

13001-33-33-002-2013-00110-01

Cartagena de Indias D.T. y C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veinte (2020)

Medio de control	REPARACION DIRECTA
Radicado	13001-33-33-002-2013-00110-01
Accionante	BENJAMIN HERRERA PADILLA Y OTROS accionjuridicasas@gmail.com
Accionada	NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Juridica.cartagena@fiscalia.gov.co – RAMA JUDICIAL dirseccgena@cendoj.ramajudicial.gov.co
Tema	Privación Injusta de la Libertad – Deber de soportar la medida.
Magistrado Ponente	JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

TURNO AL DESPACHO: 04 de octubre de 2019

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciocho (2018)¹, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. La demanda.²

1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relata a continuación:

¹ Folios 337-343 cdr. 2

² Folios 1- 19 cdr.1

- Se relata en el libelo que la Fiscalía General de la Nación abrió investigación contra el señor BENJAMIN HERRERA PADILLA, debido a que el día 11 de agosto de 2008, la joven GLEIDYS GUERRA ARTEAGA de 14 años de edad, fue objeto del supuesto delito de Acceso Carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, toda vez que, Herrera Padilla le habría practicado un extraño ritual en el cual procedió a quitarle la ropa a la menor y a introducir su miembro viril en su boca y vagina. Que los familiares de la menor procedieron a interrumpir el supuesto ritual, y entregar a las autoridades competentes al señor Benjamín Herrera Padilla.
- Después de haber sido aprehendido por las autoridades, se le impuso medida de aseguramiento consistente en privación de la libertad en establecimiento carcelario el día 12 de agosto de 2008, por parte del Juzgado Octavo Penal Municipal de Cartagena con funciones de control de garantías, donde se declaró la legalidad de la captura y se imputó el delito de Acceso Carnal en persona puesta en incapacidad de resistir.
- Que, el día 17 de enero del 2011 se llevó a cabo audiencia pública ante el Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento, y posterior al haber radicado el escrito de acusación y haberse celebrado la audiencia de acusación, la Fiscalía procedió a solicitar la Preclusión de la Investigación, por considerar que se le imposibilitaba desvirtuar la presunción de inocencia, y que además, las versiones de la víctima resultaban contradictorias, por lo que resultaba necesario absolver al procesado y posteriormente dejarlo en libertad.
- De la petición anterior presentada por la Fiscalía, el Juez Quinto Penal con funciones de conocimiento, ordena la absolución del hoy demandante del delito por el cual era investigado, por no haber podido desvirtuar su presunción de inocencia.

13001-33-33-002-2013-00110-01

- Asegura que la falsa acusación del señor BENJAMÍN HERRERA PADILLA produjo que fuera retirado del cargo que venía desempeñando de manera definitiva, por lo cual perdió su fuente de trabajo e ingresos.

1.2. Las pretensiones de la demanda

Se solicita que mediante sentencia se declare lo siguiente:

Declarar a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN administrativa y patrimonialmente responsable, por el daño antijurídico causado a los demandantes, con la privación injusta y arbitraria de la libertad del señor BENJAMÍN HERRERA PADILLA.

Condenar a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a reconocer y pagar como reparación integral del daño ocasionado a los perjudicados, las siguientes sumas de dinero por los siguientes conceptos:

- **Benjamín Herrera Padilla (víctima)**, el equivalente a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por daño a la vida en relación.
- **María Patricia Padilla Urango (madre)**, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por daño a la vida en relación.
- **Benjamín Herrera Blanquicett (padre)**, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por daño a la vida en relación.
- **Agripina Herrera Padilla (hermana)**, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- **Franklin Herrera Padilla (hermano)**, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- **Luis Eduardo Herrera Padilla (hermano)**, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- **Jesús David Herrera Padilla (hermano)**, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- **Sair Herrera Padilla (hermano)**, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- **Julieth Patricia Herrera Zúñiga (hermana)**, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

13001-33-33-002-2013-00110-01

- **Kevin Jesús Herrera Zúñiga (hermano)**, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por concepto de perjuicios materiales, la Fiscalía General de la Nación debe pagar a la parte demandante, en la modalidad de lucro cesante, la suma de \$15.950.000, por concepto de lo dejado de percibir debido a la pérdida de su trabajo en el cargo de cotero.

En la modalidad de daño emergente, lo que el demandante tuvo que pagarle a su abogado defensor, por la suma de \$13.500.000.

Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 189, 192, 193 y 195 del Código Contencioso Administrativo; que se condene al demandado al pago de costas y gastos, incluyendo agencias en derecho.

1.3. Fundamentos de derecho.

Preámbulo de la Constitución de 1991, artículos 1, 2, 4, 5, 6, 12, 15, 21, 24, 28, 29, 42, 90.

Artículos 65 y s.s. de la Ley 270 de 1996; artículo 414 del C.P.P.; artículos 1613 al 1617 del C.C., y artículo 140 del CPACA.

2. Contestación de la demanda.

2.1. Nación – Rama Judicial³.

La apoderada judicial de la Rama Judicial contesta la demanda impetrada, oponiéndose a las pretensiones por cuanto no hubo privación injusta de la libertad, ya que la decisión judicial estuvo soportada en las normas legales y vigentes.

³ Folios 274-281 Cdr.2

13001-33-33-002-2013-00110-01

Argumenta que el artículo 90 Constitucional consagra la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos causados por la acción o por la omisión de las autoridades públicas, cuya estructuración se determina a partir del cumplimiento de dos requisitos: i) existencia de un daño antijurídico y ii) que éste sea imputable a la acción u omisión de una autoridad pública.

