a ello por considerar que en su criterio en el sub examine no se configuran los supuestos esenciales que estructuran la responsabilidad de la entidad demandada, debido a que la actuación de la Fiscalía se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no se

¹⁰ Ver folios 220 Cdno Ppal No. 2

¹¹ Fol. 222 Cdno No. 2

¹² Folios 231 - 235

¹³ Folios 427 y 428 Cdno No. 3

¹⁴ Folios 174 - 183 Cdno No. 1

predica un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, como tampoco error alguno, ni mucho menos una privación injusta de la libertad. Citó los artículos 250 de la C.P, 306, 308, 313 de la Ley 906 de 2004, señalando que a dicha entidad le corresponde la obligación de adelantar las actividades tendientes a establecer la verdad de los hechos y vincular al posible autor de los mismos.

Frente al caso concreto expresó que en el presente caso, el Juez consideró que se reunían los presupuestos exigidos por la norma procedimental y conforme al caudal de elementos probatorios allegados a la investigación, legalizó la captura del demandante imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva.

Expresó que si bien el mandatario judicial del demandante en el acápite de fundamentos de derecho hizo referencia entre otros artículos al 90 constitucional, era menester aclarar que en los casos en los cuales la ley presume que se presenta la detención injusta de la libertad cuando se pretende lograr indemnización de perjuicios por esta causa, los actores deben demostrar que la detención preventiva fue injusta e injustificada, lo cual no se ha probado en el presente proceso, debido a que estos eventos la responsabilidad estatal no es automática por el hecho que la detención preventiva sea revocada.

Asevera que para efectos imputar responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación, es preciso combinar unas circunstancias previstas en el marco legal fundamentalmente el artículo 90 de la Carta Política, una acción o una omisión donde participe activamente uno de sus agentes, un daño y como consecuencia de los anterior entre el hecho, la omisión y el daño, lo que no se configura en el sub lite.

Propuso las siguientes excepciones:

- ✓ Falta de legitimación en la causa por pasiva
- ✓ Culpa de un tercero
- ✓ y la innominada.

2.4.2. Rama Judicial¹⁵: Se opuso a todas y cada una de las declaraciones y condenas de la demanda, debido a que las evidencias aportadas por la Fiscalía General de la Nación no se logran demostrar la comisión del punible referenciado lo

¹⁵ Folios 210 - 214

que conllevó a una sentencia absolutoria, sin que se infiera de ello que le asiste responsabilidad administrativa y patrimonial a dicha entidad por la privación de la libertad a que expuso al demandante.

Como razones de defensa adujo que el Juzgado Promiscuo de San Marcos – Sucre, después de hacer un análisis detallado de las pruebas aportadas por parte de la Fiscalía General de la Nación, no logró otorgar pleno convencimiento al Juez, que determinara la comisión del delito de Acto Sexual puesta en incapacidad de resistir por parte del señor Romero y en razón a ello, decidió absolver al demandante.

Indicó que el artículo 90 Constitucional es la cláusula general de responsabilidad del Estado cuya estructura se determina a partir del cumplimiento de dos requisitos: i) La existencia de un daño antijurídico, ii) Que el daño le sea imputable a la acción u omisión de una autoridad pública.

Expresó que la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, reguló lo relacionado con la responsabilidad de los empleados y funcionarios judiciales, por las acciones y omisiones que causen daño antijurídicos a cuyo efecto determinó 3 presupuestos: i)Error Jurisdiccional, ii)Privación injusta de la libertad y iii) Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Indicó que el presente caso se desarrolló en vigencia de la Ley 906 de 2004, el cual contempla el modelo de sistema con tendencias acusatorias, donde la Fiscalía General de la Nación cumple el rol de investigadores y un Juez de Control de Garantías encargado del juzgamiento.

Precisó que en el presente caso, una vez legalizada la captura del señor Romero Palencia y formulada la imputación de los delitos presuntamente cometidos, la Fiscalía General le solicitó al Juez de garantías se le impusiera medida de aseguramiento al investigado, ello en razón que existía suficiente material probatorio en donde se podía determinar la comisión del delito imputado, logrando inferir razonablemente el togado, que el señor Eustorgio Romero posiblemente pudo haber cometido el delito atribuido.

Concluyó señalando que la Rama Judicial no ha cometido error jurisdiccional alguno, ni mucho menos ha existido una falla en el servicio por la privación de la

libertad, que sufrió el señor Romero Palencia debido a que la medida de aseguramiento intramural que se impuso dentro de la investigación penal adelantada, obedeció a una solicitud de la Fiscalía, quien para soportar dicha solicitud allegó material probatorio que constataba la comisión del señor Romero.

Propuso las excepciones de:

- ✓ Inexistencia del nexo de causalidad
- ✓ Culpa de un tercero.

2.5. La decisión recurrida¹⁶: El *A quo*, el 20 de noviembre de 2017, declaró administrativamente responsable a la Nación - Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, por los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes, por privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor Eustorgio Luis Romero Palencia.

Como consecuencia de tal declaración, condenó a las demandadas a reconocer y pagar a la señora Carmen Cecilia Romero de Contreras, a título de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente la suma de CINCUENTA Y CINCO MILLONES CUATROSCIENTOS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$55.400.850). Así mismo en la modalidad de lucro cesante a favor del señor Eustorgio Luis Romero Palencia, el valor de TREINTA MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS VEINTISIETE PESOS. (\$30.993.327), negando las restantes súplicas de la demanda y condenando en costas a la parte demandada.

Antes de abordar el caso concreto, después de un recuento jurisprudencial, afirmó textualmente lo siguiente:

“Así las cosas, se advierte en torno al tema, una posición jurisprudencial sólida “que aún en los casos de privación injusta de la libertad provenientes de causas ajenas a los enunciados en el artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, o por in dubio pro reo, el régimen de responsabilidad aplicable es de carácter objetivo, en el cual se prescinde en absoluto de la conducta del sujeto y su culpabilidad.”¹⁷”

¹⁶ Fls. 446 - 156 C. Ppal. N° 3

¹⁷ Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Segunda de Decisión Oral. Sentencia del 07 de julio de 2014. M.P. Rufo Arturo Carvajal Argoty

Argumentó su decisión, aduciendo que del acervo probatorio recaudado se tiene que el señor Eustorgio Luis Romero Palencia, efectivamente fue privado injustamente de su libertad, en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Sincelejo desde el 4 de agosto de 2012 hasta el 26 de junio de 2014, igualmente se tiene que la actuación penal se llevó hasta el proferimiento del proveído de 21 de mayo de 2015, mediante el cual absolvió al actor del delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir.

En virtud de lo anterior, manifiesta el Juez de primera instancia según lo dicho, que el demandante se vio expuesto a una privación injusta de la libertad, la cual fue reflejada en el periodo antes mencionado, por lo que atendiendo al régimen objetivo imperante en casos como el de estudio, se declara la responsabilidad del estado en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial Solidariamente.

Respecto a las excepciones invocadas por la parte demandada, manifestó que las mismas no tenían vocación de prosperidad, en especial, la denominada “hecho de un tercero”, ya que no se demostraron los presupuestos necesarios para su configuración, esto es, la imprevisibilidad, irresistibilidad y que la conducta hubiera resultado totalmente ajena a las demandadas, teniendo en cuenta la suma generalidad de la excepción.

Finalmente, frente a los perjuicios materiales pretendidos, precisó que de acuerdo con lo estipulado por el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 y atendiendo a lo acreditado con las pruebas testimoniales, la víctima ejercía las actividades económicas manifestadas, por lo que hay lugar al reconocimiento de perjuicio solicitado, en los extremos de un salario mínimo legal mensual vigente, con la adición del 25% por concepto de prestaciones sociales.

Igualmente, que en la liquidación debe agregarse el factor prestacional correspondiente para determinar el ingreso base y sumar el lapso durante el cual el afectado directo estuvo privado de la libertad y el tiempo que se presume que una persona tarda en conseguir trabajo con posterioridad a su salida de la cárcel.

Respecto a la reparación por el daño a la vida relación, anotó que no se logró acreditar el acaecimiento de dicho perjuicio y que los daños morales se presumen, según la

jurisprudencia del H. Consejo de Estado, mencionada con antelación, por lo que no se realizó el reconocimiento pretendido respecto a este concepto.

2.6. El recurso de apelación¹⁸: La Fiscalía General de la Nación, dentro del término legal incoo recurso de apelación contra la decisión de primera instancia de calenda 20 de noviembre de 2017, con la finalidad de que esta sea revocada en su totalidad, indicando que en el sub judice no se configuraron los supuestos esenciales que permitieran al a quo estructurar ninguna clase de responsabilidad en cabeza de la demandada.

Adujo que la actuación de la Fiscalía se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no se predica un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ninguna clase de error ni mucho menos privación injusta de la libertad del señor Eustorgio Romero Palencia.

Señaló que a la luz de los criterios jurisprudenciales y del análisis de los hechos materia del debate procesal, la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé- Sucre a favor del señor Romero Palencia, fue una decisión proferida dentro del marco de la Ley represora, teniendo como fundamento las pruebas allegadas a la investigación penal, las cuales fueron valoradas por parte de la Fiscalía de conocimiento en su oportunidad, por lo que la decisión estuvo ajustada a la constitución a la Ley, no siendo injusta ni desproporcionada o arbitraria.

Refiere que la decisión adoptada, concluyó con sentencia absolutoria a favor del señor Eustorgio Romero, pero no porque se hubiese tenido certeza sobre su inocencia, sino por duda sobre su responsabilidad, teniendo en cuenta que las pruebas obrantes en el proceso fueron suficientes para imponer la medida de aseguramiento, pero no para condenar.

Anota que el proceso penal se adelantó bajo el imperio de la Ley 906 de 2004 donde el papel de la Fiscalía General de la Nación es meramente un ente acusador, por lo tanto, si bien, el Fiscal dirige, coordina, controla y ejerce verificación técnico

¹⁸ Fls. 465 a 478 C. Ppal. N° 3

científica sobre la investigación de actividades de policía judicial, ya no tiene la facultad de disponer sobre la privación de la libertad del investigado, salvo las excepciones contempladas en la Ley, pues dichas funciones le corresponde al Juez de Control de Garantías por solicitud de la Fiscalía ya sea al legalizar la captura, cuando esta ha sido efectuada por otra autoridad, incluso en aquellos eventos en que el Fiscal hace uso de la facultad excepcional al ordenar la imposición de una medida de aseguramiento.

Agrega que en el sub examine, en la audiencia preliminar llevada a cabo la legalización de la captura la realizó el Juez con funciones de control de garantías, en donde se solicitó la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del implicado, petición a la cual accedió el Juez, siendo esta una decisión privativa del funcionario judicial, por lo tanto la responsabilidad sobre la restricción de la libertad estuvo en cabeza de la Nación – Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y no de la Fiscalía, sin que de las pruebas allegadas se pueda deducir que haya inducido en error al juzgador para adoptar las decisiones referidas, por lo cual en su criterio se configura la Falta de legitimación en la Causa por Pasiva, pues la facultad para privar a una persona de la libertad en los procesos regidos por el imperio de la Ley 906 de 2004 la ostenta el Juez de control de garantías.

Afirma que en sub lite se encuentra acreditado que el señor Romero Palencia, contribuyó en su conducta caprichosa y desmedida a la producción del daño, esto es, a su captura y posterior imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva por privación injusta de la libertad, pues efectuó actos contrarios a la Ley como sostener relaciones de acceso carnal o actos sexual abusivo con incapaz de resistir, hecho este que está castigado por la Ley Penal Colombiana.

Expresó que el comportamiento del señor Romero Palencia configuran el hecho o culpa exclusiva de la víctima como eximente total de responsabilidad, motivo por el cual puede considerarse que la conducta de la víctima sí contribuyó a la producción del daño, por lo anterior no existe nexo causal, teniendo en cuenta que no puede la Fiscalía responder por el presunto daño inferido al demandante, pues los funcionarios de la entidad, siempre obraron con diligencia en todo el trámite procesal de la investigación penal en contra del señor Eustorgio Romero al adelantar la investigación por el delito de Acceso Carnal Abusivo con incapaz de resistir, en

virtud de que existía un señalamiento directo de la víctima Sindy Paola Bohórquez, quien sufre de retardo mental, por lo tanto bajo esa circunstancia la obligación del Estado es la de adelantar las labores investigativas como quiera que nadie puede beneficiarse de los derechos de las mujeres con limitación de retardo mental ya que estas son sujetos de especial protección constitucional y legal por su condición de vulnerabilidad, adicionalmente hubo un señalamiento directo de la víctima, quien describió los actos libidinosos de los que fue objeto por parte del demandante Eustorgio Romero, razón para iniciar la persecución penal en su contra, quien fue absuelto no por encontrarlo inocente de la conducta investigada, sino porque se presentó la duda, la cual se resolvió a su favor en aplicación del principio del *in dubio pro reo*.

Añade que de lo narrado en la sentencia de absolución tanto la víctima como su progenitora, determinaron ocultar la realidad de lo acontecido con el fin de evitar que el señor Romero Palencia, terminara con una sentencia condenatoria, de declarar a favor por circunstancias de índole personal y amistad con el agravante que se trata de una joven que sufre un retardo mental, su propia madre, amigos y demás familiares lo que los conllevó a ocultar la verdad, de ahí que no pueda afirmarse que la detención haya sido injusta e injustificada, pues existen unos hechos reprochables de la cual era víctima la joven Sindy y que por lo tanto debían ser investigados, adicionalmente por tratarse de una delito de gran connotación, no permite por mandato legal y por quien en el presente caso resulta ser sujeto pasivo de la conducta delictiva ningún beneficio ni subrogado penal.

Alegó como causales de exoneración de responsabilidad, en primer lugar el hecho de la víctima sustentándola en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, argumentó que aun cuando en el presente proceso no se pudo desvirtuar la presunción de inocencia por parte de la Fiscalía, no se puede obviar la conducta reprochable del señor Eustorgio Romero en la investigación penal en su contra.

Expresó que la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad se debe estudiar desde los preceptos establecidos en el derecho civil y no en lo penal, dado que se debe tener en cuenta que el demandante como miembro de la sociedad que es, y amigo cercano de la familia de la joven Sindy, máxime si padecía de una limitación de retardo mental, estaba en la obligación de guardar normas mínimas de comportamiento y convivencia, debía guardar un comportamiento ejemplar y

decoroso, empero no lo hizo así, sino que la accedió y no contento con ello le daba dinero a la limitada para que no dijera nada, por lo tanto asumió una posición de actos reprochables, teniendo el deber de soportar la carga hasta que se determinara el elemento tipo de conducta que le fuera endilgada y hasta tanto ello no se dilucidara por el Juez Penal debía soportar la imposición de la medida de aseguramiento.

Concluyó señalando que, el desarrollo de las conductas del señor Romero Palencia con las cuales se produjo la privación de la libertad, arrojó como resultado una actuación imputable a él como se desprende del proceso penal.

Así mismo, precisó que se configura en el presente caso, otra causal eximente de responsabilidad, como lo es el hecho de un tercero no imputable a la Fiscalía General de la Nación, debido a que las circunstancias en las cuales se vio lesionado el señor Romero Palencia son totalmente ajenas a la Fiscalía y que corresponde al hecho de terceros por lo que no puede predicarse una relación de causalidad entre un daño y una eventual falla en la prestación del servicio, pues como se expuso la única causa determinante del daño ha sido el actuar de la víctima la joven Sindy y su progenitora, quienes decidieron retractarse y ocultar la realidad de lo acontecido.

2.7. Actuación en segunda instancia: Mediante auto del 13 de marzo de 2018¹⁹, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada; por auto del 20 de abril de 2018, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión²⁰.

2.8. Alegatos de conclusión: La parte demandada²¹, alegó de conclusión Reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación

La parte actora: No alegó de conclusión.