Agrega que, se observa que el proceso penal seguido por el hoy demandante se consolidó en vigencia de la Ley 906 de 2004, la cual establece que el Juez con Funciones de Control de Garantías se encuentra en el deber de velar para que en el proceso se garanticen y se protejan los derechos constitucionales del imputado. Por tanto, para legalizar la captura, formular la imputación y decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva, que es solicitada previamente por la Fiscalía, se debe verificar que la misma cumpla con los fines constitucionales del artículo 250 y cumpla los requisitos de artículo 308⁴ de la ley ibídem.

Es decir, que el Juez de Control de Garantías en esta etapa procesal no realiza ninguna valoración probatoria, por lo tanto, no se define la responsabilidad del investigado, debido a que la labor del Juez se ciñe a verificar el cumplimiento de los requisitos consagrados en los artículos precitados; por lo tanto el Juzgado impartió legalidad a la captura del señor Benjamín Herrera Padilla de conformidad con la formulación de la imputación realizada por la Fiscalía, e impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva solicitada por la misma.

⁴ **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.

PARÁGRAFO 1o. La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga.

En conclusión, el Juez con Funciones de Control de Garantías cumplió las funciones que le asigna la Ley 906 de 2004, y las audiencias por él dirigidas fueron preliminares, audiencias en las que no se discute la responsabilidad penal del imputado, debido a que este Juez trabaja con elementos probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida por la Fiscalía, elementos que no constituyen plena prueba, por ende, no son suficientes para discutir la responsabilidad.

Consideró que en casos como estos no surge la responsabilidad del Estado, toda vez que, la privación de la libertad tuvo origen en una actuación atribuida al órgano investigador, ante la existencia de verdaderos elementos materiales probatorios que comprometieran la responsabilidad del procesado, pues sin la existencia de estos resultaba improcedente iniciar una investigación penal, y mucho menos esperar hasta la etapa del juicio público para solicitar la preclusión.

Por lo anterior, señaló que no existe nexo de causalidad entre las actuaciones y decisiones de los jueces que intervinieron en el proceso, y por ello no es dable atribuirle conducta alguna a esta institución, que se pueda considerar como generadora de daño, ya que ella nunca hizo parte del proceso o procedimiento generador de perjuicio, y más cuando el proceso penal culminó por la acertada decisión de la absolución a favor del hoy demandante.

Propone las siguientes excepciones:

1. Falta de causa para demandar
2. Falta de legitimación en la causa por pasiva.
3. Falta de relación causal entre el daño alegado por el demandante y la actuación de la Rama Judicial.
4. La innominada.

2.2. Fiscalía General de la Nación.

13001-33-33-002-2013-00110-01

No presentó contestación de la demanda.

3. Sentencia de primera instancia.⁵

Mediante sentencia de fecha veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, consideró que el periodo durante el cual el demandante estuvo cobijado con medida de aseguramiento en establecimiento carcelario por la presunta comisión del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, es decir, desde el 13 de agosto de 2008 (fecha en la cual se le impuso la medida de aseguramiento), hasta el 02 de marzo de 2009 (fecha en que se celebra audiencia preliminar donde se decreta su libertad inmediata); se computó como parte cumplida de la pena que fue impuesta por medio de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, de fecha 12 de mayo de 2010, en la que se condenó al actor a la pena principal de nueve (9) años de prisión.

Es decir, el A quo en su providencia aclara que, a partir del 02 de marzo de 2009, el hoy demandante dejó de estar bajo medida de aseguramiento por el proceso seguido en su contra por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, identificado con el número de radicado No. 13001-60-01129-2008-02592-00, y fue puesto a disposición de la Fiscalía por una orden de captura que tenía vigente.

Por lo anterior, consideró que no se reúnen los presupuestos necesarios para declarar administrativa y extracontractualmente responsable a las entidades demandadas de la privación injusta de la libertad del señor Benjamín Herrera Padilla, durante el periodo comprendido entre el trece (13) de agosto de dos mil dieciocho (2018) hasta el once (11) de julio de dos mil doce (2012).

4. Recurso de apelación⁶.

⁵ Folios 337-343 cdr. 2

⁶ Folios 397-398 cdr. 2

13001-33-33-002-2013-00110-01

La parte demandante interpone recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia; para esto alega que en el plenario existe suficiente material probatorio para estructurar la responsabilidad objetiva del Estado y el consecuente pago de los perjuicios reclamados.

Además, agrega que se debe tener en cuenta que la captura y detención preventiva del señor demandante se dio el día 13 de agosto de 2008 por un proceso diferente por el que lo condenan, y dicha sentencia condenatoria se profirió en el año 2010.

Alega que hay q tener en cuenta que cuando se da la orden de libertad inmediata (el día 2 de marzo de 2009), fue por fallo absolutorio, sin embargo, ello no se cumple, por existir otra orden de captura en su contra. Por consiguiente, a partir de esta última fecha es que empieza a correr el tiempo de condena de 9 años por el otro proceso, razón por la cual hay lugar a la reparación aludida por los 7 meses que duró privado injustamente de la libertad, antes de ser retenido por el otro proceso por el cual lo condenaron.

5. Trámite procesal en segunda instancia.

Con auto de fecha doce (12) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (Fl. 4 cdr. 3). Mediante auto del veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fl. 6 Cdr. 3).

6. Alegaciones

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

La Nación – Rama Judicial, presentó alegatos de conclusión.⁷

La Fiscalía General de la Nación presentó alegatos de conclusión.⁸

⁷ Folios 12-16 Cdr. 3

⁸ Folios 17-26 Cdr. 3

7. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad sin observarse causal de nulidad que invalide lo actuado. Por ello y como no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver el presente asunto.

V. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problema jurídico.

La Sala debe determinar, si la privación de la libertad que soportó el señor BENJAMÍN HERRERA BERNAL, en el marco del proceso penal seguido en su contra por el punible de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, y que finalizó con la preclusión de la acción penal, constituye una detención injusta que comprometa la responsabilidad de la Nación – Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial.

2.2. Tesis

Esta Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia; y para sustentar su tesis sostendrá que las entidades demandadas, NACION - FISCALIA

13001-33-33-002-2013-00110-01

GENERAL DE LA NACION – RAMA JUDICIAL no son administrativamente responsables por la privación de la libertad del demandante con base en la medida de aseguramiento impuesta, por cuanto se observa que la misma se sustentó y obedeció a indicios existentes hasta ese momento y la gravedad del delito presuntamente cometido, evidenciándose que fue el actuar del demandante el que dio lugar al mencionado proceso penal.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

3.1. De la responsabilidad patrimonial del Estado.

La Constitución Política en su artículo 90 establece la cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado con ocasión de los daños antijurídicos que le sean imputables.

Dicho postulado trajo consigo, la constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado, siendo primordial entender qué se debe concebir por daño antijurídico.

El daño ha sido comprendido como el menoscabo o detrimento de un interés jurídicamente tutelado, y su antijuridicidad se ha soportado en la circunstancia que no exista el deber de soportarlo, de este último elemento nacería la obligación de resarcirlo. Lo que querría decir, que frente a los daños jurídicos o admitidos por el ordenamiento jurídico, no cabría la posibilidad de solicitar reparación.

Así las cosas, en los juicios de responsabilidad estatal, sería necesario demostrar el daño por el que reclama, así como su antijuridicidad, y una vez superado esa etapa, se pasaría a abordar o analizar la imputabilidad de ese daño antijurídico al Estado.

De acuerdo con la naturaleza del daño antijurídico, la responsabilidad estatal fundamentada en el Art. 90 Constitucional puede clasificarse en dos tipos: uno en el que está presente la noción de falla probada del servicio y otro, en el que la responsabilidad se aplica a través de un régimen objetivo.

En el primer caso, el daño es causado por un comportamiento irregular de la administración o por falla que se puede dar por acción o por omisión. Es la teoría denominada como falla del servicio.

El segundo caso, se presenta cuando el daño ocasionado puede ser incluso el resultado de conductas regulares o lícitas de la administración, pero que le produjeron al administrado afectado un perjuicio que no estaba obligado a sufrir. Esta, es la denominada teoría de régimen de responsabilidad objetiva, porque se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación.

Pero la imputabilidad del daño a la administración es más que la sola relación de causalidad entre el hecho y el daño, requiere de un título que es precisamente la acción o la omisión por parte de la autoridad encargada de la prestación del servicio, vale decir que el perjuicio sea jurídicamente atribuible al Estado.

4.2. Del daño antijurídico.

El Consejo de Estado⁹ respecto del daño antijurídico impone dos componentes para definirlo: (i) es el menoscabo de un acaecimiento que sufre una persona, ya sea en sus bienes vitales o naturales, en su propiedad o patrimonio; o la lesión de un interés o con la alteración *in pejus* del bien idóneo para satisfacer aquel; y (ii) aquellos que derivado de la acción u omisión desplegada por la Administración no sea soportable, bien porque sea contrario al ordenamiento jurídico, que sea irrazonable frente a los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos, o porque no encuentra sustento en la prevalencia del interés general.

Igualmente, expone esa Corporación que la jurisprudencia constitucional ha establecido que la antijuridicidad del daño no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración Pública, sino por la soportabilidad del daño por parte del administrado.

⁹ Ver Sentencia Rad. 17001-23-3-1000-1999-0909-01(22592) de fecha 23 de mayo de 2012. Consejo de Estado.

4.3. De la jurisprudencia concerniente a la Privación Injusta de la Libertad.

La privación injusta de la libertad como marco de responsabilidad está contemplado en la Ley 270 de 1996, que en su artículo 68 señala que quien haya sido privado de la libertad en razón a una decisión proferida por la autoridad judicial competente, podrá demandar al Estado buscando la reparación de los perjuicios.

El Consejo de Estado¹⁰ atendiendo a un criterio objetivo o de responsabilidad objetiva en casos de privación injusta de la libertad, venía considerando necesaria la declaración de responsabilidad extracontractual en todos los casos en los cuales quien ha sido privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación a su favor, particularmente cuando en el trámite que haya originado su detención se determine que: i) el hecho no existió; ii) el sindicado no lo cometió; iii) la conducta era atípica; o iv) la demostración de alguna causal de exoneración de responsabilidad penal.

De igual manera consideró que es posible declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva en los eventos en que se imponga, dentro del proceso penal respectivo, el principio universal de *in dubio pro reo*. En estos casos, el Consejo de Estado consideraba que el evento de detención se torna injusta, y por tanto, procedía la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado.

Sin embargo, esa necesidad de condena, actualmente se ha moderado como se estudiará más adelante.

Con respecto al régimen aplicable para analizar la responsabilidad del Estado por los motivos expuestos, actualmente el Consejo de Estado ha adoptado una posición que varió ese criterio o imputación objetiva del daño¹¹, en el sentido que incluso en los casos de obtención de la libertad por los motivos

¹⁰ C. de E., Sección Tercera, sentencia del 8 de febrero de 2017, rad. 43961, en igual sentido, C. de E., Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9/06/17, rad. 44356.

¹¹ C. de E., Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 15 de agosto de 2018, rad. 46947

13001-33-33-002-2013-00110-01

previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1992, así como por aplicación al principio de in dubio pro reo ***“no basta demostrar que no hubo condena en el proceso penal, sino que es necesario ir más allá, a la luz de artículo 90 de la Constitución Política, para determinar, entre otras cosas, si el daño padecido con la privación de la libertad fue o no es antijurídico o no”***.

Con ello, la Alta Corporación nos da a entender que, en principio, se tendría que la medida de privación de la libertad ordenada por una autoridad judicial es jurídica, excepto que el demandante demuestre a través de su ejercicio argumentativo y probatorio en juicio de responsabilidad, que la misma se tornó en injusta.