El Agente del Ministerio Público: En esta oportunidad no rindió concepto.

¹⁹ Fls. 4 C. Alzada

²⁰ Folio 9 C. Alzada

²¹ Fls. 12 - 24 C. Alzada

3. CONSIDERACIONES

3.1.- Competencia: Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia el presente asunto.

De la misma manera el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y la Sala Plena del Consejo de Estado en auto de 9 de septiembre de 2008, le otorgaron competencia para conocer de las acciones de reparación directa que se instauren por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, a los Tribunales Administrativos en primera instancia²²

3.2. Problema jurídico: Corresponde a la Sala determinar, si se debe declarar a la Nación Rama Judicial — Fiscalía General de la Nación, patrimonialmente responsable de los daños y perjuicios causados al señor Eustorgio Romero Palencia, como consecuencia de los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados por la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario por los delitos de ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR EN CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN.

Para resolver el anterior planteamiento el Despacho analizará los siguientes aspectos: **i)** Marco legal y jurisprudencia de la Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, **ii)** Sentencia de Unificación en materia de responsabilidad por privación de la libertad **iii)** La prueba trasladada y **iv)** El caso concreto, dentro de este numeral se analizará la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero.

3.2.1. Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad:

La responsabilidad del Estado, consagrada en la Constitución de 1991 nace del artículo 90 superior, a partir del denominado daño antijurídico; así mismo, con base en dicha norma, se desprenden diferentes teorías acerca de la forma de responsabilidad estatal, esto es, falla en el servicio, la cual puede ser probada o con culpa presunta, pero además, se hace referencia a las formas de responsabilidad

²² Auto del 9 de septiembre de 2008 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expediente: 11001-03-26-000-2008-00009-00. M.P. Mauricio Fajardo Gómez

objetiva o sin culpa, caso en el cual al actor le basta con establecer el daño y el nexo de causalidad entre el hecho y el daño, correspondiéndole al Estado desvirtuar el nexo de causalidad, pues la prueba de la diligencia y cuidado no lo exime de responsabilidad.

En relación con la responsabilidad del Estado, ha señalado el Consejo de Estado que la Carta Política de 1991 produjo su "constitucionalización" erigiéndole como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés.

La responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad en su construcción normativa y jurisprudencial ha pasado por las siguientes etapas:

En la primera etapa se consideró que debía aplicarse la teoría subjetiva o restrictiva, según la cual, esa responsabilidad estaba condicionada a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir, que debía demostrarse el error judicial²³.

También se sostuvo que dicho error debía ser producto "*de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso*"²⁴.

Partiendo de dicha premisa, tal declaratoria de responsabilidad procedía porque la privación de la libertad fue ilegal, porque la captura se produjo sin que la persona se encontrara en situación de flagrancia o porque se realizó sin orden judicial previa.

Dijo entonces el Consejo de Estado:

"Ella [la Sindicada] fue retenida en el curso de la investigación relacionada con el aludido secuestro; y del hecho de que hubiera sido absuelta al final no puede inferirse que fue indebida su retención. La justificación de la medida aparece plausible y nada hace pensar que en ella mediarán circunstancias extralegales o deseos de simple venganza.

"La investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual. Y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo

²³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del de octubre de 1992, expediente: 10923.

²⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 2 de mayo de 200, expediente: 15989.

indebido en la retención. Este extremo, de tan delicado manejo, requería pruebas robustas y serias y no meras inferencias o conjeturas."²⁵

En una segunda etapa, el Consejo de Estado consideró que la privación injusta de la libertad por "error judicial" comprendía casos diferentes a los contemplados en el artículo 414 del código de Procedimiento Penal,²⁶ eventos aquellos en los cuales la víctima debe demostrar lo injusto de su detención toda vez que en los del artículo 414 se presumen:

*"En este orden de ideas, fuera de los casos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en los cuales la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad, cuando se pretenda obtener indemnización de perjuicios por esta causa, el demandante debe demostrar que la detención preventiva que se dispuso en su contra fue injusta; y, en tales eventos, habiéndose producido la detención preventiva por una providencia judicial, la fuente de la responsabilidad no será otra que el error jurisdiccional"*²⁷.

Y una tercera, en la que encontramos la **tesis que recientemente unificó el Consejo de Estado en sentencia del 15 de agosto de 2018**²⁸ en la cual se concluyó que no basta con probar la restricción de la libertad y la posterior ausencia de condena, sino que es menester analizar si el daño derivado de la privación de la libertad es o no antijurídico, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política; es decir, que para que la responsabilidad se configure se requiere verificar que: **i)** el privado de la libertad haya incurrido 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 y, claro está, de acuerdo con el caso concreto y expresando de forma razonada los fundamentos de la decisión.

²⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 25 de julio de 1994, expediente: 8666.

²⁶ Otros casos de detención injusta, distintos de los tres previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, podrían ser, por vía de ejemplo, los siguientes: detención por delitos cuya acción se encuentra prescrita; detención por un delito que la legislación sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exige querrela de parte para el ejercicio de la acción penal, etc. Decreto 2700 de 1991, artículo 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el Sindicato no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido imputada siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.

²⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 17 de noviembre de 1995, expediente: 10056.

²⁸ Consejo de Estado. Sala de Contencioso Administrativo. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de Unificación de 15 de agosto de 2018, expediente 46.947, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Ahora bien la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación 072 de 2018, precisó que, ni el artículo 90 de la Constitución Política, como tampoco el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que instituye la privación injusta de la libertad como un evento resarcible, así como la sentencia **C-037 de 1996**, que determinó la exequibilidad condicionada del ese artículo, determinan un régimen específico de responsabilidad patrimonial del Estado en eventos de privación injusta de la libertad.

En dicho pronunciamiento señaló:

“117. La Corte en esta oportunidad ratifica que el artículo 90 de la Constitución Política no establece un régimen de imputación estatal específico.

118. El artículo 68 de la Ley 270 de 1996, al igual que la sentencia C-037 de 1996, no definen un régimen de imputación concreto.

119. Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han aceptado que el juez administrativo, en aplicación del principio iura novit curia, deberá establecer el régimen de imputación a partir de las particularidades de cada caso.

120. Definir, una fórmula rigurosa e inflexible para el juzgamiento del Estado en los casos de privación injusta de la libertad contraviene el entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y de paso el régimen general de responsabilidad previsto en el artículo 90 de la Constitución Política.

121. Determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia –aplicación del principio in dubio pro reo-, o incluso en otros eventos, por ejemplo, cuando no se acreditó el dolo, es decir, operó una atipicidad subjetiva, el Estado debe ser condenado de manera automática, esto es, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo que determine si la decisión a través de la cual se restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede un precedente constitucional con efecto erga omnes, concretamente la sentencia C-037 de 1996.

Ahora bien, a pesar del criterio aplicado por el juez penal, el juez administrativo deberá establecer si está frente a un caso de duda acerca del valor demostrativo de la prueba recaudada o de su absoluta inexistencia y, en tal caso, elegir, si a ello hubiere lugar, un título de atribución objetiva. Esa libertad judicial también se extiende a la nominación de las causales de privación injusta, dado que estas no se agotan en el derogado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en tanto responden a cierto estado de cosas, independientemente de estar o no normados.

122. Se demostró que el Consejo de Estado, cuando expidió la sentencia que resolvió el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General contra el fallo expedido por el Tribunal Administrativo de Córdoba aplicó una regla contraria a las directrices establecidas en la sentencia C-037 de 1996.

123. La posibilidad que tienen los administrados de ser resarcidos cuando el Estado les ocasione un daño que no estaban en el deber de soportar en el

marco de la privación injusta de la libertad es un derecho que se deriva de la efectividad de los derechos, la igualdad y la libertad, al paso de estar previsto en el artículo 90 de la Constitución y, en tal virtud, el criterio de sostenibilidad fiscal no se erige en una barrera para ofrecer la protección efectiva de tales derechos (...).”

3.2.2. La Sentencia de Unificación del Consejo de Estado en materia de responsabilidad por privación de la libertad²⁹: En reciente pronunciamiento, la Sala Plena de la Sección Tercera del Tribunal Rector de lo Contencioso Administrativo, unificó lo atinente de la responsabilidad del Estado derivada de la la privación injusta de la libertad, cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación), incluyendo el evento del *in dubio pro reo*.

En la providencia reseñada, se señaló:

“En ese sentido, la Sala considera pertinente apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora ha sostenido en torno al tema, máxime que al amparo de ella no sólo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminó con una condena, exceptuando, eso sí, los casos en los que se ha observado que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima. En otras palabras, bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es per se antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

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

²⁹ Consejo de Estado. Sala de Contencioso Administrativo. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de Unificación de 15 de agosto de 2018, expediente 46.947, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

*esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño.
(...)*

Así las cosas y como al tenor de los pronunciamientos de esta Sala la privación de la libertad de una persona puede ser imputada al Estado siempre y cuando ella no haya incurrido, bajo la perspectiva de lo civil, en culpa grave o dolo civil, es menester determinar si, a la luz del artículo 63 del Código Civil, la conducta de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal y si, por consiguiente, fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos.

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

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva. Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.”

Pues bien, en un Estado Social de Derecho la privación de la libertad en principio sólo debería ser consecuencia de una sentencia condenatoria, con el fin de proteger el principio universal de la presunción de inocencia establecido en el artículo 29 de la Constitución. En consecuencia, se reitera que una vez que el juez de lo contencioso administrativo encuentre probado que el derecho fundamental a la libertad de una persona ha sido vulnerado como consecuencia de una decisión judicial, lo que constituye un daño antijurídico a la luz del artículo 90 de la C.P, debe ordenar su reparación y así lo señala el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 al disponer que:

"quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios" sin perder de vista que el artículo 70 de esa misma Ley prevé que "El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado."

Asimismo, la culpa exclusiva de la víctima, es entendida como "*la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado*", y tal situación releva de responsabilidad al Estado cuando la producción del daño se ha ocasionado con la acción u omisión de la víctima, por lo que esta debe asumir las consecuencias de su proceder.

Y se entiende por culpa grave en los términos del artículo 63 Código Civil, no cualquier equivocación, error de juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, sino aquel comportamiento que revista tal gravedad que implique no "*manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suele emplear en sus negocios propios*".

Sobre este particular el Consejo de Estado ha previsto³⁰:

"La Sala pone de presente que, la culpa grave es una de las especies de culpa o descuido, según la distinción establecida en el artículo 63 del C. Civil, también llamada negligencia grave o culpa lata, que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa esta que en materia civil equivale al dolo, según las voces de la norma en cita.

Valga decir, que de la definición de culpa grave anotada, puede decirse que es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

Es pertinente aclarar que no obstante en el proceso surtido ante la Fiscalía General de la Nación, se estableció que la demandante no actuó dolosamente desde la óptica del derecho penal, no ocurre lo mismo en sede de la acción de responsabilidad, en la cual debe realizarse el análisis conforme a la Ley 270 y al Código Civil"

En este orden de ideas, aunque el actuar irregular y negligente del privado de la libertad frente a los hechos que dieron lugar a la investigación penal y, por supuesto, a la privación de la libertad o el comportamiento por él asumido, dentro del curso del proceso punitivo no haya sido suficiente ante la justicia penal para proferir una sentencia condenatoria en su contra, en sede de responsabilidad civil y administrativa, y con sujeción al artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 63 del Código Civil, podría llegar a configurar la culpa grave y exclusiva de la víctima, y exonerar de responsabilidad a la entidad demandada.

Dicho de otra manera, que la parte demandante haya sido absuelta por la justicia penal, ello no quiere decir, que se configure la responsabilidad patrimonial de la

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, Rad. 27.577.

administración, pues debe revisarse la culpa del penalmente investigado, pese a que su actuación no haya tenido la magnitud para configurar el delito endilgado en su contra, sí puede exonerar patrimonialmente a la entidad demandada.

Como viene de ser expuesto en esta providencia, las sentencias de unificación del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, establecen 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 legal, razonable y proporcionada. En la misma vía, en todos los eventos posibles, será necesario descartar si el imputado o sindicado con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a la medida de privación de la libertad.

3.2.3.- La prueba trasladada: El artículo 174 del Código General del Proceso establece que *“las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas la misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales.*

La valoración de las pruebas trasladadas o extra procesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan”, lo anterior en claro desarrollo del principio de economía procesal, con la finalidad de que las pruebas recaudadas válidamente puedan ser evaluadas o valoradas por el Juez, con autonomía en otro proceso diferente, dada la libertad del análisis probatorio de que goza.

En efecto el tratadista Hernán Fabio López Blanco en su obra Código General del Proceso – Pruebas- ha señalado que *“no solo se pueden trasladar pruebas practicadas en otro proceso, sino también las aportadas; es decir, las documentales, pues una interpretación exegética de la disposición podría llegar aseverar que están excluidas de la posibilidad del traslado las pruebas documentales que como antes se explicó no se practican sino que se aportan (..)”*³¹

³¹ Faltó señalar la obra, la fecha de impresión, la editorial y las páginas donde se extractó.

Ahora bien la eficacia probatoria de las pruebas allegas al proceso en traslado requiere del cumplimiento de los siguientes supuestos: i) que las pruebas hayan sido válidamente practicadas en el proceso original; ii) que las piezas procesales se trasladen en copia sin ninguna otra formalidad; y iii) que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra la cual se aducen o con audiencia de ella ya que para poderlas apreciar se debe dar la oportunidad de la contradicción a las partes a efecto de tenerla como plena prueba en el proceso.

Cabe aclarar que el traslado de las pruebas según el mencionado tratadista, no necesariamente se surte en copias, pues es viable cuando de prueba documental se trata y se reúnen los requisitos del artículo 114 del C.G.P., hacerlo mediante la modalidad del desglose evento este en que la copia queda en el proceso de donde se desglosa y el original va a donde se le quiera trasladar, lo que en nada afecta la valoración que de ella debe hacer el juez.

Por lo tanto, encuentra la Sala que, las pruebas documentales contenidas en el cuaderno del proceso penal, podrán ser valoradas, por un lado, porque a pesar de que la parte actora no solicitó pruebas y no coadyuvó a la práctica del traslado impetrado por la parte demandada Rama Judicial, tanto el original como las copias del proceso penal, estuvieron a su disposición, sin que hubiese controvertido su autenticidad mediante tacha de falsedad en la audiencia de pruebas en la que el Juez dispuso a las partes el traslado de las misma y estos no tuvieron observación alguna sobre las incorporadas al expediente.

3.2.4.- El caso concreto: Teniendo en cuenta el recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar si la privación de la libertad que soportó el señor Eustorgio Luis Romero Palencia es responsabilidad de la Nación Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación tal como fue determinado en la sentencia de primera instancia o, si como lo alega la Fiscalía, entidad apelante, aquella no le es atribuible.

En caso de que se decida que es procedente la declaración de responsabilidad de la entidad accionada, es necesario que la Sala determine, en virtud del recurso de apelación, si hay lugar a reconocer la indemnización por perjuicios solicitada por la parte actora.

Pues bien, procede la Sala al estudio de los elementos de la responsabilidad a efecto de establecer si en presente asunto se configuran los mismos, para iniciar se analizará la demostración del daño, siendo este el primer elemento que debe estudiarse para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado.

3.2.4.1. EL DAÑO: Según lo prescrito con antelación en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo. En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que " (...) *ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario*"³².

Es necesario entonces para estudiar la responsabilidad del Estado establecer la existencia del daño y que este sea antijurídico en primer lugar, parte el despacho de la premisa jurisprudencial de daño, conforme lo indicó la Corte Constitucional en **Sentencia C -333 de 1996**, así:

"El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública."