En ese orden de ideas, actualmente el Consejo de Estado¹², exige la demostración que la privación de la libertad cuya reparación se busca, es antijurídica, para lo cual el demandante deberá basar su análisis en diferentes criterios, como estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal.

Así las cosas, concluye el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que, de acreditarse la antijuridicidad, se entenderá configurado el primer elemento de la responsabilidad. En caso de no ser así, se estará frente a un daño jurídicamente permitido, por lo tanto, éste será desprovisto de antijuridicidad, lo cual imposibilita hablar, bajo el entendido del artículo 90 de la Constitución Política, y el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, de privación injusta de la libertad.

4.4. Con relación al título de imputación en casos de privación injusta de la libertad.

Frente a este tópico, el Consejo de Estado, en virtud a la autonomía judicial, expuso que será el funcionario judicial quien determine en el caso en concreto cual es el título de imputación aplicable conforme al principio *iura novit curia*, eso sí, manifestando de forma razonada los argumentos que le sirven para ello.

¹² Ibídem.

Esta postura, se acompasa con la sostenida recientemente por la Corte Constitucional, la cual ha determinado que dependiendo de la particularidad de cada caso, el juez administrativo tendrá la potestad de elegir qué título de imputación resulta más apto para establecer que el daño sufrido por la persona devino de una actuación que no fue idónea, que no fue razonable y que fue desproporcionada; y por tal motivo, no estaba el en deber de soportarlo.

4.5. De la carga de la prueba.

Considera la Sala que la carga de la prueba recae en cabeza de la parte actora; con fundamento en lo establecido en el artículo 167 del CGP, que estipula: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”*

El Consejo de Estado¹³ al respecto ha dicho:

“El concepto de carga de la prueba se convierte en un (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que despliegan en el proceso, pues si bien disponen de libertad para probar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo.

En otros términos, “no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota”; las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de fecha 04 de febrero de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

13001-33-33-002-2013-00110-01

alegación incompleta, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de “non liquet” le obliga a resolver, en todo caso.

Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado hecho y, por consiguiente, a quien corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, pues dichas reglas, precisamente, permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía y de eficacia de la función jurisdiccional.

En los procesos que cursan ante el juez de lo Contencioso Administrativo, quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa.”

4.6. De las funciones y deberes de la Fiscalía General de la Nación.

La Constitución Política de Colombia en su artículo 250; el artículo 114 de la ley 906 de 2004 y la Ley 270 de 1996 en su artículo 23 establecieron que la Fiscalía General de la Nación se encuentra obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal, y a llevar a cabo las investigaciones de aquellos hechos que contengan las características de un acto delictivo, los cuales lleguen a conocimiento de dicha entidad por medio de una denuncia, una petición especial, una querrella o de oficio, siempre y cuando existan motivos suficientes y circunstancias reales que le indiquen la posible existencia del delito.

Igualmente se ha determinado que, en ejercicio de sus funciones, la Fiscalía General de la Nación deberá llevar a cabo allanamientos, registros, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, casos en los cuales el Juez de Control de Garantías realizará un control posterior. Así mismo, deberá

13001-33-33-002-2013-00110-01

asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando de esta manera la cadena de custodia mientras se ejecuta su contradicción.

De la misma manera, dentro de sus atribuciones, la Fiscalía General de la Nación para lograr a cabalidad el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, se encuentra totalmente facultada para investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito.

4.7. Del deber de soportar una investigación penal.

El Consejo de Estado¹⁴ ha manifestado que la vinculación a un proceso penal no constituye un daño antijurídico, teniendo en cuenta que la Fiscalía General de la Nación tiene el deber de investigar los delitos y de acusar a los presuntos infractores de la ley penal, siempre y cuando existan motivos y circunstancias fácticas que lleven a dicha entidad a desplegar su actuar en la posible comisión de un delito, de conformidad con lo consagrado en el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 23 de la Ley 270 de 1996.

Igualmente, expone esa Corporación que la investigación penal es una carga que todo ciudadano está en la obligación jurídica de soportar, en cumplimiento del deber que tienen como sujetos procesales de colaborar con la administración de justicia.

4.8. De las recientes reformas procesales en materia penal.

Colombia no ha sido ajena a los cambios legislativos de índole procesal; precisamente en este campo se han registrado cambios radicales entre el procedimiento anterior y el posterior a la Constitución de 1991.

Antes de la Constitución de 1991, nuestro país contó con un procedimiento penal mixto que tenía una clara tendencia inquisitiva al centralizar las funciones de acusación y juzgamiento en un mismo funcionario: el juez de la causa.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de fecha 11 de marzo de 2019, Radicado No. 19001233100020110050501 (55518). C.P. Guillermo Sánchez Luque.

13001-33-33-002-2013-00110-01

Igualmente, en la fase de instrucción predominaba la forma escrita; y en el juzgamiento, la oral. Con la creación de la Fiscalía General de la Nación, en 1991, la legislación procesal buscó en el sistema mixto una tendencia acusatoria real, al otorgar la función de investigar a un estamento diferente a los jueces. La Ley 600 de 2000 es un sistema procesal mixto con rezagos inquisitivos, pero con una marcada tendencia acusatoria.

La Ley 906 de 2004 establece en Colombia una legislación penal acusatoria, que empezó a regir a partir del 2005 y que pretende un código fuerte en su acusación, con posibilidades de defensa en la contradicción, con la participación del Ministerio Público en interés de la sociedad, recuperando la categoría cultural del juez.

5. El caso concreto.

5.1. Hechos relevantes probados.

Conforme a las probanzas arrojadas, se tiene acreditado que, en el presente caso, la privación de la libertad fue impuesta por un órgano estatal, es decir, que el daño emana de una conducta atribuible a este.

Reposa en el expediente, registro civil de nacimiento de los señores Jesús David Herrera Padilla, Luis Eduardo Herrera Padilla, Sair Herrera Padilla, Agripina Herrera Padilla, Franklin Herrera padilla, Benjamín Herrera Padilla, Kevin Jesús Herrera Zúñiga, Julieth Patricia Herrera Zúñiga¹⁵.

Se encontró acreditado que el ahora demandante, fue capturado el día **11 de agosto de 2008**, cuando presuntamente cometía el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, según se verifica de Tarjeta Dedactilar 303023445 del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC del interno Benjamín Herrera Padilla, identificado con el número 148027.¹⁶

¹⁵ Folios 28- 35 cdr. 1

¹⁶ Folio 80 cdr. 1

13001-33-33-002-2013-00110-01

Que el día **12 de agosto de 2008** en audiencia celebrada ante el Juzgado Octavo Penal Municipal de Cartagena con Funciones de Garantías se realizó la legalización de la captura, la formulación de la imputación y se ordenó la medida de aseguramiento en establecimiento penitenciario y carcelario, identificada dicha noticia criminal bajo el número de radicado 13001-60-01129-2008-02592-00, y apareciendo como indiciado el señor Jorge Eliecer Escalona. En este momento no existía certeza de la identificación del sindicado, no obstante, la Fiscalía se dispuso a individualizar a esta persona hasta tanto aportara su documento de identidad.¹⁷

Posteriormente, en audiencia de fecha **21 de noviembre de 2008** se deja constancia que Benjamín Herrera Padilla era el nombre correcto del imputado y no Jorge Eliecer Escalona.¹⁸

Según consta en proceso penal que se le siguió al hoy demandante en el Juzgado en mención, se encontró que la acusación¹⁹ de la Fiscalía se basa en informe de Patrulla de Policía, en el que se indica que el sindicado fue encontrado en flagrancia cuando abusaba sexualmente de una menor de quince años edad, según entrevista con el hermano de la víctima.

Que en audiencia celebrada el día **17 de enero de 2011** ante el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, la Fiscalía solicitó que se proferiera sentencia absolutoria, debido a que la víctima fue contradictoria en sus versiones; por lo tanto, el Juez decide absolver al señor Benjamín Herrera Padilla del delito investigado por imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, y ordena revocar cualquier medida de aseguramiento que se haya ordenado en la carpeta del imputado.²⁰

No obstante, se observa según Oficio AJUR 303 del 03 de marzo de 2009 expedido por el Director E.P.M.S.C. del INPEC, en el que se informa a la Fiscalía Seccional 32 de Cartagena, que no es posible hacer efectiva la libertad

¹⁷ Folio 95 cdr. 1

¹⁸ Folio 102 cdr. 1

¹⁹ Según se escucha de la reproducción de los audios del CD visible a folio 166 cdr 1.

²⁰ Folios 164-165 Cdr. 1

13001-33-33-002-2013-00110-01

otorgada al señor Benjamín Herrera Padilla por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de control de garantías, por aparecer una orden de captura vigente, comunicada mediante Oficio 1070 del 14 de septiembre de 2007, por lo que se deja a disposición de la Fiscalía con la finalidad de escucharlo en indagatoria²¹.

Al respecto, se allegó Copia de sentencia de fecha 12 de mayo de 2010, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se condena al hoy demandante a la pena principal de nueve (9) años de prisión, como autor del delito de Acceso Carnal Abusivo en menor de 14 años²².

Pues bien, durante el curso del presente proceso, se solicitó oficiar al INPEC – Establecimiento Carcelario y Penitenciario de Mediana Seguridad de Cartagena, Cárcel San Sebastián de Ternera, a fin de que remitiera: (i) Hoja de vida del interno Benjamín Herrera Padilla con C.C. 3.800.690 de Cartagena; (ii) Tarjeta de entrada al centro carcelario y cartilla biográfica del señor Benjamín Herrera Padilla; y (iii) certificación del tiempo de detención del señor Herrera Padilla, especificando con claridad fecha de entrada y salida.

De los documentos aportados de su hoja de vida se destacan los siguientes:

- Tarjeta dedactilar del interno Benjamín Herrera Padilla²³.
- Cartilla biográfica del interno Benjamín Herrera Padilla²⁴.
- Copia de audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, celebrada ante el Juez Octavo Penal Municipal de Cartagena con Funciones de Garantías²⁵.

²¹ Folio 206 cdr. 1

²² Folios 231-233 cdr. 1

²³ Folio 80 cdr. 1

²⁴ Folios 81-82 ; 181-183 cdr. 1

²⁵ Folio 95 cdr. 1

13001-33-33-002-2013-00110-01

- Acta de audiencia de argumentación oral, en la cual se deja constancia que Benjamín Herrera es el nombre real del imputado Jorge Eliecer Escalona²⁶.
- Diligencia de compromisos suscrita por el señor Benjamín Herrera Padilla el día 02 de marzo de 2009²⁷.
- Memorial presentado por el apoderado del señor Benjamín Herrera Padilla, donde requiere hora y fecha para celebrar audiencia pública con la finalidad de solicitar la libertad provisional por vencimiento de términos²⁸.
- Acta de audiencia preliminar de fecha 02 de marzo de 2009, por medio de la cual se decreta la libertad inmediata del imputado, accediendo a la solicitud presentada por su apoderado por vencimiento de términos²⁹.
- Acta de audiencia de preclusión de la investigación, celebrada el día 17 de enero de 2011 ante el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento.
- Copia de certificación de reclusión del señor Benjamín Herrera Padilla, en el Centro Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Cartagena, desde el día trece (13) de agosto de 2008, hasta el día once (11) de Julio de 2012, expedida por el Director (E) EPMSC-CAR³⁰.
- Copia de programa metodológico de la Fiscalía³¹.
- Copia de Oficio AJUR 303 expedido por el Director E.P.M.S.C.³².
- Copia de sentencia de fecha 12 de mayo de 2010, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se condena al hoy demandante a la pena principal de nueve (9) años de prisión, como autor del delito de Acceso Carnal Abusivo en menor de 14 años³³.
- Certificación expedida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, mediante la cual informa que la Sala Penal del H. Tribunal