³² Sentencia N° 52001-23-31-000-1999-00883-01(21379) de Consejo de Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Tercera, de 29 de Febrero de 2012

De conformidad con los medios probatorio aportados al proceso se encuentra acreditado que el señor Eustorgio Luis Romero Palencia fue capturado el 3 de agosto de 2012, siendo las 12:45 de la tarde, la cual se llevó a cabo según lo narra la Fiscal 12 Seccional de Sincé – Sucre en la audiencia de legalización de captura, en vía pública frente a la nomenclatura Calle 16 No. 1D- 05 de dicha municipalidad, aprensión que fue legalizada el 4 del mismo mes y año a las 9:50 a.m, por reunir todos los requisitos establecidos en la norma seguidamente en dicha diligencia se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión por encontrar acreditados los elementos materiales probatorios y evidencias físicas para dictar dicha medida por inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva³³.

Cabe señalar que el delito que se le imputó al señor Romero Palencia fue el tipificado en el artículo 210 de la Ley 599 de 2000 el cual describe la conducta del tipo penal por el cual se investiga al señor Eustorgio Romero Palencia, de la siguiente manera:

“ARTICULO 210. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR. <Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> *El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.*

Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años”.

Lo que conllevó a la privación de la libertad en establecimiento carcelario el día 4 de agosto de 2012, por el delito de Acceso carnal o Acto sexual con incapaz de resistir, según el acta de audiencia de legalización de captura (fls. 61 y 62).

La Sala considera que no hay duda sobre la existencia del daño alegado por la parte actora, pues se encuentra acreditado que el señor Eustorgio Romero fue procesado penalmente por el delito de Acceso carnal o Acto sexual con incapaz de resistir en el centro de reclusión **desde el 4 de agosto de 2012, hasta el 26 de junio de 2014**, a órdenes del Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé- Sucre, es decir, por un período de **1 año, 10 meses y 22 días**, conforme a la Certificación rubricada

³³ Folios 1 al 4 del cuaderno del proceso penal seguido por el juzgado segundo Promiscuo Municipal de Corozal, ver C.D. que reposa en el cuaderno contentivo del audio de la celebración de la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, pruebas estas que también figuran a 243 y 254 Cuaderno No. 2 allegados como pruebas solicitadas por la parte demandada, las cuales fueron incorporadas al proceso administrativo en la audiencia de pruebas.

por el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sincelejo³⁴, constituyendo esta privación, el daño alegado.

Al proceso concurrieron igualmente los señores Carmen Beatriz Romero Cantillo y Andrés, Camilo Romero Cantillo y los señores Yirla Marcela Romero Cantillo, Luis Miguel Romero Cantillo, Jhon Jairo Romero Cantillo, Kelly Johana Romero Cantillo en calidad de hijos de la víctima, Beatriz Helena Cantillo Fontalvo, Maribel del Rosario Romero Palencia, Vilma Esther Romero Palencia, Vitelma Josefina Romero Palencia, William Manuel Romero Palencia, Iván de Jesús Romero Palencia, Yolanda Romero Palencia, Carmen Cecilia Romero de Contreras, Miriam Leonor Romero de Martínez, Amira Isabel Romero de Coronado, Rocío Leonor Romero Romero, Olga Regina Romero Romero y Rafael Antonio Romero Romero, acreditando ser la compañera permanente, hermanos e hijos.

Demostrado el daño, el Despacho procede a determinar si este es de carácter antijurídico, si es imputable a las entidades demandadas y el nexo de causalidad.

3.2.4.2. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ENTES DEMANDADOS: En el presente caso la Fiscalía el 7 de junio de 2012, solicitó audiencia preliminar de solicitud de captura del señor Eustorgio Luis Romero Palencia por el delito de Acceso Carnal con Incapaz de resistir³⁵, la cual fue ordenada por el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Sincé – Sucre³⁶ y el 3 de agosto de 2012 fue capturado el señor Romero Palencia, con él se anexó la investigación de campo –FPJ-11- de fecha 3 de agosto de 2011, constituido por el acta de los derechos del capturado suscrito por este, fotocopia de la cédula de ciudadanía, el arraigo, la descripción morfológica, la tarjeta decadactilar, la orden de captura, el Informe Técnico Médico legal Sexológico³⁷.

Capturado el señor Eustorgio Romero la Fiscal solicita la audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, la cual se efectuó el 4 de agosto de 2012 dentro del proceso con radicado No. 70742-60-01041-2009-80081-00³⁸, donde la Juez Segunda Promiscuo

³⁴ Folio 240 Cdno No. 2

³⁵ Folios 92 y 93 del **cuaderno de alzada**

³⁶ Folio 64 Cuaderno del Proceso Penal Ley 906 de 2004 y 114 del Cuaderno de Segunda Instancia.

³⁷ Folios 49 – 67 Cuaderno del Proceso Penal Ley 906 de 2004.

³⁸ Folios 108 a 112 del Cuaderno de segunda Instancia.

Municipal de Corozal - Sucre, legalizó la captura del señor EUSTORGIO LUIS ROMERO PALENCIA, Seguidamente la Fiscal Doce Seccional de Sincé le imputó cargos por los delitos de ACCESO CON INCAPAZ DE RESISTIR CON CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN ART. 210, Y AGRAVADO ART. 211 numeral 6º, del Código Penal. Lo anterior conforme al escrito de acusación del 18 de octubre de 2010, de la Fiscalía General de la Nación que obra en el expediente³⁹ en la cual indica:

“HECHOS: Los hechos que sirvieron de fundamento a la presente investigación los narra la señora YENIS DEL CARMEN PUENTES MARTÍNEZ, quien es la mamá de la joven CINDY PAOLA BOHORQUEZ de 18 años de edad que sufre un problema en el cerebro y tiene retraso mental la denunciante narra los hechos de la siguiente manera; desde el mes de marzo hasta la fecha presentaba vómito, dolor en el cuerpo, dolor de cabeza, la lleve hacerse unos exámenes de gravidez en sangre dando como resultado positivo, según lo demuestra el certificado de CRECER Servicios Integrales de Salud. Mi hija SINDY PAOLA BOHORQUEZ, le manifestó a VICTORIA MARTÍNEZ, amiga de ella que el señor EUSTORGIO LUIS ROMERO PALENCIA, la había embarazado que le dicen el “pancho”, a mí me dijo que el señor pancho le había dado cinco mil pesos, y la metía a la casa por la parte de atrás diciéndole que no le contara nada y tuvieron relaciones sexuales con el señor pancho. CINDYPAOLA nunca dijo nada y él la engañaba con plata porque a ella le gustaba mucho el dulce. Cuando le pregunté a ella que por donde le había hecho el amor me respondió que él se había colocado encima de ella, y ella se había quitado la ropa

La fiscalía doce seccional hizo solicitud de audiencia preliminar de captura el 07 de junio de 2012, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Sincé, las cuales se realizaron el día 26 de julio de esta anualidad, igualmente solicitó la realización de audiencias concentradas las cuales se realizaron el día 4 de agosto obteniendo la legalización de la captura por parte de la señora Juez Promiscuo Municipal de Corozal e imputó cargos por el delito de ACCESO CON INCAPZ DE RESISTIR, CON CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN ART. 210 AGRAVADO 211 NUM.6 DEL CODIGO PENAL, cargos que no fueron aceptados por el hoy acusados, así mismo la fiscalía solicitó al juez la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, la cual fue concedida por el juez.

Por todo lo anterior, la Fiscalía presenta escrito de acusación en contra de EUSTOGIO LUIS ROMERO PALENCIA, conforme a lo señalado por el artículo 336 y subsiguiente del C. de P.P, solicitándole al señor juez fijar conforme a lo señalado por el artículo 338 y 339 de la precitada obra, disponga la fijación de fecha y hora para la celebración de la audiencia preparatoria para juicio oral, una vez superado el procedimiento descrito en los artículos mencionados acompasado con el 344 de la Ley 906/04 ”

Al escrito de acusación acompañó los siguientes medios probatorios:

³⁹ Folios 3 a 7 del cuaderno del Proceso Penal Ley 906 de 2004

- 1.- Declaración de la señora Yenis del Carmen Puentes Martínez, madre de la víctima⁴⁰ del presunto delito.
- 2.- Declaración de la señora Victoria Martínez, amiga de la denunciante⁴¹.
- 3.- Declaración del doctor Leopoldo José Domínguez De la Ossa, médico psiquiatra⁴².
- 3.- Entrevista de Sindy Paola Bohórquez Puentes⁴³, en la cual narra los hechos de su presunta agresión sexual.
- 4.- valoración por Psicología a Sindy Paola Bohórquez Puentes⁴⁴
- 5.- Fotocopia de la Historia Clínica de Sindy Paola Bohórquez Puentes⁴⁵
- 6.- Fotocopia del examen de Gravidex en sangre⁴⁶
- 7.- Fotocopia del informe de investigador de campo –FPJ-11-47
- 8.- Informe Técnico Médico Legal Sexológico, suscrito por el Profesional – Universitario Forense⁴⁸
- 9.- Entrevista a Sindy Paola Bohórquez Fuentes ante el Comisario de Familia de Sincé - Sucre⁴⁹, en la cual se retracta.
- 10.- Informe Pericial de Biología Forense, suscrito por el Profesional Universitario Forense⁵⁰
- 11.- Fotocopia del Formato Único de Noticia Criminal – FPJ-2-51
- 12.- Informe Pericial de Genética Forense⁵²

El señor Eustorgio Romero no aceptó los cargos formulados, por lo tanto la fiscal solicita se le imponga medida de aseguramiento. Lo anterior, de acuerdo con lo prescrito en la normativa penal vigente que indica que entre las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación se encuentra la de *"investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito"* y *"solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas"*⁵³.

40 Folios 67 a 68 **Cuaderno de Alzada**

41 Folios 61 a 62 **Cuaderno de Alzada**

42 Folios 65 y 66 **Cuaderno de Alzada**

43 Folios 51 y 52 **Cuaderno de Alzada**

44 Folios 58 a 60 **Cuaderno de Alzada**

45 Folios 63 y 64 **Cuaderno de Alzada**

46 Folio 64 **Cuaderno de Alzada**

47 Folios 69 a 71 **Cuaderno de Alzada**

48 Folios 72 y 73 **Cuaderno de Alzada**

49 Folios 74 **Cuaderno de Alzada**

50 Folios 75 a 77 **Cuaderno de Alzada**

51 Folios 78 a 82 **Cuaderno de Alzada**

52 Folios 121- 123. Cuaderno Proceso Penal Ley 906 de 2004

53 Ley 906 del 2004, artículo 114.

Ante tal solicitud la Juez Segunda de control de garantías de Corozal, en la audiencia concentrada realizada el 4 de agosto de 2012 a las 9:41 am⁵⁴ por considerar que se reunían los presupuestos para la imposición de dicha medida le impuso la privativa de la libertad en establecimiento carcelario al señor EUSTORGIO LUIS ROMERO PALENCIA, teniendo en cuenta los siguientes fundamentos

*“ (...) Tenemos entonces la petición inicial de la Fiscalía acerca de una detención preventiva en centro carcelario, frente a esta tenemos una petición del defensor de que la misma sea sustituida por detención domiciliar en su lugar de residencia, todas estas son medidas de aseguramiento que estas previstas en el Código de Procedimiento Penal, específicamente en el artículo 307, en esta etapa le hago saber al imputado y a los presentes que se sabe que la regla general el principal derecho es la libertad pero que excepcionalmente se puede restringir la misma cuando se dan ciertas condiciones especiales y les explico a los imputados, a las personas que tengo allí sentados allí en el mismo sitio frente a donde está el señor custodio, que cuando se restringe la libertad, principalmente es cuando ha habido una conducta que la persona ha cometido en forma voluntaria que no ha sido por cuestiones de imprevisión, que no ha sido por ejemplo en accidente de tránsito que nadie sale en su carro a matar a alguien o atropellar a un peatón, ciclista o motociclista sino que se dieron las circunstancias ahí lo que ha mediado ha sido una culpa, una imprevisión, una impericia, el acto se comete de forma voluntaria, consiente y libre es cuando debe ser reprimido y por eso existen las normas establecidas en el Código Penal que esta descrito el delito y la pena a imponer. También me corresponde decir que la medida de aseguramiento se decide imponerla cuando se dan circunstancias de necesidad, que se torne adecuada, proporcional, necesaria (sic) para los hechos que se están ventilando. El artículo 307, habla de la privativa de la libertad la uno, detención preventiva en establecimiento carcelario y la dos en la residencia señalada por el imputado, a su vez estas son desarrolladas más adelante en los siguientes artículos en el 308 habla que el Juez de control de garantías a petición del fiscal o su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y de las evidencias físicas recogidas y aseguradas o de la información obtenida legalmente se pueda inferir razonablemente, que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando cumpla alguno de los siguientes requisitos, con uno solo que se cumple es suficiente, **1.-** Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado, obstruya el debido ejercicio de la justicia. **2.-** Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. **3.-** Que resulte probado que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia independiente de esta norma que después paso a explicarla es importante establecer la del 313 que dice procedencia de la detención preventiva y que en esta clase de delitos*

⁵⁴ En el folio 426 del Cuaderno principal No. 3 figura el C.D. en audio de la Audiencia Concentrada realizada el 4 de agosto de 2012.

sexuales que le llama uno llamada en el argot jurídico, es bien importante que dice (...) o sea, por el factor objetivo, o sea por el quantum de la pena ya es suficiente la medida porque tu delito según el artículo 210 que te prescribió la fiscal en la anterior audiencia tiene una pena que va de 12 a 20 años, o sea que la mínima está triplicada porque son 4 años, y en esta la mínima es de 12, solamente por ese requisito sería prudente mantener la detención preventiva que pesa, pero esa es la parte objetiva, la parte subjetiva hay que analizarla también y pasamos a ella, habla de que sea necesaria, que haya un peligro y que no comparecerá al proceso, para la necesidad yo siempre me ubico en la gravedad del delito, y en la gravedad del delito voy más allá y me ubico en lo que está haciendo ese delito actualmente en Colombia, el flagelo que está haciendo los delitos sexuales en Colombia y no se me ha olvidado que son leyes nuevas que se han actualizado, que han ampliado las medidas de las penas, porque las violencias contras niños y niñas menores de edad, que lamentablemente han sido las víctimas más recientes y se puede decir también de vieja data de Colombia, pero antes la gente no denunciaba ya con la campaña que se ha hecho Nacional se está alertando al menor para que esté pilas, paras que vea el peligro de donde lo tiene más cerca y que no es ni siquiera la gente de la calle, sino que muchas veces es al interior de la familia es el nuevo papá o el padrastro o el nuevo marido de la mamá, es el padrino es el tío, el compadre, en fin son ellos los agresores y ejercen tanta presión sobre los niños que prefieren guardar silencio, se han llegados a campañas que yo en nombre propio considero muy buenas, parecer ser que las prohibieron en Bogotá que los han sacado en afiches y los han publicado, en ciertas paredes y en ciertas murallas para que el niño los identifique y vea que cuando las persona que viene acercársele sea la del afiche y ellos tengan temor, y se escondan o avisen o se protejan, en fin no estoy segura si esa campaña la quitaron, pero a mí a manera personal me parecía muy buena para mitigar un poco la triste historia que se está viviendo con los niños, porqué hago este recuento de la campaña que está ahora implantando el gobierno y legislando porque yo me ubico que esta es una niña, psicológicamente ha establecido la medicina legal, psiquiatría que son las personas expertas que nos colaboran a nosotros los funcionarios de edad mental, si físicamente tiene 18 años, mentalmente tiene 5 o sea yo estoy considerando que ha sido un delito que se le está causando o una agresión que se le ha causado a una niña de cinco años, tan es así que comparte sus tiempos, sus ratos es con niños, su distracción es con niño y lógicamente no se le haya presentado nada, respecto de que un niño sus amiguitos como ella lo dice, les fueran hacer nada en sus partes íntimas porque ella no está jugando con un adulto, ella se está considerando que está jugando con unos niños porque son los están a nivel mental de ella, entonces una niña de 5 años frente a un señor de 45 años, la conducta necesariamente para mí es grave, la minoría de edad de ella, allí reflejada en su retardo mental hace que la conducta que se le está endilgando a usted y que no soy yo quien más adelante vaya a decir que usted es o no responsable porque esa no es la etapa procesal en que estoy, por el momento usted es el que está siendo responsable de lo señalado o el presunto responsable de lo señalado, lo hace la misma niña directamente, ella no ha denunciado que varias personas se introducen al lote ese y le hacen esas prácticas sexuales, simplemente ha dicho que usted con el nombre suyo y la niña, no está en capacidad psicológica porque vuelvo