²⁶ Folio 102 cdr. 1

²⁷ Folio 111 cdr. 1

²⁸ Folio 156 cdr. 1

²⁹ Folio 157 cdr. 2

³⁰ Folio 178 cdr. 1

³¹ Folio 186-187 cdr. 1

³² Folio 206 cdr. 1

³³ Folios 231-233 cdr. 1

13001-33-33-002-2013-00110-01

Superior del Distrito Judicial de Cartagena, confirmó mediante providencia de fecha 25 de octubre de 2011 la sentencia de fecha 12 de mayo de 2010³⁴.

5.2. De los testimonios.

En el transcurso del proceso de la referencia se decretó y practicó el testimonio de las siguientes personas³⁵:

- **Testimonio del señor OSCAR BELLO PATERNINA**, quien tiene 43 años, su nivel de estudio es bachiller, labora como operador de montacargas, vive en el Barrio 9 de abril Calle 20ª 49C-55. Afirma que conoce a todo el núcleo familiar del señor Benjamín Herrera Padilla, sus padres, sus hermanos, pues alega que son 7 hermanos en total. Señala el testigo que los conoce, porque cuando llegó a la ciudad, en una época ellos le arrendaron una habitación en el barrio Santa Clara; y cuando se mudó quedaron siendo grandes amigos.

Asevera que su familia era muy unida, pero después de los hechos se empezaron a distanciar un poco. Agrega que son personas de bien. Sostuvo que, al núcleo familiar la situación por la que atravesaron los afectó moral y económicamente, en la medida que un proceso penal acarrea gastos, tanto así, que debieron vender la casa que tenían ubicada en el barrio Santa Clara donde alguna vez le arrendaron una habitación. En la actualidad viven arrendados, no tienen vivienda propia.

Los ingresos que el señor Benjamín Herrera generaba antes de la captura, los destinaba a colaborar económicamente en su casa.

- **Testimonio de MALVIS DE AVILA ARROYO**, quien tiene 42 años, vive en el Barrio Nelson Mandela sector las Vegas, Manzana D Lote 2, es ama de casa y se dedica a ser líder comunitaria, indica su nivel de estudio bachiller, y que conoció al señor Benjamín Herrera Padilla cuando tenía

³⁴ Folio 245 cdr. 1

³⁵ Ver Audiencia de Pruebas, CD, folio 308 cdr.3



13001-33-33-002-2013-00110-01

la casa ubicada en el barrio Santa Clara. Agrega que un hermano de él es su compadre. De su declaración se destaca lo siguiente:

"De los hechos puedo decir que el Sr. Benjamín es inocente, soy testigo de eso, era un señor trabajador, coter, ayudaba mucho a su familia, de ahí dependían siete (7) hermanos, su papá, su mamá, y por medio del inconveniente que tuvo, el sufrió mucho estando detenido injustamente, se enfermó, actualmente padece de la enfermedad que sufrió encerrado, incluso cuando hay detención injustamente de lo que le acusan a él, fue víctima también de los insurgentes al margen de la ley que se llaman encapuchados en el barrio, fue desplazado de ahí también, y por las necesidades a veces no pudo irse.

Cuestionado también por la comunidad, su familia últimamente se deterioró y eso les afectó a todos."

Afirma que cuando vivían en el barrio Santa Clara se tuvieron que mudar al barrio Nelson Mandela, y desde ahí ellos han sufrido mucho a raíz del problema del hoy demandante.

Señaló que cuando el señor Benjamín Herrera Padilla estaba en la cárcel, sus piernas se le brotaron, y hasta el día de hoy padece esa enfermedad, de la cual no recuerda el nombre.

Agrega además que su núcleo familiar padeció muchos problemas económicos y personales, debido a que el hoy demandante era la persona que suplía las necesidades económicas de la familia, y a raíz de su detención no tenían como pagar las obligaciones diarias, tanto que les tocó recurrir a presta diarios.

Agrega que el señor Benjamín Herrera Padilla y su núcleo familiar han sido muy vulnerables después de los hechos ocurridos, debido a una serie de señalamientos de los cuales han sido víctimas con posterioridad a su captura por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir.

4.2. Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y Jurisprudencial.

Analizados los hechos relevantes que resultaron probados, de cara al marco jurídico que fue expuesto, procede la Sala a dar respuesta al problema jurídico planteado en el siguiente orden.

En el caso bajo estudio se tiene que el demandante, señor BENJAMÍN HERRERA PADILLA fue sujeto de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por considerarlo como presunto autor del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir. Dicha medida fue revocada, debido a que la Fiscalía pidió la preclusión de la investigación en contra del sindicado, por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia. En consecuencia, se absolvió, ordenándose con ello también revocar cualquier medida de aseguramiento en su contra.

En virtud de lo anterior, el demandante considera que se encontró injustamente privado de su libertad, por lo que solicita se declare a las demandadas responsables administrativa y patrimonialmente por los perjuicios que le ocasionó dicha detención.

El fallo de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, alegando que la condena cumplida se computó al tiempo que el señor Herrera Padilla estuvo cobijado bajo la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario por la comisión de otro delito del cual fue condenado a pena privativa de la libertad por nueve (9) años.

Al respecto, el recurrente menciona que se debe tener en cuenta que la captura y detención preventiva del señor Benjamín Herrera Padilla se da el día 13 de agosto de 2008, por un proceso diferente por el que lo condenan, y que dicha sentencia condenatoria se produce en el año 2010. Por lo tanto, considera que hay lugar a la reparación por los siete (7) meses que duró privado injustamente de libertad, antes de ser retenido por el otro proceso por el cual lo condenaron.

13001-33-33-002-2013-00110-01

Ahora bien, bajo la jurisprudencia que se ha señalado en el marco jurídico, se tiene que independientemente del régimen a aplicar, incluso en el régimen objetivo, es necesario demostrar la antijuridicidad del daño.

Veamos, de acuerdo a lo expuesto por el apelante se observa que, éste persigue una declaratoria automática de la responsabilidad del Estado, es decir, con la sola comprobación de (i) la detención de la persona y (ii) la finalización del proceso penal por sentencia absolutoria o similar.

Como se puede leer en el marco normativo traído a esta providencia, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo llegó a la conclusión que conforme al artículo 90 de la Constitución Política, para efectos de examinar la responsabilidad del Estado en cualquier materia, se debe partir de la antijuridicidad del daño, incluso en materia de privación de la libertad.

Bajo esta perspectiva, la Sala, con base en las pruebas que reposan en el proceso, determinará si existe o no responsabilidad patrimonial a cargo de las demandadas, sin hacer consideración alguna respecto de la responsabilidad penal del señor BENJAMÍN HERRERA PADILLA.

No obstante, con el fin de estudiar la responsabilidad de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, para la Sala es menester traer a colación las disposiciones legales que enmarcaron el trámite del proceso penal del señor HERRERA PADILLA. Por esta razón, conviene aclarar que aquel estuvo gobernado por la Ley 906 de 2004, dado que el hecho por el cual fue sindicado acaeció en el año 2008, esto es, después de la entrada en vigencia de dicha Ley.

En ese sentido, el artículo 306 de la Ley 906 de 2004³⁶ establece que el Fiscal puede solicitar al Juez de Control de Garantías la imposición de una medida

³⁶ Así establece el “**ARTÍCULO 306. SOLICITUD DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.** El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

Escuchados los argumentos del fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.

13001-33-33-002-2013-00110-01

de aseguramiento y este último, deberá decretar la misma teniendo en cuenta los requisitos que dispuso el artículo 308³⁷ ibídem.

De conformidad con el párrafo del artículo 297 de la Ley 906 de 2004³⁸ la captura de una persona solo es posible, con previa orden judicial, salvo los casos de flagrancia o de culpa excepcional en los términos del artículo 300 ibídem.³⁹

La víctima o su apoderado podrán solicitar al Juez de Control de Garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esta no sea solicitada por el fiscal.

En dicho caso, el Juez valorará los motivos que sustentan la no solicitud de la medida por parte del Fiscal, para determinar la viabilidad de su imposición."

³⁷ **"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.

PARÁGRAFO 1o. La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga."

³⁸ **"ARTÍCULO 297. REQUISITOS GENERALES.** <Artículo modificado por el artículo 19 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados, de acuerdo con el artículo 221, para inferir que aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga, según petición hecha por el respectivo fiscal.

Capturada la persona será puesta a disposición de un juez de control de garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido.

PARÁGRAFO. Salvo los casos de captura en flagrancia, o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a lo establecido en este código, el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías." (Subrayas fuera del texto).

³⁹ **"ARTÍCULO 300. CAPTURA EXCEPCIONAL POR ORDEN DE LA FISCALÍA.** <Artículo modificado por el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente orden de captura escrita y motivada en los eventos en los que proceda la detención preventiva, cuando por motivos serios y de fuerza mayor no se encuentre disponible un juez que pueda ordenarla, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, y concurra cualquiera de las siguientes causales:

1. Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación.

2. Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.

3. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible.

La vigencia de esta orden está supeditada a la posibilidad de acceso al juez de control de garantías para obtenerla.

Capturada la persona, será puesta a disposición de un juez de control de garantías inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que efectúe la audiencia de control de legalidad a la orden y a la aprehensión."

Por su parte, el artículo 301 de la misma disposición, señala los casos en los cuales se configura la flagrancia, así:

“ARTÍCULO 301. FLAGRANCIA. *Se entiende que hay flagrancia cuando:*

1. *La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito.*
2. *La persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho.*
3. *La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de las cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él.* (Subrayas fuera del texto)

En el presente asunto, se encontró probado que la captura del hoy demandante se dio en flagrancia de acuerdo al Informe de Policía Judicial que alude el Fiscal en la Audiencia de acusación⁴⁰, por tal razón, estima esta Corporación que el hecho de haber sido sorprendido el señor Herrera Padilla, durante la comisión del presunto delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir; permitió inferir de manera razonable, que podría ser autor del mismo, en los términos del artículo 308 citado, circunstancia que hizo procedente la medida de aseguramiento impuesta.

Para la Sala, el demandante, sí se encontraba en el deber de soportar la medida restrictiva de su libertad de la que fue objeto, por consiguiente, no se configuró la alegada privación injusta de la libertad respecto del período que alega el apelante en su recurso; por ello, resulta necesario, confirmar el fallo de primera instancia que negó las pretensiones de este asunto como pasará a explicarse.

En este punto debe decirse, que en el *sub judice* sí se constituyeron los supuestos de procedencia de la detención preventiva, por cuanto: (i) el delito desarrollado en el artículo 207 de la Ley 599 de 2000⁴¹ tiene previsto una pena

⁴⁰ Audiencia del 12 de agosto de 2008 que se encuentra en CD a folio 166 del expediente.

⁴¹ **“ARTÍCULO 207. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR** El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en

13001-33-33-002-2013-00110-01

de prisión cuyo mínimo es de doce (12) años; además, está enlistado dentro de los punibles para los cuales se fijó esta medida -artículo 308 de la Ley 906 de 2004-; y finalmente, (ii) hay un grave señalamiento debido que se trataba de una menor de 15 años de edad.