y le digo, en edad física ha crecido como mujer con los 18 años que dicen que tiene, pero de acá se ha quedado estancada con una debilidad con una indefensión que es lo que la Ley en esta clase de delitos está castigando que aprovechan que esa persona mentalmente no está capacitada para saber lo que es una relación sexual, saber si eso que le están haciendo es bueno o es malo, de verdad ella quiere esa caricia porque no está en la edad de recibir caricias de una persona, si esa es la persona con la que ella quisiera estar, de pronto si es una persona más joven o una persona que lo atrajera físicamente, pero nada de eso tuvo ella la oportunidad de pensarlo, de razonarlo y de decidir voluntariamente a escoger quien iba a ser su pareja porque fue un acceso carnal o acto sexual que se hizo sin mediar su voluntad, la embolataron le ofrecieron \$5.000 pesos, que son \$5.000 pesos a hora misma ¿para qué alcanzan?, yo creo que ni para comprarse un collar siquiera, para que eso la motivara a entregarse sexualmente, a permitir que su cuerpo fuera tocado y que fuera accedida, ni siquiera se compara lo que se le ofreció para que ella accediera a la relación ¿Por qué? Porque ella no tiene capacidad de comprender que \$5.000 pesos no alcanza para nada que lo que estaba en últimas y perdóneme la expresión es vendiendo su cuerpo, porque le estaban dando una contraprestación mínima e irrisoria por dejarse tocar, porque ella no está comprendiendo que lo que está haciendo es malo, que ella es una persona que está enferma mentalmente disminuida en su capacidad para saber que eso no puede ser, que no debe recibir dinero, que no debe dejar tocar porque vuelvo y le digo ella está ubicada en que es una niña, no tuvo capacidad, estuvo en completa indefensión y terminó siendo la víctima, de que sea un peligro para la sociedad o la comunidad, pues yo considero que sí, porque si esa fue la conducta que usted voluntariamente desempeñó, sabiendo que si usted es Sinceano y la niña tiene cronológicamente 18 años ya usted tiene que saber por el barrio, por los vecinos, por la familia que esa niña tiene problemas mentales, entonces, sabía la condición física de ella y no obstante a eso, se acercó a ella y tuvo la relación sexual con ella, entonces puede ser un peligro para ella y porque no para las demás niñas que estén cerca a usted, siendo usted una persona mayor, una persona que no me han dicho que tenga problemas mentales, es usted una persona sana, mental y físicamente entonces sabe perfectamente lo que es acceder carnalmente a una persona, lo que es tener relaciones sexuales con una mujer menor que usted, si es una persona de su misma condición, de su misma capacidad mental y que tiene una relación con usted, ella es completamente adulta y sabe las consecuencias de esto, pero estamos hablando de una niña que mentalmente tiene 5 años, entonces me parece que sí es un peligro, y que no comparecerá al proceso, cabe la posibilidad de que no, porque usted andaba libremente por Síncé porque usted tenía la convicción de que el responsable era el tal señor ese Galé y que ya a usted nadie lo iba a molestar y que ese embarazo no era suyo, pero aquí no estamos investigando o reprochando el embarazo en sí, sino la relación sexual que tuvo con esa joven en la situación de indefensión especial que ella tenía psicológicamente, eso es lo que aquí se está atacando, entonces, considero que se dan todos los tres requisitos establecidos en el artículo 308 para considerar lo más prudente por el momento es mantenerlo en un centro carcelario y entonces se va a acceder a la medida de aseguramiento solicitada por la Fiscalía conforme al artículo 307, literal a) numeral 1º de imponer detención preventiva en

establecimiento de reclusión en la persona del señor EUSTORGIO LUIS ROMERO PALENCIA con cédula 92.089.288 de Sincé, por el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPCIDAD DE RESISTIR...”

Ante tal medida la defensa pidió que la orden se cumpliera en su lugar de residencia, empero la Juez expresó que de los elementos materiales probatorios que figuran en el expediente existen suficientes motivos, para la imposición de la medida de aseguramiento en establecimiento de reclusión sin beneficio de libertad provisional **y sin que dicha decisión hubiese sido apelada por el apoderado del imputado.**⁵⁵

Pues bien, del material probatorio arrojado al expediente se puede concluir que ante el juez de control de garantías se plantearon los siguientes hechos: en el mes de abril de 2009 la incapaz Sindy Paola Bohórquez Puentes fue presuntamente abusada por el señor Eustorgio Luis Romero Palencia, alias el Pancho.

Producto de los hechos ocurridos la señora Yenis Del Carmen Puentes Martínez presentó ante la Fiscalía denuncia penal el día 23 de junio de 2009⁵⁶, por la presunta violación de su hija,

El señor Eustorgio Luis Romero Palencia fue recluido en Centro Carcelario producto de una medida de aseguramiento dictada por la Juez de Control de Garantías el día 4 de agosto de 2012, en la que se le imputó los cargos de Acceso Carnal con Incapaz de Resistir Art. 210 C.P. Dicho proceso finalizó con la Absolución, por cuanto se dio aplicación del principio in dubio pro reo, debido a que para el Juzgado no se demostró la responsabilidad del acusado y existiendo dudas, ellas deben ser resultas a su favor debido a que las pruebas recepcionadas e incorporadas en el juicio no son suficientes para demostrar que el señor Eustorgio Romero Palencia haya accedido carnalmente a Sindy Bohórquez Puentes.

Al respecto, resulta oportuno precisar que el artículo 315 de la Ley 906 de 2004⁵⁷

⁵⁵ Lo cual se extrae de la Audiencia Concentrada- Resolución de medida de aseguramiento celebrada el día 4 de agosto de 2012, por la Juez 2 de Control de garantías de Corozaal – Sucre.

⁵⁶ Folios 78 a 82 del Cuaderno de Segunda Instancia.

⁵⁷ **ARTÍCULO 315. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.** <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando se proceda por delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley sea inferior a cuatro (4) años, satisfechos los requisitos del artículo 308, se podrá imponer una o varias de las medidas señaladas en el artículo 307 literal b), siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas.

establece que las medidas de aseguramiento⁵⁸ no privativas de la libertad proceden cuando la pena del delito sea menor a 4 años; por ello, en este punto es necesario detenerse a establecer la pena del delito de *Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir*, inicialmente fue fijada por la ley 599 de 2000 (Código Penal – CP-) de 4 a 8 años en su artículo 210, pero con la ley 1236 de 2008 (antes de la fecha de ocurrencia de los hechos) se aumentó de 8 a 16 para los actos sexuales y de 12 a 20 para el acceso en persona incapaz de resistir; la juez de control de garantías, ante la solicitud de la medida intramural, realizó lo que ella denominó un análisis objetivo y subjetivo y a pesar de sus divagaciones, se puede establecer que examinó los requisitos tanto del artículo 308⁵⁹ del Código de Procedimiento Penal (-CPP- en adelante) como del artículo 313⁶⁰ del mismo estatuto y consideró que el procesado era un peligro para la comunidad⁶¹ y para la propia víctima⁶² del presunto delito, incluso señaló la posibilidad de no comparecencia del imputado.

En criterio de este Tribunal, la medida de aseguramiento, en el caso bajo estudio, se encontraba justificada por la naturaleza del delito investigado y que en principio

⁵⁸ En ese orden de ideas debe entenderse que las decisiones CSJ SP del 24 de julio de 2017, radicado 49734 y CSJ SP del 9 de agosto de 2017, radicado 50861, donde se precisó que en los casos regidos por la ley 906 de 2004 las medidas de aseguramiento dejaban de tener efectos con el anuncio del sentido del fallo, y que de ahí en adelante la persona vinculada al proceso quedaba privada de su libertad para el cumplimiento de la pena, constituyen precedentes del órgano de cierre de la jurisdicción penal, proferidos en ejercicio de la labor de definición y unificación de la jurisprudencia que deben ser acatados, por los jueces, como se expuso en la misma sentencia C-037 de 1996 del 5 de febrero de 1996 de la Corte Constitucional

⁵⁹ **ARTÍCULO 308. REQUISITOS.** El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

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

⁶⁰ **ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.** Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

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

⁶¹ Texto de la ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1142 de 2007, vigente al momento de los hechos:

ARTÍCULO 310. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la punible. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

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

⁶² **Artículo 311. Peligro para la víctima.** Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes.

involucraba a un sujeto de especial protección constitucional y, siendo así, la restricción de la libertad surgía como una alternativa para garantizar no solamente la comparecencia del sindicado, sino para evitar tanto el peligro a la comunidad, como la continuidad del acto ilícito por el cual se le vinculó al proceso penal, ya que se estableció que el encartado era vecino de la presunta víctima del supuesto ilícito.

Por otra parte, las declaraciones rendidas en su momento por la supuesta víctima, por su madre y por una vecina, configuraron serios indicios de responsabilidad penal en contra del entonces investigado, y ello incidió en la imposición de la medida de aseguramiento, al margen de que, posteriormente, las pruebas sobrevinientes y la retractación de los testigos, configuraran motivos suficientes para que el juez de la causa lo absolviera, pues la duda lo favorecía.

Entonces, en consideración a las circunstancias propias del caso, en el cual se configuraron serios indicios que permitían endilgar responsabilidad penal al señor Romero Palencia, al momento de proferir la decisión sobre la medida de aseguramiento, habida consideración que se reunían los presupuestos establecidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 para proferir no solo la medida de aseguramiento sino la procedencia de la detención preventiva, no puede concluirse que la carga impuesta al hoy demandante fue injusta o desproporcionada, teniendo en cuenta los derechos fundamentales en conflicto.

Siguiendo el hilo argumental, es necesario resaltar que son diferentes los requisitos que la norma exige para la imposición de la medida de aseguramiento, de la calificación de mérito del sumario a través de la resolución de acusación y otros – bien distintos- los necesarios para condenar; pues para el último escenario, se requiere ausencia de duda y para el primero; es decir, la medida de detención preventiva; pues aquella no está condicionada a la existencia de una prueba irrefutable de la responsabilidad penal de la persona, sino a que medie escrito de la autoridad judicial competente (tal como sucede en este caso), con las formalidades legales y por un motivo previamente definido en la Ley (como la existencia de indicios serios en su contra), requisitos sin los cuales la detención se tornaría injusta.

De conformidad con lo expuesto y de acuerdo al material probatorio ya detallado, se concluye que las decisiones del Juez de Control de Garantías, fueron adoptadas con base en los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, pues la

Fiscalía General, en torno a sus funciones constitucionales y legales, adujo elementos materiales probatorios que gozaban de credibilidad y de virtualidad para la legalización de la captura, imputar cargos e imponer medidas de aseguramiento, ya que se podía inferir razonablemente que el demandante estaba implicado en los hechos objeto de investigación.

Así pues, no se advirtió una conducta negligente ni descuidada, constitutiva de falla en el servicio, de ahí que no fuera posible endilgar responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación bajo un régimen de responsabilidad subjetivo; lo anterior, no obsta para que el asunto sea analizado desde la óptica de la causación de un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Carta Política⁶³, bajo la óptica de un régimen objetivo, con las precisiones de la sentencia de unificación ya reseñada y por ello, esta colegiatura entrará a determinar si se configuró o no una causa extraña.

3.2.4.3. EL HECHO DE UN TERCERO EN CASOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD ⁶⁴ : El Consejo de Estado ha sostenido al respecto lo siguiente:

Esta Subsección, al analizar el hecho de un tercero en casos de privación injusta de la libertad, en términos generales, ha señalado que esa causa extraña debe ser exclusiva y determinante en la producción del daño y de tal magnitud que resulte imprevisible e irresistible para la Administración⁶⁵.

⁶³ A cuyo tenor: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

⁶⁴ Con relación al hecho de un tercero, en los procesos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, este Tribunal seguirá las siguientes sentencias que tienen situaciones fácticas similares a las aquí estudiadas, ya que en dichos expedientes se presentaron retractaciones.

- ❖ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de agosto de 2018. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Actor: Jairo de Jesús Ospina Úsuga y otros. Radicación número: 23001-23-31-000-2011-00542-01(54561)
- ❖ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de agosto de 2018. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Actor: Carlos Alberto Pacheco Ortiz y otros. Radicación número: 47001-23-31-000-2010-00518-01(52210)

⁶⁵ “En ese mismo sentido, en cuanto al hecho de un tercero igualmente alegado como causal de exoneración de responsabilidad (...) la Subsección advierte que la constitución de esta causal exige que la actuación alegada como tal sea exclusiva y determinante en la producción del daño y que además resulte imprevisible e irresistible para la Administración, para cuyo propósito debe acreditarse que el tercero participó de forma preponderante y exclusiva en la realización del injusto. Así, de probarse cada uno de estos elementos, deberá absolverse al demandado e imputarse el daño al tercero. Así las cosas, se tiene que en el presente asunto no es posible predicar la existencia del hecho de un tercero puesto que en el sub examine resulta fuera de toda duda que fue la Fiscalía General de la Nación la que a través de sus decisiones determinó la privación de la libertad al ahora demandante la cual finalmente devino en injusta; en esa medida la demandada Fiscalía General de la Nación era la única responsable de producir el daño, razón por la cual las consecuencias de ello sólo le son imputables

Concretamente, cuando dicho eximente se ha alegado con base en que las acusaciones o las incriminaciones realizadas por un tercero fueron las que, efectivamente, condujeron a la restricción de la libertad; esta Subsección así se ha referido:

“Por otra parte, en cuanto al hecho de un tercero, debe señalarse que las acusaciones formuladas por las víctimas o los terceros en el trámite de una investigación penal no pueden considerarse como eximentes de responsabilidad en eventos como el analizado, toda vez que carecen de los elementos requeridos para el particular, tales como, entre otros, los de ser una causa directa y extraña de daño (...) Pese a que las decisiones por medio de las cuales se restringió la libertad del señor José Alberto Montero Quintero tuvieron como fundamento, entre otros, las acusaciones del señor Ugalbis Enrique Villazón Quintero, no es posible asumir que la detención tiene como causa el hecho de un tercero, toda vez que fue la Fiscalía General de la Nación la que decidió mantenerlo privado para efectos de indagatoria y le impuso medida de aseguramiento, por manera que es esta la que debe asumir las consecuencias generadas por la valoración de las pruebas obrantes en la investigación, sin que resulte relevante, como antes se precisó, por tratarse de un caso de responsabilidad objetiva, la razonabilidad de las determinaciones que adoptó”⁶⁶ (se destaca).

En muchos casos se ha adoptado ese criterio⁶⁷, según el cual difícilmente podría configurarse el hecho de un tercero en casos de privación injusta de la libertad, toda vez que las incriminaciones o acusaciones no son

a ella. A lo anterior se debe añadir que si bien fue con ocasión de la denuncia y del reconocimiento en fila de presos y fotográfico que realizaron las mismas denunciantes que se vinculó al ahora demandante a la investigación penal, lo cierto es que la Fiscalía General de la Nación fue la que en el marco de sus competencias adelantó toda la investigación penal y fue ella a través de sus decisiones la que ocasionó el daño al señor Oscar Andrés Sepúlveda Pulido, razón por la cual dicho argumento no está llamado a prosperar (...). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente 35.091, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de marzo de 2017, expediente 45.460.