Es menester destacar, lo que para el efecto ha reiterado Corte Suprema de Justicia cuando las víctimas son menores de edad, y frente a lo cual, se deben activar diversos instrumentos de protección⁴², como ocurrió con la medida preventiva de la libertad cuestionada, pues, acorde con el principio de prevalencia del interés superior, las soluciones que se adopten deben garantizar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes y la plena satisfacción de todos sus derechos, tal como lo dispone el ordenamiento jurídico colombiano⁴³, los tratados internacionales⁴⁴, y la reiterada jurisprudencia constitucional⁴⁵.

No sobra decir que, posteriormente, el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia estableció que cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro cometidos contra niños, niñas y adolescentes, si hay lugar a proferir medida de aseguramiento, (i) *“esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión”*; (ii) *“no se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia”* y (iii) *“no procederá la extinción de la acción penal”*.

condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años.”

⁴² Sentencia de 25 de enero de 2017, radicado 41948, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

⁴³ El artículo 44 de la Constitución Política.

⁴⁴ La Convención sobre los Derechos del Niño- artículo 3º-, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991 y ratificada el 20 de febrero del mismo año; el acto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –artículo 24-1; la Convención Americana de Derechos Humanos – artículo 19-; la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño –Principio 2- y, también, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 –artículo 25-2-.

⁴⁵ Sentencias T-408 de 1995, T-514 de 1998 y T-979 de 2001, entre otras.

13001-33-33-002-2013-00110-01

En suma, el ente investigador, en el marco del proceso penal adelantado en contra del demandante, analizó la situación fáctica del momento y la condición de la menor, pues la presunta víctima tenía la edad de 15 años en la fecha de la ocurrencia de los hechos, y concluyó que debía imponerse, ajustadamente y por las circunstancias particulares del caso, la medida de aseguramiento en contra del señor BENJAMÍN HERRERA PADILLA.

En efecto, la gravedad del delito requería que la Fiscalía Seccional de Cartagena actuara con diligencia y celeridad, en aras de adoptar las decisiones pertinentes de manera oportuna, sin desmejorar los derechos de la persona sindicada, y con especial protección de la víctima de conformidad con el artículo 313A del Código de Procedimiento Penal⁴⁶.

Para la Sala es claro que la detención preventiva que soportó el señor BENJAMÍN HERRERA PADILLA no fue injusta, por cuanto la conducta endilgada de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, al momento de la imposición de la medida, se consideraba como probable, ya que como se dijo su captura se dio en flagrancia. De manera que, el daño alegado en la demanda por la privación de la libertad del antes nombrado no es antijurídico y, en ese orden, estaba en el deber de tolerarlo.

Así las cosas, se tiene que en el *sub judice*, la medida de detención preventiva fue razonable y proporcional, en atención a la especial confiabilidad del relato de los familiares de la menor, frente a lo cual obedecía la necesidad de

⁴⁶ **"ARTÍCULO 313A. CRITERIOS PARA DETERMINAR EL PELIGRO PARA LA COMUNIDAD Y EL RIESGO DE NO COMPARECENCIA EN LAS INVESTIGACIONES CONTRA MIEMBROS DE GRUPOS DELICTIVOS ORGANIZADOS Y GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS.** En las investigaciones contra miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados, para los efectos del artículo 296 de la Ley 906 de 2004, constituirán criterios de peligro futuro y riesgo de no comparecencia, cualquiera de los siguientes:

(...)

7. Cuando las víctimas sean defensores de Derechos Humanos o hagan parte de poblaciones con especial protección constitucional. Se pondrá especial énfasis en la protección de mujeres, niñas, niños y adolescentes, quienes han sido afectados por las organizaciones criminales objeto de esta ley. Este enfoque tendrá en cuenta los riesgos específicos que enfrentan las mujeres contra su vida, libertad, integridad y seguridad y serán adecuadas a dichos riesgos. (...)" (Subrayas fuera del texto).

13001-33-33-002-2013-00110-01

protegerla, circunstancias por las que debe descartarse una falla en el servicio.

Ahora bien, aunque con posterioridad, la víctima hubiera sido contradictoria en su versión ante la Fiscalía, lo cual motivó a esta última a solicitar la absolución del procesado, dicha circunstancia por sí sola, no constituye responsabilidad del Estado en el decreto de la medida de aseguramiento.

Tampoco, la presunción de inocencia que se mantuvo en la providencia de absolución significa indemnización automática; pues el juez contencioso, además de verificar si la decisión que privó de la libertad al señor BENJAMÍN HERRERA PADILLA se apartó o no de los criterios que regulan la imposición de medidas preventivas, también se encuentra en el deber de considerar la conducta desplegada por la víctima, desde la perspectiva de los deberes generales de convivencia.

Si bien en materia penal las pruebas recaudadas no resultaron suficientes para convencer al Juez Penal más allá de toda duda razonable de la ocurrencia del hecho, en materia extracontractual son suficientes para negar la reparación reclamada por los demandantes. Esto es así, porque responden a la explicación más razonable de lo probado.

Así las cosas, como se dijo, la única conclusión para la solución al caso en concreto es confirmar la decisión del juez de primera instancia, de absolución de la responsabilidad estatal en el presente asunto.

5. De la condena en costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, por lo que se condenará a la parte vencida al pago de las mismas, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia.

13001-33-33-002-2013-00110-01

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el veintitrés (23) de Mayo de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

13001-33-33-002-2013-00110-01



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Medio de control	REPARACION DIRECTA
Radicado	13001-33-33-002-2013-00110-01
Accionante	BENJAMIN HERRERA PADILLA Y OTROS accionjuridicasas@gmail.com
Accionada	NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Jurídica.cartagena@fiscalia.gov.co – RAMA JUDICIAL dirseccgena@cendoj.ramajudicial.gov.co
Tema	Privación Injusta de la Libertad – Deber de soportar la medida.