⁶⁷ Ver, en ese mismo sentido, la sentencia del 14 de julio de 2017, expediente 42.555, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.

determinantes en la producción del daño, esto es, en la restricción de la libertad que padece la víctima, porque finalmente es a la autoridad judicial (Fiscalía General de la Nación –Ley 600 de 2000- o a la Rama Judicial -Ley 906 de 2004-) a la que le corresponde adoptar una decisión de tal naturaleza, actuación que sí resulta relevante.

Lo anterior en modo alguno significa que el eximente de responsabilidad del hecho de un tercero haya sido proscrito en materia de privación injusta de la libertad, pues, en cada caso, dependiendo de sus particularidades, puede configurarse cuando su fundamento sean las incriminaciones o las acusaciones realizadas por un tercero, independientemente de que la autoridad judicial sea -en últimas- la que imponga la medida restrictiva de la libertad.

En otro caso, por ejemplo, esta Subsección advirtió que si bien hubo incriminaciones en contra del sindicado, lo cierto es que fueron las actuaciones de la autoridad judicial las que resultaron determinantes en la privación de la libertad. Lo importante de este asunto radicó en que el eximente de la responsabilidad del hecho de un tercero se descartó con fundamento en que no hubo un señalamiento directo o concreto en contra de la persona que padeció la restricción de la libertad:

*“Para la Sala, la actuación que adelantó la Fiscalía General de Nación constituyó el factor único y determinante para que la privación de la libertad de la cual fue objeto el señor JOSÉ VICENTE ACOSTA resultara injusta, **por cuanto soportó la tesis incriminatoria en una declaración en la cual no hubo un señalamiento directo del sindicado como determinante de la conducta punible que se investigaba**; por ello y ante la ausencia de pruebas que comprometieran la responsabilidad penal del procesado, el juez penal profirió sentencia absolutoria”⁶⁸ (se destaca).*

En ese sentido, vale la pena reiterar que cuando se estudia el eximente de responsabilidad del hecho de un tercero en eventos de privación injusta de la libertad, ya sea por denuncias, por incriminaciones o por acusaciones realizadas por un tercero, no puede sostenerse, de manera categórica, que no es posible su configuración, pues en cada caso concreto y particular deberán

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de octubre de 2017, expediente 42.506, Magistrado Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

analizarse aspectos como: la magnitud del señalamiento (si es directo, contundente y preciso), así como el contexto en que se hizo, el grado de incidencia en la decisión que impuso la medida de aseguramiento, es decir, si la denuncia o la información suministrada por el tercero fue completamente determinante para proferir la decisión que restringió la libertad del procesado, entre otros aspectos.

La Sala no desconoce que a la autoridad judicial, bien sea la Fiscalía o la Rama Judicial, es a la que le corresponde adoptar la decisión de restringir el derecho a la libertad, con fundamento en la cual, en diversos asuntos, se ha desestimado la mencionada causa extraña, en tanto las denuncias o las incriminaciones realizadas en contra de alguien no se erige en la causa directa de la privación de la libertad, sino que, precisamente, se ha dicho que el factor determinante son las decisiones adoptadas por la autoridad judicial, el análisis y la argumentación en ellas plasmadas.

Sin embargo, no es posible aceptar ese argumento en todos los casos, pues ello naturalmente tornaría inocua la causa extraña en estos, de modo que, en cada uno, podrá concluirse que los señalamientos hechos por el tercero fueron de tal entidad que a la autoridad judicial no le era exigible algo diferente que la imposición de la respectiva medida restrictiva de la libertad.

En el *sub lite*, considera este Tribunal que la privación de la libertad del aquí demandante fue consecuencia directa del hecho de un tercero, tal como pasa a explicarse:

En la audiencia del juicio oral realizada el 29 de julio de 2013 el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé – Sucre con funciones de conocimiento a las 10:17 de la mañana en el proceso seguido contra el señor Eustorgio Luis Romero, por el delito de Acceso Carnal Violento con incapaz de resistir Agravado, en dicha audiencia se recibieron los testimonios de Yenny del Carmen Puentes, madre de la presunta víctima Sindy Paola, de la señora Victoria Martínez y de la joven Sindy Paola Bohórquez.

✓ La señora Yennis del Carmen Puentes Martínez en su declaración expresó:

“PREGUNTADO: *usted noche al señor Eustorgio Luis Palencia?*

CONTESTO: *Si yo lo conozco desde hace mucho tiempo, como amigo.*

PREGUNTADO: *Usted conoce a Eustorgio como Pancho, a él le dicen*

Pancho? CONTESTO: Si, a él le dicen Pancho. PREGUNTADO: Pancho era vecino de usted? CONTESTO: Si somos vecinos. PREGUNTADO: A cuantas casas queda la casa suya de donde vivía Pancho antes de que fuera capturado? CONTESTÓ: A dos casas. PREGUNTADO: Era una persona de confianza de su casa? CONTESTO: O sea somos amigos desde hace años, PREGUNTADO: Había confianza entre ustedes? CONTESTO: Confianza así no. PREGUNTADO: Iba a su casa? CONTESTÓ: A mi casa no, el pasaba y saludaba. PREGUNTADO: Conocía su casa, sabía dónde vivía usted?. CONTESTO: Si claro. PREGUNTADO: Usted conoce a la señora Victoria Martínez Hernández? CONTESTO: Si la conozco PREGUNTADO: Porque la conoce. CONTESTO: La conozco porque ella es vecina de la casa de pancho, y vive diagonal a mi casa, y nosotros nos saludamos todos somos amigos. PREGUNTADO: A usted victoria le contó algo de algún problema existente entre Sindy y Pancho? CONTESTO: En el 2009 mi hija se enfermó con vómito y no comía, todo lo que comía lo vomitaba y yo vine y la llevé al médico y me salió embarazada, entonces yo le pregunté que de quien estaba embarazada y ella me dijo que de Pancho, después yo fui y le coloqué una demanda a Pancho, pero ella después vino y me nombró como 10 y me nombró bastantes, después yo no fui más. PREGUNTADO: Señora Yenny ella le nombró como a 10 personas con las que había tenido relaciones sexuales. CONTESTO: O sea, después de él al día siguiente si veía a los moto taxistas conmigo, varios amigos me decía me entiende a los dos días después, y entonces, pero a la primera persona que me nombró fue a Pancho porque ella vive enamorada de Pancho, uff enamoradísima, ella no lo conoce como Eustorgio, no le sabe el nombre como Eustorgio, sino como Pancho. PREGUNTADO: Usted me dice que fue a denunciar? CONTESTO: Si yo fui porque me llené de rabia de odio, usted sabe uno como madre hace eso. PREGUNTADO: Usted recuerda que fue lo que exactamente denunció? CONTESTÓ: Eso. PREGUNTADO: Usted dijo que sabía leer cierto, y sabe firmar su nombre. CONTESTO: Se leer un poquito, si claro si se firmar mi nombre. La fiscal en ese momento pide permiso a la Juez a efecto de ponerle de presente a la testigo el documento contentivo de la denuncia, previo traslado a la defensa. PREGUNTADO: Señora Yenny, usted a los cuantos días denunció el caso? CONTESTO: Yo denuncié el caso o sea hoy me lo dijo la niña y al día siguiente yo lo denuncié. Acto seguido la fiscal pone a la testigo a que lea parte de la denuncia y luego de leer le PREGUNTO: Señora Yenny en texto de la denuncia usted dice que Sindy le contó a la señora Victoria Martínez que su amiga cierto? CONTESTO: Ella le contó, o sea nos contó a las dos, porque las dos estábamos en la casa, pero eso es falso eso no es así. PREGUNTADO: Después que usted denuncia a Pancho habló usted con la familia de Pancho?. CONTESTO: O sea hablé con ellos que disculparan que ella había nombrado a varios, que lo nombró a él primero porque ella está enamorada de él, pero que ella me había nombrado a muchos, varios y yo no fui más a la Fiscalía dejé eso así porque yo pensé que eso no iba a seguir,

nosotros aclaramos las cosas. **PREGUNTADO:** Ustedes aclararon las cosas si había sido otra persona, **CONTESTO:** O sea que no se sabe quién fue de tantos que nombra, pero al primero que nombra fue a Pancho porque ella está enamorada de él, aún sigue enamorada de él. **PREGUNTADO:** Usted aclaró finalmente que el señor Eustorgio no es el papá del bebe verdad? **CONTESTO:** Él no es el papá del bebe. **PREGUNTADO:** Señora Yenny después que al señor Pancho lo capturaron la familia fue hasta su casa? **CONTESTO:** O sea, ellos fueron y yo les dije que vamos a esperar, porque la verdad es que él no es culpable de eso, no la había tocado para nada. **PREGUNTADO:** Y ellos le ofrecieron algo? **CONTESTO:** Nunca jamás en su vida. **PREGUNTADO:** Y Sindy ahora que estaba el señor Eustorgio detenido, Sindy iba a visitar a la hermana?. **CONTESTO:** No, ella nunca ha ido a esa casa, eso es falso. **PREGUNTADO:** Señora Yenny usted acompañó a Sindy al médico cuando le hicieron el examen de medicina legal? **CONTESTO:** Si la acompañé donde el doctor Tirado. **PREGUNTADO:** El doctor Tirado le preguntó que qué había pasado cierto? **CONTESTO:** O sea yo la llevó a medicina legal y él la examina y me dice niña Yenny esto es muy viejo, eso fue todo. **PREGUNTADO:** Señora Yenny, le iba a preguntar otra cosa, Sindy le cuenta hoy verdad, mañana usted va a colocar la denuncia cierto. **CONTESTO:** Exacto me llené de rabia, de ira, de odio de todo, me quise volver loca. **PREGUNTADO:** Y a los cuantos días le hicieron el examen a Sindy después que usted supo? **CONTESTO:** Como a los sería como a los tres días perfecto. **PREGUNTADO:** Y usted cuando dijo el doctor Saúl Tirado, señora Yenny que fue lo que pasó, en el dictamen dice usted le dijo al médico que un vecino le hizo el amor a mi hija que tiene retardo mental, eso es cierto?. **CONTESTO:** Que yo le dije al doctor? No, yo le dije no sé quién le hizo el amor pero ella me nombra a uno, yo le dije, ella dice que el vecino. **PREGUNTADO:** Dejémosle algo claro a la señora Juez, Sindy le cuenta hoy cierto, mañana denuncia y a los dos días le hacen el examen cierto? Y usted sigue manteniendo la misma teoría que un vecino le hizo el amor a Sindy, pero usted nos acaba de decir que al día siguiente ya Sindy mentaba a 10 personas, usted porque no aclaró eso desde el principio?. **CONTESTO:** No, yo se lo dije a un doctor allá en la Fiscalía que me citó. **PREGUNTO:** No no no, estamos hablando del doctor Saúl, mira lo que usted no dijo, que hoy Sindy le contó, al día siguiente denunció y al día siguiente de ese día que denunció ya Sindy le decía que habían 10 personas más cierto, pero a los dos días después de que Sindy le mencionó usted todavía sostenía que era el vecino Porque? **CONTESTO:** No porque ella me dijo, o sea primero se le hizo el examen, y después me decía que era julano (sic) me nombró un poco oyó hasta los moto taxista que me llevaban a mi casa. **PREGUNTADO:** Señor Yenny quien conforma su familia, o sea con quien vive usted? **CONTESTO:** Vivo con mis dos hijas, mis dos nietas y un sobrino que vive al lado de mi casa. **PREGUNTADO:** Y el papá de Sindy? **CONTESTO:** Somos separados. **PREGUNTADO:** Que hace usted?

CONTESTO: Vendo Loteria, soy ama de casa. **PREGUNTADO:** Quien cuida a Sindy. **CONTESTO:** Sindy en la mañana se queda durmiendo y a medio día regresa mi hija y se queda ahí con unos sobrinos y una hermana que está al lado. **PREGUNTADO:** Usted la deja toda la mañana durmiendo? **CONTESTO:** Si porque ella toma medicina. **PREGUNTADO:** La deja solícita? **CONTESTO:** no porque ahí al lado esta una hermana que la vigila. **PREGUNTADO:** Para la fecha de los hechos quien cuidaba a Sindy? **CONTESTO:** La hermana mayor. **PREGUNTADO:** Sindy es agresiva?. **CONTESTO:** Si, se pone bastante agresiva. **PREGUNTADO:** Que hace cuando está agresiva? **CONTESTO:** Ella tira las cosas, o sea cuando quiere bastante comida, cuando quiere plata, cuando ella quiere un juguete, cualquier cosa, ella tira las cosas porque uno no se las compra. **PREGUNTADO:** Sindy toma medicamentos? **CONTESTO:** Si, toma medicamentos. **PREGUNTADO:** Cual es la rutina de Sindy diaria, duerme toda la mañana? **CONTESTO:** Duerme toda la mañana, ya por la tarde no duerme se va para el centro donde estamos nosotros pero a veces no todas las veces. Seguidamente se le concedió el uso de la palabra a la defensa para que contrainterrogara a la testigo. LA Defensa interroga a la testigo de la siguiente manera: **PREGUNTADO:** Señora Yennys usted conoce al señor Eustorgio Romero **CONTESTO:** Si, yo lo conozco. **PREGUNTADO:** Usted reconoce al señor Eustorgio Romero como la persona que abuso de su hija? **CONTESTO:** No señor, **PREGUNTADO:** Que persona reconoce usted como el presunto violador de su hija. **CONTESTO:** Bueno hace unos pocos días ella estuvo contándome de un muchacho que vive cerca de la casa, o sea que le había hecho el amor, pero dijo otras cosas más, pero a él lo mataron porque era un pelao malo, lo mataron por allá por Cúcuta y no supe la verdad. **PREGUNTADO:** porqué razón si usted aclaró las cosas con el señor Eustorgio Romero para la fecha de los hechos, porque razón usted no puso de presente a la Fiscalía que el señor Eustorgio Romero no había sido el presunto abusador de su hija? **CONTESTO:** Porque yo eso lo deje ahí, como si no existieran esos papeles muertos ahí, como prima vez que había ido a eso, yo no pensé que, eso lo que hay es un mal entendido. No más preguntas. Retoma la palabra la fiscalía y pregunta: El defensor acaba de preguntarle a la señora Yennys que ya había aclarado todo con el señor Eustorgio, cierto? Y usted dijo que sí? **CONTESTO:** Exacto, **PREGUNTADO:** O sea que usted aclaró todo directamente con el señor Eustorgio? **CONTESTO:** O sea con él no, sino con la familia de él, con las hermanas **PREGUNTADO:** Y no le dieron nada? **CONTESTO:** No, no me dieron nada como así? **CONTESTO LA FISCAL:** No se. **CONTESTO LA TESTIGO:** No nada, no me dieron nada, como usted me dice así. Toma la palabra la Juez e interroga el testigo: **PREGUNTADO:** Para aclarar señora Yenny, usted en pregunta de la señora Fiscal manifestó que a usted le consta que Eustorgio nunca había tocado a su hija. Porque es enfática usted en

manifestar eso por qué? **CONTESTO:** Porque yo nunca he visto nada, ni tengo pruebas, ni él ha hecho eso”.

✓ Testimonio de la señora Victoria Isabel Martínez Hernández:

“PREGUNTADO: En qué barrio dijo que vivía? **CONTESTO:** En el barrio San Juan. **PREGUNTADO:** Para el año 2009 en el mes de julio, usted vivía en ese mismo barrio?. **CONTESTO:** Si doctora, **PREGUNTADO:** Usted conoce a la señora Yennys del Carmen Puentes Martínez? **CONTESTO:** Si doctora. **PREGUNTADO:** Por qué la conocer? **CONTESTO:** Bueno doctora yo la conozco porque vivimos en el mismo barrio. **PREGUNTADO:** Son amigas? **CONTESTO:** Aja del mismo barrio, somos conocidas. **PREGUNTADO:** Ustedes hablan? **CONTESTO:** Si adiós y cualquiera cosa, ella vende minutos, yo voy le compro minutos y así. **PREGUNTADO:** Usted conoce a Sindy Paola Bohórquez Puentes? **CONTESTO:** Doctora yo la conozco ella vive en el mismo barrio. **PREGUNTADO:** También le dice adiós y ya? **CONTESTO:** Bueno doctora la verdad es que con decir la verdad no cuesta, ella dice adiós y adiós. **PREGUNTADO:** Sindy es su vecina cierto? **CONTESTO:** Si doctora. **PREGUNTADO:** Usted conoce al señor Eustorgio Luis Romero Palencia? **CONTESTO:** Si lo conozco doctora. **PREGUNTADO:** Es vecino? **CONTESTO:** La familia de él vive en frente de mi casa. **PREGUNTADO:** Usted hablaba con Eustorgio? O también era adiós adiós? **CONTESTO:** Bueno doctora la verdad es que vecinos y usted sabe. **PREGUNTADO:** Hace cuanto vive usted en esa casa señora Victoria? **CONTESTO:** Tengo como el total de 7 años de estar viviendo, o sea yo la casa donde yo vivo es de ahí, pero yo soy nacida en el barrio. **PREGUNTADO:** Usted tiene 7 años de estar viviendo ahí en San Juan? **CONTESTO:** Si señora. **PREGUNTADO:** Y hace cuanto conoce a Sindy? **CONTESTO:** Bueno tengo ya rato de conocerla, bastantes años como siete. **PREGUNTADO:** A la mamá de Sindy también tiene 7 años de conocerla? Y al señor Eustorgio también? **CONTESTO:** Sí doctora. **PREGUNTADO:** Usted conoce a Eustorgio como Pancho? **CONTESTO:** Si doctora. **PREGUNTADO:** Sindy le tiene confianza a usted? **CONTESTO:** Bueno doctora ya que estamos aclarando esto, yo voy a decir la realidad descansa mi alma y yo quiero decir la verdad sucesivamente cuando yo estaba en mi casa, un día yo estaba en mi casa y la señora Yennys llegó y me dijo que fuera a la casa de ella y yo fui a la casa de ella, Sindy estaba vomitando eran las 2 de la tarde y yo le dije ay Sindy que tiene, y ella me dijo esta vomitando y yo le pregunte porque estaba vomitando y ella me dijo que estaba embarazada y ella me dijo, yo quisiera que tú me hicieras un favor que le preguntas de quien era el hijo, el niño que ella cargaba en la barriga, yo le pregunte a Sindy y ella me respondió que era del señor Eustorgio Luis, luego me dijo uno, me dijo otro y así, sucesivamente doctora, soy bruta en realidad y me fui para mi casa y aquello pasó. **PREGUNTADO:** Después usted fue a rendir una entrevista a la Fiscalía?. **CONTESTO:** Doctora yo

fui a fiscalía y dije lo que me había dicho la mamá de Sindy, que Sindy estaba embarazada, pero la mamá de Sindy lo que buscaba era de quien era el embarazo de Sindy. Seguidamente la fiscal le pide a la testigo a leer la entrevista que rindió ante la fiscalía, (...) **PREGUNTADO:** Señora Victoria porqué en esta entrevista con esos pocos renglones que leyó usted manifiesta que Sindy le dijo que entraba por el patio el señor Eustorgio y que tenía relaciones con ella y le daba dinero porqué si Sindy le hizo esa confesión, usted acaba de anotar que le dijo que tenía 1,2,3,4,5 6, 10 personas porqué usted no dejó claro en esa entrevista? **CONTESTO:** Doctora ustedes me van a disculpar y voy a decir la verdad, la clase de gente que soy, soy bruta no analizo las palabras que voy a decir, no pienso en lo que viene hacia atrás, yo pensé que la mamá no iba a ser una cosa de esta y ella solamente me dijo que buscaba la paternidad de la niña de quien estaba embarazada, ante esto pido disculpa al acusado porque cometí un error y ese error yo estoy para remediarlo a hora doctora. **PREGUNTADO:** A qué hora trabaja usted? **CONTESTO:** Doctora yo estoy trabajando de 6:30 de la mañana hasta las 4:00 de la tarde, ese día cuando la joven asistió a donde mí, el señor no estaba trabajando aquí y entonces yo me vine un poco más temprano, él ahora mismo está trabajando en Corozal. **PREGUNTADO:** Y el día de la entrevista el señor tampoco estaba en la casa, porque la entrevista tiene hora de 2:30 de la tarde. **CONTESTO:** Si de 2:00 de la tarde, no fue un chisme ni fue na, pero doctora le voy a decir la verdad, la mamá en ese caso me pidió como a las 2:30 de la tarde que fuera a la fiscalía, yo me encontré con ella como a la 1:00 de la tarde pues yo me imaginaba que si ella me dijo que fuera y declarara eso que ella lo que buscaba lo del embarazo de la niña yo me robe los minutos para ir y declarar una cosa que yo no he visto, no soy testigo **PREGUNTADO:** o sea que usted salió rapidito de su casa, fue rindió la entrevista y se devolvió, o sea fue rapidito fue dijo lo que le dijo Sindy y listo. **CONTESTO:** Si doctora, lo que me dijo la mamá de Sindy, **PREGUNTADO:** Pero es que usted dice que Sindy le dijo y usted acaba de afirmar habló con Sindy y Sindy fue la que le dijo? **CONTESTO:** No, me dijo la mamá de ella porque yo me encontré a la mamá de ella, y ella fue la que me dijo que asistiera y diera esa información. Yo fui a la fiscalía y dije **PREGUNTADO:** Usted fue a la fiscalía a decir lo que Sindy le contó el día que usted llegó temprano a las 2:00 de la tarde, si fue así? **CONTESTO:** es cierto. Seguidamente contrainterroga la defensa. **PREGUNTADO:** Señora Victoria cométele al despacho qué palabras le dijo a usted Sindy referente a los hechos y aclárele al despacho qué palabra le dijo a usted la señora Yennys madre de la víctima con respecto a los hechos. **CONTESTO:** Sindy me dijo, O sea estábamos en la Sala con la mamá y otra hermana y ella llegó de que estaba embarazada y la mamá, Sindy me dijo que ella estaba embarazada y yo le pregunté de quien, de Eustorgio Luis, bueno de Pancho como lo llamaban, me dijo no, yo no estoy embarazada ni de pancho y entonces comenzó a nombrar otros más que no la estoy desacreditando,

pero comenzó a nombrar otras personas más, en ese caso yo me vi como que un poquito.., la mamá me dijo que ella lo que quería como vuelvo y lo repito, era la paternidad de quien ella estaba embarazada eso fue todo. **PREGUNTADO:** Señora Victoria, usted en su declaración manifiesta de que el señor Eustorgio ingresaba a la casa de Sindy por un portillo, que entraba por detrás de la casa. La fiscal objeta la pregunta porque en ningún momento de la declaración la señora victoria manifestó que entraba por un portillo o por detrás de la casa. La juez declara fundada la objeción. “

✓ Testimonio del señor SAÚL GREGORIO TIRADO MERCADO

“(…) **PREGUNTADO:** Doctor Saúl Tirado para el año 2009 usted laboraba en Sincé? **CONTESTO:** Si doctora. **PREGUNTADO:** Recuerda cuantos caso ha tenido en este circuito desde que estaba laborando, hasta que usted dejó de laborar con el circuito. **PREGUNTO:** En cuanto de lesiones o en general? **CONTESTO LA FISCAL:** Delitos sexuales **CONTESTO:** Alrededor de 50 para ese año. **PREGUNTADO:** De todos los dictámenes usted deja un registro? **CONTESTO:** Sí doctora. **PREGUNTADO:** Siempre se firma el consentimiento de la víctima o su representante legal para poder proceder a hacer el examen? **CONTESTO:** Si doctora. **PREGUNTADO:** Usted sabe porque está aquí? **CONTESTO:** Si, como testigo en un juicio oral. **PREGUNTADO:** usted recuerda el caso específicamente? **CONTESTO:** Si me lo pone de presente. (..) **PREGUNTADO:** Doctor Saúl le pongo de presente el documento elemento material probatorio de la fiscalía ha marcado como evidencia número 1 doctor Saúl nos puede decir que es ese documento? **CONTESTO:** Es un informe médico legal sexológico, realizado en ciencia del 24 de junio del 2009. **PREGUNTADO:** usted no realizó? **CONTESTO:** Si doctora, **PREGUNTADO:** Porque lo reconoce? **CONTESTO:** Es mi firma y mi nombre al pie de la página. **PREGUNTADO:** Con su venia doctora, le pido al doctor Saúl que nos lea el dictamen por favor. **PREGUNTÓ:** Completo doctora. **CONTESTO:** Completo doctor. **PREGUNTADO:** desde la fecha por favor. **CONTESTO:** El testigo comienza a leer el informe de la siguiente manera: Informe Técnico Médico Legal sexológico radicación interna 2009 SEP 03 /04 /02 /00 /130 ciudad y fecha Sincé 24 de junio del 200,9 oficio de remisión sin número de 23 de junio el 2009, referencia noticia criminal 70/-742 -600 -1041- 2009 -880 autoridad solicitante Ramón Espinosa Benavides C.T.I. Sincé Sincelejo recepción de tramitación C.T.I. Sincé Fiscalía General de la Nación. Asunto primer reconocimiento médico legal nombre paciente Sindy Paola Bohórquez Puentes edad 18 años, identificación tarjeta identidad No. 91.040.819.415 de Sincé –Sucre,

*examinada hoy 24 de junio del 2009 a las 8:38 horas en primer reconocimiento médico legal sexológico forense. Anamnesis refiere: “La madre de la evaluada que hace dos meses, un vecino ingreso a su casa y le hizo el amor a su hija la cual parece retardo mental”. Revisión de documentos trae historia clínica de la Clínica Santa Isabel de Sincelejo-Sucre fecha 17 de noviembre del 2005 a nombre de la evaluada que en su parte pertinente se lee:” Motivo de consulta psiquiatría consulta externa 1) retardo mental 2) trastornos psicóticos asociados firma Leopoldo Domínguez”. Examen de gravindex en sangre de fundación Crecer de Sincé – Sucre, de fecha 11 de junio del 2009 a nombre de la evaluada que se lee: “Resultado positivo firma ilegible antecedentes ginecológicos menarquia los 13 años ciclos 28 * 4 irregulares fecha de la última menstruación 10 de marzo de 2009, gravedad 1 parto cero a cero vivo 0 actividad sexual negativa planificación negativa. Determinación de edad clínica datos antropométricos 65.5 kg, talla 155, características sexuales secundarias, genitales externos femeninos, desarrollo mamario fase de madurez con proyección de solo la papila debido a recepción de la de la areola sólo hasta el contorno general de la mamá, desarrollo de vello púbico rasurado, desarrollo de vello axilar rasurado, características odontológicas dentadura permanente incompleta, último diente erosionado, segundo molar inferior izquierdo permanente, en fase completa. Al examen presenta una edad clínica aproximadamente de 18 años, lesiones, no existen huellas externas de lesiones reciente que permitan fundamentar incapacidad médico legal. Examen genital. Presenta: vagina normo configurada, clitoris normal, meato urinario normal, labios mayores y menores normales, himen anular desgarrado en el horario de las 3 y 09 según los cuadrantes de reloj, con más 10 más de 10 días de antigüedad, flujo amarillo no fétido, horquilla vaginal leve eritema, himen anular desgarrado, bordes y caracterizado lo cual indica desfloración antigua, todo normal, forma anal normal, signo de embarazo. trae gravindex de fecha 11/ 06 /2009 cuyo resultado es positivo, examen físico presenta aéreo la hiperpigmentada presenta red venosa mamaria, no presenta corpúsculo de Montgomery, presenta crecimiento mamario, no presenta galactorrea, no presenta pigmentación de la línea alba, presenta mucosa vestíbulo vaginal violácea y congestiva, no presenta reblandecimiento del cérvix, fetocardia negativo a la auscultación, no presenta movimientos fetales, no presenta partes fetales palpable, sopló placentario negativo valor de ofertar negativo, no hay signo clínico de contaminación venérea al momento del examen. Conclusión: 1) Hubo al menos una penetración*

vaginal antigua, hace más de 10 días lo cual es consciente es consistente con la época de la versión de la examinada y la madre, 2) debido a que ya no hay lugar a toma de muestra biológica, la información fue sobre la identidad de la persona con la cual se dio el este evento, así como a las circunstancias se puede obtener del análisis de la versión de la evaluada y familiar. Muestra para laboratorio no se toma muestra para buscar espermatozoides por el tiempo transcurrido, dos meses se sugiere valoración por psiquiatría forense, nota se ordena examen de frotis vaginal, parcial de orina, serologías y ecografía obstétrica. Una vez nos sean allegados los resultados se le se los enviaremos oportunamente. En la parte posterior la orden de los exámenes solicitados **PREGUNTADO:** Bien doctor Saúl como médico, nos puede ilustrar usted, qué es un retardo mental? **CONTESTO:** El retardo mental es la disminución de la característica cognitiva y cognoscitiva de una persona la cual le pueda alterar el pensamiento, la memoria, el afecto y todo lo que neurológicamente esta puede realizar una persona, este trastorno mental puede ser de origen congénito o sea que nace con ella, o producirse al momento del parto, **PREGUNTADO:** El retardo mental, una persona con retardo mental en una persona considera incapaz? **CONTESTO:** Neurológicamente sí. **PREGUNTADO:** qué es trastorno psicótico asociado? **CONTESTO:** Los trastornos psicóticos asociados se deben a la integración de retardo mental en un momento dado el cual no se puede precisar, por este retardo mental la persona puede realizar eventos de gritos, lágrimas, sicótico desde el punto de vista agresivo , es la agresividad que se presenta en algunos no en todos los que tienen un retardo mental. **PREGUNTADO:** Doctor en el dictamen usted tiene como relato de la madre de víctima, perdón manifiesta la madre de la víctima que hace dos meses un vecino la accedió? por favor específicamente que fue le dijo la madre. **CONTESTO:** La anamnesis qué es lo que refiere la persona o en este caso la madre refiere “ la madre de la evaluada que hace dos meses un vecino ingreso a su casa y le hizo el amor a su hija la cual parece de retardo mental” **PREGUNTADO:** En las conclusiones no se evidencia ninguna lesión, esa es una probable la razón por la cual no hay lesiones cierto que no fue no hubo violencia? **CONTESTO:** Aquí esta, en lo que dice huella de lesiones dice no existen huellas de selección reciente que permita fundamentar una incapacidad, pero al momento de realizar el examen que fueron 2 meses posterior. **PREGUNTADO:** Qué significa desgarró en el horario de las 3 y las 9 según los cuadrantes de reloj con más de 10 días de antigüedad? **CONTESTO:** Bueno nosotros desde el punto de vista médico

*y forense se toma la mucosa vaginal a nivel del himen sana muy, muy rápidamente cuando se dice hay un desgarró de más de 10 días de antigüedad es que puede ser del día 11 hasta cualquier tiempo no determinado que ocurrió ese desgarró, el desgarró es que en esos horarios de las 3 y las 9 el himen estaba desgarrado. **PREGUNTADO:** Doctor cuando se produce flujo amarillento en las mujeres? **CONTESTO:** Por varios motivos por infección vaginal, por embarazo, cambios hormonales, por una serie de factores múltiples. **PREGUNTADO:** Que es un eritema? **CONTESTO:** Es un enrojecimiento de la piel. **PREGUNTADO:** Porque se produce un eritema? **CONTESTO:** Por varios factores, por una infección vaginal puede producirse un eritema, **PREGUNTADO:** O sea que podemos asociar es eritema a ese flujo amarillento como infección vaginal. **CONTESTO;** Si pero habría que soportarlo con los exámenes que soliciten a su Debido tiempo. **PREGUNTADO:** Doctor usted afirma que lo encontrado en el cuerpo de la víctima y lo dicho por la madre de la víctima con cuerda cierto? **CONTESTO:** Cierto. **PREGUNTADO:** Léanos la conclusión por favor. **CONTESTO:** Hubo al menos una penetración vaginal antigua, antigua se correlaciona con el desgarró de más de 10 días de antigüedad. **PREGUNTADO:** Hace mal la fiscalía en afirmar que lo que usted evidenció y lo que está plasmado en la anamnesis como lo que dijo la madre de la víctima quien tiene un retardo mental, que tiene conocimiento de los hechos, guarda relación directa? **CONTESTO:** Al momento lo que decía con lo que se encontró si. La defensa contrainterroga al testigo. **PREGUNTADO:** Doctor cuando la madre la víctima manifiesta que un vecino ingresó a la casa y le hizo el amor a su hija especifica un nombre en particular? **CONTESTO:** No doctor, no dio ningún hombre en particular.*

El día 25 de junio de 2014 a las 11:09 a.m. se reanuda la audiencia de juicio oral, en ella se escuchó a la supuesta víctima Sindy Paola Bohórquez, teniendo en cuenta que a la misma se hizo presente el Defensor de familia del Bienestar Familiar y su equipo de trabajo, constituido por una psicóloga y una trabajadora social.

*“ (...) El señor Fiscal por intermedio del defensor de familia interrogó a la víctima entregando un cuestionario a efecto de que lo absolviera de la siguiente manera: **PREGUNTADO:** Sindy dónde vives? **CONTESTO:** En el barrio San Juan **PREGUNTADO:** Con quien vives o vives con tu mamá, tu mamá trabaja? **CONTESTO:** Si vende boletas. **PREGUNTADO:** Cuando tu mamá no está en la casa con quien te quedas? **CONTESTO:** Con mi hermana. **PREGUNTADO:** Tu tienes novio? **CONTESTO:** No.*

PREGUNTADO: Cuando tu mamá no está en la casa, tu recibes visita de alguien?. **CONTESTO:** No. **PREGUNTADO:** Nadie te visita?. **CONTESTO:** No. **PREGUNTADO:** Tú conoces al señor Eustorgio Palencia alias Pancho. **CONTESTO:** Si. **PREGUNTADO:** Él te ha visitado en la casa? **CONTESTO:** No, si él iba allá. **PREGUNTADO:** Alguien ha tocado tu cuerpo? **CONTESTO:** No. **PREGUNTADO:** Tu sabes que es tener relaciones sexuales? **CONTESTO:** Si. **PREGUNTADO:** Alguna vez alguien te ha tocado o has Tenido esa relación con alguien en contra de tu voluntad, que te lo haya hecho a la fuerza?. **CONTESTO:** No. **PREGUNTADO:** Tú has tenido algún tipo de relación con el señor Eustorgio Palencia alias Pancho nunca has estado con él? **CONTESTO:** Nada. **PREGUNTADO:** Yo te hago una pregunta. Tú rendiste una entrevista? Si. **PREGUNTADO:** Tú te acuerdas en dijiste en esa entrevista que rendiste en la Fiscalía, me puedes decir que dijiste ese día? **CONTESTO:** No me acuerdo. **PREGUNTADO:** Alguna vez le has contado a tu mamá que tuviste relaciones sexuales con alguien. **CONTESTO:** No. **PREGUNTADO:** Le comentaste alguna vecina de nombre victoria que tuviste relaciones sexuales. **CONTESTO:** Tampoco. Culminado el cuestionario entregado al defensor por ante la Fiscalía, se le pone de presente al fiscal a efecto de que interrogue, el cual solicita al defensor le lea a la víctima la entrevista que le hicieron en el bienestar. **PREGUNTADO:** Porqué dijiste que habías tenido relaciones sexuales con Eustorgio Palencia alias Pancho y ahora dices que no? **CONTESTO:** Porque él me gustaba. **PREGUNTADO:** Alguien te dijo que tu dijeras acá nada? **CONTESTO:** No. **PREGUNTADO:** Recibiste algo a cambio por no decir nada? **CONTESTO:** No, nada. **PREGUNTADO:** Alguna vez has tenido relaciones sexuales con Eustorgio Luis Palencia alias Pancho? **CONTESTO:** Tampoco **PREGUNTADO:** Nunca has tenido relaciones con él? **CONTESTO:** No. **PREGUNTADO:** Porque en la entrevista dijiste eso que había estado contigo, solo porque te gustaba? **CONTESTO:** Si, **PREGUNTADO:** O sea que dijiste mentiras porque te gustaba? **CONTESTO:** Si. La defensa hizo uso del contra interrogatorio por ante el Defensor de Familia. **PREGUNTADO:** Sindy con que persona fue que tuviste relaciones sexuales **CONTESTO:** Con el dijunto (sic) Yirby. **PREGUNTADO:** De quien saliste embarazada, cual es el padre de tu hija? **CONTESTO:** De un soldado, que le dicen Galé.”

Culminadas las pruebas testimoniales, las partes rindieron sus alegaciones, en ella la Fiscalía manifestó que el señor Eustorgio Luis Romero Palencia sostuvo relaciones

sexuales con la víctima del caso, abusando de sus condiciones de inferioridad, ya que esta padece de trastorno mental, amén de que la edad física no concuerda con la edad cronológica, retardo mental de tipo leve que no le permite discernir.

En dicha audiencia la madre de la supuesta víctima Yenis Puertas expresó que su hija no había tenido relaciones sexuales con el señor Eustorgio Romero Palencia, lo que le permitió a la fiscalía deducir que se trata de una retractación que obedece a que la señora no quiere tener ningún tipo de problemas con el señor Romero Palencia.

Entonces, el Tribunal advierte que, aunque se encuentra demostrada la existencia de un daño que pudiera calificarse como antijurídico, la privación de la libertad, aquel no es imputable al Estado, en tanto su configuración, obedeció al hecho exclusivo y determinante de un tercero, que constituye un eximente de responsabilidad, por cuenta de las incriminaciones que realizó la supuesta víctima Sindy Paola Bohórquez, su madre la señora Yennis del Carmen Puentes Martínez y una vecina de las anteriores, la señora Victoria Isabel Martínez Hernández en contra del señor Eustorgio Romero Palencia, alias “Pancho”.

No se debe soslayar que la conducta que la Fiscalía le imputó al señor Eustorgio fue la de Acceso Carnal con Incapaz de Resistir Agravada, la cual no se puede confundir como bien lo expresó en sus alegatos y en el transcurso del proceso con la paternidad del hijo de Sandy Paola, pues lo que se desaprueba por parte del órgano de persecución penal del Estado, es el hecho de haber accedido carnalmente a una persona incapaz de comprender plenamente la naturaleza de dicho acto, por padecer un déficit cognitivo, abusando de su condición de inferioridad, ya que padece de un retardo mental leve que no le permite discernir y así lo reflejó cuando rindió su testimonio y en la entrevista ante el funcionario del C.T.I., acompañada del Defensor de Familia del ICBF.

Para brindar una mayor claridad sobre los hechos que inicialmente llegan a conocimiento de la Fiscalía y del juez de garantías, es menester resaltar que en dicha entrevista, realizada el 09 de julio de 2009 (Fls 51 y 52 del **cuaderno de alzada**) la supuesta víctima narró los sucesos de la siguiente manera:

“(...) El señor Pancho se llama Custodio Romero, al lado de mi casa vivía mi abuela, ahí había un solar, ella se murió y eso quedó solo con el hijo que

*se llama Oscar, entonces allá atrás hay unos portillos y por ahí se metió Custodio, porque yo estaba viendo televisión y él se metió por la puerta del patio a mi casa, me tapó la boca con una mano y con la otra me abrazó, me llevó a cuarto, cuando estábamos en el cuarto me quitó la ropa y me violó, después me dejó \$5.000 pesos en la cama y me dijo que no dijera nada, porque si no el me ahogaba con una bolsa y se fue, de ahí se fue y no me dijo más nada **PREGUNTADO:** Alguna vez él te había insinuado, te había enamorado o te había tocado. **CONTESTO:** Sí como él vive solo, él siempre me invitaba hasta su casa, pero yo le decía que no porque le tenía miedo, porque es un hombre viejo y tiene 6 hijos, solamente me hizo eso una vez, siempre que estaba sola llegaba hasta el corredor de mi casa y miraba con ganas de entrar, pero los vecinos lo vigilaban para que no entrara. **PREGUNTADO:** Que entiendes tú por violada. **CONTESTO:** Él me metió eso y me derramó esa cosa adentro, cuando él lo hizo que me lo metió me dolió mucho, después me sentí mal no quería comer, no me provocaba ni el agua, estaba mareada, tenía vomito. (...) **PREGUNTADO:** Porque no le dijiste a tu mamá sobre lo ocurrido. **CONTESTO:** Porque me sentía muy mal, porque tenía miedo de que mi mamá o mi tío Oscar me fueran a pegar y porque creía que si se lo decía el señor Pancho me podía ahogar con la bolsa (..)”*

Del anterior relato se observa con suma claridad que la joven explicó palmariamente el hecho, es decir, fue enfática al decir que el señor Eustorgio Romero ingresó por la parte trasera del patio, por un partillo que hay en el patio de su casa, que le tapó la boca, que la llevó a su habitación, le quitó la ropa y la accedió carnalmente, así mismo que él siempre la invitaba a su casa porque vivía solo, pero que ella no iba porque le tenía miedo por ser un hombre viejo, que siempre que ella estaba sola llegaba hasta el corredor de su casa, ese hecho aunado a la denuncia formulada el 23 de junio d 2009 (Fl 78 del **cuaderno de alzada**) por su madre en la cual narra que la Sindy le dijo a Victoria Martínez que “Pancho” la embarazó, que le había dado \$5.000 pesos y que se metía por la parte de atrás y que cuando ella le preguntó directamente que por donde pancho le había hecho el amor, ella le respondió que se había subido encima de ella, sumado a la entrevista que rindió la señora Victoria Martínez el mismo 09 de julio de 2009 (Fls 61 y 62 del **cuaderno de alzada**) en donde relata que Sindy le contó que Pancho entraba por el patio y tenía relaciones con ella.

Ante este tipo de sindicación contundente y determinante que efectuó la presunta víctima, su madre y la vecina, a la Rama Judicial no se le podía exigir camino distinto

que el de adoptar la medida restrictiva de la libertad en contra del ahora demandante.

Ahora bien, ya en el juicio oral la supuesta víctima, su madre y la vecina se retractan de las acusaciones que previamente habían formulado; donde muy escuetamente señaló que el señor Eustorgio no la había tocada antes y que ella había dicho lo que dijo en la entrevista porque él le gustaba, hecho que debe ser contrastado evidentemente con la entrevista y se puede observar, que en su declaración no fue tan explícita como lo fue en la entrevista, pues solo se limitaba a contestar lo que le preguntaban siendo la mayoría de su respuesta de sí o no.

Ante el hecho cierto de las retractaciones, el Tribunal concluye que en el presente asunto se configuró la causa extraña por el hecho de un tercero, habida cuenta que las sindicaciones previamente reseñadas condujeron a que la Fiscalía General de la Nación solicitara la imposición de la medida y la Rama Judicial la impusiera, por manera que su incriminación, por el contexto en que se hizo, le imponía a dichas entidades el deber de actuar en la forma en la que lo hicieron.

Así pues, para esta colegiatura, el proceso penal que se inició en contra del aquí actor, con la respectiva imposición de la medida de aseguramiento, fue consecuencia directa de la denuncia y las entrevistas ya detalladas, que incriminaban al señor Eustorgio Luis Romero Palencia, alias “Pancho” como el responsable del tipo penal de *Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir*, lo cual resultó ajeno e imprevisible para el ente demandado, pues ubicados en ese escenario, dichas actuaciones llevaron a que tanto la Fiscalía como la Justicia Penal procedieran en la forma en que lo hicieron, hasta que, con ocasión de la retractación de la acusación, absolvieron de responsabilidad penal al señor Romero Palencia.

En criterio de la Sala, resulta válido afirmar que el señalamiento que realizó la supuesta víctima Sindy Paola Bohórquez, su madre la señora Yennis del Carmen Puentes Martínez y una vecina de las anteriores, la señora Victoria Isabel Martínez Hernández en contra del ahora demandante reúne los elementos necesarios para entender configurado el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad de la Rama Judicial, los cuales son: **i)** la imprevisibilidad, **ii)** la irresistibilidad **y iii)** la exterioridad respecto de la autoridad judicial al momento de imponer la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario al sindicado.

Las circunstancias advertidas en la actuación penal permiten concluir que, de conformidad con el artículo 83 de la Constitución se debía presumir la buena fe y en consecuencia que estaban contando la verdad; entonces, para el Juez de Control de Garantías resultaba imprevisible el hecho de que lo consignado tanto en la denuncia como en las entrevistas no correspondía a la realidad que después es narrada en la audiencia del juicio oral.

La revisión de la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento permite a la Sala verificar que el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Corozal con Funciones de Control de Garantías valoró la situación acaecida y concluyó que para ese momento no contaba con elementos de juicio para pensar que se trataba de un error o de una equivocación o que existían motivos diferentes a la verdad cuando tres personas, incluida la supuesta víctima, acusan al señor Eustorgio Luis Romero Palencia y, por ende, valoró en su conjunto las evidencias físicas puestas de presente por la Fiscalía, para lo cual le informó al sindicado, después de realizar divagaciones, que en ese escenario procesal no se estaba estudiando su responsabilidad penal y que el recaudo probatorio, así como la decisión final, sería del resorte del juez de conocimiento.

Es así que, para el Juez de Control de Garantías resultó imprevisible las tres retractaciones, dado que son circunstancias ajenas e imprevisibles para el ente demandado, pues en dichas pruebas sustentó su tesis del caso y llevó al actor a juicio; etapa en la cual, ante el derrumbe de dichos medios probatorios, el juez penal de conocimiento debió absolver de responsabilidad penal al actor.

En cuanto a la irresistibilidad de la acusación realizada por la supuesta víctima, la Sala considera que dados los detalles narrados, las circunstancias de modo, tiempo y lugar que fueron presentadas a la Fiscalía y por la Fiscalía ante el juez de control de garantías; evidentemente antes del juicio oral, para los funcionarios judiciales era imposible vislumbrar que Sindy Paola, se retractaría y afirmaría haber realizado esas aseveraciones porque le gustaba el señor “Pancho”; ello, con posterioridad a la imposición de la medida de aseguramiento.

Finalmente, en punto de la exterioridad, se advierte que si bien es cierto, la recepción de la denuncia y de las entrevistas como prueba de la comisión del delito, es realizada

por empelados de la justicia, lo dicho, los señalamientos hechos por provienen de terceros y fueron de tal entidad que a la autoridad judicial no le era exigible algo diferente que la imposición de la respectiva medida restrictiva de la libertad.

En ese sentido, la Sala revocará la sentencia apelada, con la precisión de que en el presente asunto se configuró el eximente de responsabilidad del hecho de un tercero, ya que, se reitera, las decisiones que restringieron la libertad del señor Eustorgio Luis Romero Palencia fueron producto de los señalamientos que efectuó la supuesta víctima en una entrevista, de la denuncia penal que hiciere su madre y de otra entrevista que rindió una vecina, los cuales, llevaron a la afectación de su libertad.

Finalmente, es necesario abordar la actuación del señor EUSTORGIO LUIS ROMERO PALENCIA pero al interior del proceso penal, para determinar si su actuación o inacción contribuyeron a su privación de libertad; es decir, si actuó con dolo o culpa grave civil, tenemos que fue capturado conforme a lo ordenado en la Audiencia de Solicitud de Orden de Captura de fecha 26 de julio 2012 emanada del Juez Segundo Promiscuo Municipal de Sincé⁶⁹, por la presunta ejecución del delito de Acceso carnal con Incapaz de Resistir Agravado, orden que fue materializada el 3 de agosto de 2012, capturando físicamente al señor ROMERO PALENCIA⁷⁰.

De acuerdo con lo expuesto durante el proceso penal seguido en contra del señor EUSTORGIO ROMERO PALENCIA, la captura obedeció a la situación fáctica de la presunta violación de una joven que si bien es mayor de edad, es una persona incapaz por retardo mental tal como lo afirmó el médico Leopoldo José Domínguez De la Ossa en la entrevista FPJ-14 – el 21 de julio de 2009, lo que dio lugar a que fuera dirigido a las autoridades judiciales para la apertura de una investigación penal por el delito de ACCESO CARNAL CON INCAPAZ DE RESISTIR AGRAVADO, lo anterior, indica que dicha captura no fue arbitraria, por cuanto se adelantó con fundamento en la denuncia que presentó la madre de la joven Sindy Paola Bohórquez señora Yenis del Carmen Puentes Martínez el 23 de junio de 2009, ante la Fiscalía General de la Nación y también con base en las entrevistas que rindieron la presunta víctima y una vecina el 09 de julio de 2009, como viene de ser expuesto.

⁶⁹ Folio 114 del **Cuaderno de Alzada**

⁷⁰ Folio 110 del **Cuaderno de Alzada**

Estando el expediente a despacho para fallo, por auto del 07 de septiembre de 2018 el Tribunal emitió un auto de mejor proveer para que el juzgado segundo promiscuo municipal de Corozal, la fiscalía 12 de Sincé – Sucre y el juzgado segundo del circuito de Sincé allegaran el expediente completo del proceso penal y se certificara si el apoderado había solicitado la libertad por vencimiento de términos o había utilizado la acción constitucional de Habeas Corpus.

- ▶ El juzgado segundo promiscuo municipal de Corozal da respuesta el 09 de octubre de 2018 precisando que la última actuación fue del 12 de agosto de 2012 y en ella, mediante oficio N° 1475 se envió la carpeta al juzgado promiscuo del circuito de turno para que se surtiera la etapa del juicio en el proceso donde el indiciado era Eustorgio Luis Romero Palencia, SPOA 707426001041-2009-80081, por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir y que no tienen constancia alguna en los libros radicadores penales, que el señor hubiese solicitado libertad por vencimiento de términos o de habeas corpus, únicamente que ante esa unidad judicial se surtieron las audiencias concentradas de control de garantías.⁷¹
- ▶ La Fiscal 12 seccional de Sincé – Sucre afirma que revisado el SPOA se constata que dentro de las actuaciones registradas no se observa actuación o registro alguno donde se halla dado libertad por vencimiento de términos o en su defecto se hubiese presentado un habeas Corpus centro del proceso 707426001041-2009-80081 y envía copias del expediente (Fls 45 a 121 **del cuaderno de alzada**)⁷².
- ▶ De conformidad con el expediente penal en original que fue remitido en razón al auto de mejor proveer, se tiene que el 09 de agosto de 2012, la juez segunda promiscua del circuito de Corozal, aprehende el con conocimiento del proceso seguido contra el indiciado Eustorgio Romero Palencia. A partir del 1º de septiembre de 2012, se presentó un cambio en la juez de ese despacho. El 26 de septiembre la nueva juez observa que el proceso no aceptó cargos y tampoco obra escrito de acusación presentado por la Fiscalía, en consecuencia al no existir actuación pendiente por auto de ordena la devolución del

⁷¹ Las audiencias de legalización de captura, imputación e imposición de medida de aseguramiento están enlistadas en el artículo 154 de la ley 906 de 2004 y desarrolladas en los artículos 295 al 313 de esa codificación.

⁷² Folios 46 **cuaderno de alzada**

expediente a la Fiscalía 12 seccional de Sincé para lo de su competencia, el 09 de octubre de 2012 se materializa la remisión.⁷³

- Revisado el expediente original remitido por el juzgado segundo promiscuo del circuito de Sincé - Sucre, no se observa ni el oficio de la denunciante, con fecha de recibido 06 de agosto de 2012 (Folio 113 del **cuaderno de alzada**) donde solicita sea escuchada su ampliación de denuncia y para que a su hija se le recepcione entrevista, con el objeto de aclarar unos hechos en el proceso penal; ni tampoco, la declaración jurada rendida por la señora Yenny del Carmen Puentes Martínez el **28 de septiembre de 2012** (Folio 67 del **cuaderno de alzada**) ante el investigador criminalístico ERICK MANRIQUE CARRASCAL del CTI de Sincé – Sucre en la cual, la madre de la presunta víctima, quien había presentado la correspondiente denuncia, manifestó que el señor Eustogio no tuvo nada que ver con su hija y que todo fue un mal entendido porque él hijo que Sindy iba a tener era de un soldado de nombre Ángel Gabriel Galé.

Sin embargo, en los documentos que remite en copia la Fiscal 12 en virtud del auto de mejor proveer ya citado, reposan aquellos a los que se acaba de hacer referencia; es decir, el oficio de la denunciante, con fecha de recibido 06 de agosto de 2012 (Folio 113 del **cuaderno de alzada**) donde solicita sea escuchada su ampliación de denuncia y para que a su hija se le recepcione entrevista, con el objeto de aclarar unos hechos en el proceso penal; posteriormente, en una declaración jurada rendida el **28 de septiembre de 2012** (Folio 67 del **cuaderno de alzada**) ante el investigador criminalístico ERICK MANRIQUE CARRASCAL del CTI de Sincé – Sucre, la señora Yenny del Carmen Puentes Martínez; es decir, en fecha posterior a la Audiencia donde se definió la solicitud de medida de aseguramiento (04 de agosto de 2012)⁷⁴, en la cual, la madre de la presunta víctima, quien había presentado la correspondiente denuncia, manifestó que el señor Eustogio no tuvo nada que ver con su hija y que todo fue un mal entendido porque él hijo que Sindy iba a tener era de un soldado de nombre Ángel Gabriel Galé, quien ayudó y corrió con los gastos del

⁷³ En razón a que la competencia del juez de conocimiento se activa es con el escrito de acusación según lo reglados en los artículos 336 hasta el 347 de la ley 906 de 2004.

⁷⁴ Folios 38 a 39 Cdo de segunda instancia, reposa copia del acta de audiencia de legalización de captura y de imposición de medida de aseguramiento, de fecha 4 de agosto de 2012

embarazo, que tiene afiliada a la niña a sanidad militar⁷⁵ y que le envía dinero mensualmente, ésta declaración fue ratificada en la audiencia del Juicio Oral **que inició el 29 de julio de 2013**, diligencia en la que la señora Victoria Martínez también testificó que ella se había equivocado y que Sindy no le había dicho a ella nada de lo sucedido; empero, se itera, estos testimonios no son coincidente con denuncia incoada ante la Fiscalía por la señora Yenny Puentes Martínez⁷⁶, y la entrevista rendida por la señora Victoria Martínez⁷⁷, quienes en dichas diligencias hicieron manifestaciones contrarias a lo expresado en la audiencia del juicio oral, diligencia que continuó hasta el 25 de junio de 2014, en la que se dictó el sentido del fallo siendo el mismo absolutorio y se ordenó la libertad inmediata del señor Eustorgio Luis Romero Palencia.

El artículo 68 de la Ley 270 de 1996 dispone que “[q]uien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios,” sin perder de vista que el artículo 70 de esa misma Ley prevé que “[e]l daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.”

Es pertinente precisar que respecto la norma transcrita la Corte Constitucional C-037 de 1996 señaló que:

*“Este artículo contiene una sanción por el desconocimiento del deber constitucional de todo ciudadano de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95-7 C.P.), pues no sólo se trata de guardar el debido respeto hacia los funcionarios judiciales, sino que también se reclama de los particulares un mínimo de interés y de compromiso en la atención oportuna y diligente de los asuntos que someten a consideración de la rama judicial. Gran parte de la responsabilidad de las fallas y el retardo en el funcionamiento de la administración de justicia, recae en los ciudadanos que colman los despachos judiciales con demandas, memoriales y peticiones que, o bien carecen de valor o importancia jurídica alguna, o bien permanecen inactivos ante la pasividad de los propios interesados. Por lo demás, la norma bajo examen es un corolario del principio general del derecho, según el cual **“nadie puede sacar provecho de su propia culpa***

(...)”. (Negrilla y Subraya fuera del texto)

⁷⁵ Afirmación que se constata con la copia del carnet que se allega al expediente en virtud del auto de mejor proveer de fecha 7 de septiembre de 2017, **que reposa en el folio 99 del cuaderno de alzada.**

⁷⁶ Folios 78 a 82 del **cuaderno de alzada**

⁷⁷ Folios 61 y 62 **cuaderno de alzada**

Asimismo, la culpa exclusiva de la víctima, es entendida como “*la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado*”, y tal situación releva de responsabilidad al Estado cuando la producción del daño se ha ocasionado con la acción u omisión de la víctima, por lo que esta debe asumir las consecuencias de su proceder.

En este orden de ideas, aunque el actuar irregular y negligente del privado de la libertad frente a los hechos que dieron lugar a la investigación penal y, por supuesto, a la privación de la libertad **o el comportamiento por él asumido dentro del curso del proceso punitivo** no haya sido suficiente ante la justicia penal para proferir una sentencia condenatoria en su contra, en sede de responsabilidad civil y administrativa, y con sujeción al artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 63 del Código Civil, podría llegar a configurar la culpa grave y exclusiva de la víctima, y exonerar de responsabilidad a la entidad demandada.

Pues bien, aunque en estricto sentido la declaración de retractación realizada por la denunciante el 28 de septiembre de 2012 no es producto de un acto de investigación de la Fiscalía, la realidad en que no la descubrió en la audiencia de acusación⁷⁸; pero, también es cierto, que el debate sobre esa retractación se dio en la audiencia del juicio oral y con base en ella se concluyó que la duda favorecía al procesado; sin embargo, en este caso, de conformidad con el contexto en que se desarrolló el proceso, entiende esta colegiatura que de esa irregularidad, no puede deducirse responsabilidad del Estado para el caso concreto, por las siguientes razones: **(i)** Aunque en la Audiencia de acusación se hubiese conocido la declaración de retractación del 28 de septiembre de 2012, ese sólo hecho no garantizaba la libertad del procesado, pues la misma no hacía desaparecer ni su denuncia inicial, ni las entrevistas de la supuesta víctima, ni de la vecina, ya detalladas en múltiples oportunidades en esta providencia, **(ii)** porque una retractación por sí sola no implica necesariamente ni la libertad inmediata, ni la absolución, **(iii)** entonces, ubicados en esa coyuntura; la libertad en esa etapa, que se discute ante el juez de

⁷⁸ En la sentencia C-1194-05 la Corte Constitucional sostuvo:

“Por ello, al haberse transformado su objeto institucional y al haberse dado a la Fiscalía la función de actuar eminentemente como ente de acusación, se entiende que el organismo público no esté obligado a recaudar evidencias que pudieran liberar de responsabilidad penal al imputado. La investigación adelantada por la Fiscalía se enfoca primordialmente a desmontar la presunción de inocencia que ampara al individuo objeto de investigación, lo que no significa que, de hallarse evidencia que resulte favorable a los intereses del mismo, ésta deba ser puesta a disposición de la defensa. En suma, mientras el sistema procesal penal derogado obliga al ente de investigación a recaudar pruebas favorables al procesado, el segundo lo obliga a ponerlas a disposición de la defensa en caso de encontrarlas, lo cual significa un evidente y sensible cambio en el énfasis de dicho compromiso.”

garantías, no estaba garantizada con el conocimiento de esa declaración; ya que no se produce de forma automática, pues se recuerda que, para la imposición de la medida de aseguramiento basta la inferencia razonable de autoría, que la misma sea necesaria para proteger la comunidad o a la víctima y que resulte procedente de conformidad con el artículo 313 del –CPP-; en conclusión, sería simplemente una suposición o tal vez, una hipótesis; adicionalmente y en consonancia con la teoría de la culpa exclusiva de la víctima, bajo la óptica de la pasividad del encartado al interior del proceso penal, encuentra este Tribunal que **(iv)** el artículo 267 en concordancia con el artículo 271 de la Ley 906 de 2004, lo facultaba a él directamente o a su abogado, para realizar entrevistas con el fin de descubrir información útil, que podía utilizar en su defensa ante las autoridades judiciales; en consecuencia, bien pudo entrevistar al menos a la madre de la supuesta víctima y así llegar con anticipación a la retractación, también pudo intentar entrevistar a la vecina, un mínimo de investigación de la defensa habría sacado a la luz dicha retractación, **(v)** ya que, “una vez impuesta una medida de aseguramiento, de las contempladas en el artículo 307 del Estatuto Procesal, en los precisos términos del artículo 318 ejusdem, le asiste el derecho a cualquiera de las partes, pero con especial interés a la defensa, de elevar ante el Juez de control de garantías una solicitud de revocatoria de la cautela decretada *“presentando los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308”*⁷⁹ y del análisis del expediente, se arriba al convencimiento que tanto el procesado, como su defensa, permanecieron inactivos frente a dicha medida y ante esa pasividad, que se refuerza por el hecho que no se apeló la decisión que denegó que la privación de la libertad se surtiera en su residencia, tal como quedó probado en la audiencia Concentrada realizada el 4 de agosto de 2012, por la Juez 2 de Control de Garantías de Corozal - Sucre⁸⁰; se configura la culpa exclusiva de la víctima, pues no puede aprovecharse de su propia torpeza o negligencia.

Por último, y en razón a que fue suministrado el expediente original del proceso donde el imputado era Eustorgio Luis Romero Palencia, C.U.I. 707426001041-2009-80081 y radicado interno: 707423189001-2012-00293-00, por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, del juzgado promiscuo del circuito de

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. Sentencia del 24 de julio de 2017. SP10944-2017. Radicación 47850

⁸⁰ Folio 426 Cuaderno No. 3.

Sincè – Sucre, se ordenará por la Secretaria de este Tribunal la devolución a dicha unidad judicial.

Al encontrarnos frente a un proceso en donde se ventilaron hechos relacionados con la libertad, la conducta y el pudor sexual de una persona con déficit cognitivo, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará la anonimización de los datos personales de las personas que aquí fueron identificadas, si esta providencia, es cargada en cualquier base de datos.

4.0 Condena en costas: Como quiera que la parte demandada Fiscalía General de la Nación presentó recurso, y el mismo prosperó, al tenor de lo dispuesto en los artículos 365 y 366 C.G.P, no se condenará en costas en esta instancia.

5.0 Decisión: En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.

FALLA:

PRIMERO: Revóquese la sentencia adiada 20 de noviembre de 2017 proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído,

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Por Secretaria, devolver las dos carpetas del expediente original del proceso donde el imputado era Eustorgio Luis Romero Palencia, C.U.I. 707426001041-2009-80081 y radicado interno: 707423189001-2012-00293-00, por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, al juzgado promiscuo del circuito de Sincé – Sucre.

CUARTO: Devolver al juzgado de origen una vez ejecutoriada esta providencia.

QUINTO: Si esta providencia es objeto de cargue en cualquier base de datos o archivo de acceso al público en general, por alguna persona natural o jurídica,

pública o privada, su administrador deberá anonimizar los datos de las personas aquí identificadas, según lo previsto en la Ley Estatutaria 1581 de 2012.

El proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta No XXX

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY