

**PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD - Absolución por duda no deslegítima medida de aseguramiento /
COMPORTAMIENTO IRREGULAR - provoca apertura de investigación**

Para esta Sala, la sentencia proferida por el A quo, debe ser revocada, pues a pesar de que el sindicado fue absuelto de la responsabilidad penal endilgada, no hay duda alguna de que su comportamiento, a todas luces irregular, provocó que la Fiscalía General de la Nación abriera una investigación, pues se encuentra acreditado en el plenario que la funcionaria de la Comisaria de Familia e Inspección Municipal de Policía puso en conocimiento de la Fiscalía Seccional de Pamplona, denuncia de presuntos hechos de abusos cometidos por el imputado a su menor hija, situación que motivó a la Fiscalía General de la Nación iniciar proceso penal en su contra, por consiguiente, las decisiones y medidas que debió soportar resultan imputables a su propia culpa, máxime teniendo en cuenta que aquéllas estuvieron debidamente respaldadas con las pruebas que militaban en el expediente penal en su momento.

EL DAÑO – Se entiende como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta no interpone los recursos de ley.

Así mismo resalta la Sala que al margen de la discusión de si dicha medida fue excesiva o no, lo cierto es que el comportamiento irregular del señor León Cruz puso en funcionamiento el aparato judicial del Estado y, de paso, provocó las decisiones y medidas que lo afectaron, pues conforme lo establece el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia- el daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima entre otras causas cuando ésta no haya interpuesto los recursos de ley. En efecto las pruebas obrantes dentro del expediente dan cuenta que pese a que la privación de la libertad, se originó como resultado de la medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión, proferida por la Fiscalía Primera Delgada ante Jueces Penales del Circuito de Pamplona, el día 16 de junio de 2007, contra esta decisión no se interpuso recurso alguno que le permitiera a la misma Fiscalía, reconsiderar la medida. Conforme a lo anterior se revoca la sentencia exonerándose a la entidad demandada de responsabilidad en atención a que fue la conducta del implicado la que provoco las medidas y decisiones que le privaron de la libertad.

Nota de Relatoría: *Contra la presente providencia se interpuso acción de tutela radicada bajo el número 11001-03-15-000-2016-02923-01, determinando el Honorable Consejo de Estado mediante providencias del 1 de noviembre de 2016 y 4 de mayo de 2017 de la Sección Segunda – Subsección B y de la Sección Cuarta respectivamente que el fallo de Segunda instancia proferido por el Tribunal dentro del proceso 54-001-33-33-001-2012-000132-01 no incurrió en las causales específicas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales denominadas: defecto factico y desconocimiento del precedente, pues el hecho de que el tribunal no haya apreciado las pruebas como lo pretendía la parte actora, ello no se traduce en una vía de hecho, pues en ejercicio de sus competencias jurisdiccionales tiene la potestad de otorgar diferentes grados de certeza a los elementos probatorios obrantes en el expediente, siempre que se haga de manera integral y bajo los criterios de la sana crítica como en efecto aconteció, lo cual impide al juez de tutela cuestionarlas.*

Nota: La presente providencia ha sido anonimizada en atención a que el asunto en discusión contiene datos sensibles de una menor de edad. En consecuencia, a fin de garantizar el derecho prevalente de la menor, se excluyen los datos que la puedan identificar.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

Magistrado Ponente: **Dr. Edgar Enrique Bernal Jáuregui**

San José de Cúcuta, diecinueve (19) de Mayo de dos mil dieciséis (2016)

RADICADO: 54-001-33-33-001-2012-000132-01
ACCIONANTE: - DEMANDANTE - Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN- RAMA JUDICIAL- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Fiscalía General de la Nación en contra de la sentencia proferida el treinta (30) de abril de dos mil quince (2015) por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Descongestión de Cúcuta, a través de la cual se declaró la responsabilidad administrativa, patrimonial y /o extracontractual de la entidad recurrente, por los daños irrogados a los demandantes, como consecuencia de la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor - **DEMANDANTE** -, condenando a la entidad demandada al pago de perjuicios morales y perjuicios materiales.

1.ANTECEDENTES

1.1.- En primera instancia

1.1.1. La sentencia apelada¹

El Juzgado Primero Administrativo Oral de Descongestión de Cúcuta, mediante sentencia del 30 de abril de 2015, dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de- Culpa determinante de un tercero e inexistencia del daño antijurídico-; y – La falta de legitimación en la causa por pasiva y la innominada- propuestas por la Fiscalía General de la Nación y la Nación – Rama Judicial, respectivamente, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda en lo que a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL respecta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

¹ Folios 281 al 292 del Cuaderno Principal No. 2.

Radicado No.: 54-001-33-33-001-2012-00132-01

Accionante: - Demandante - y otros

Sentencia Segunda Instancia

TERCERO: DECLARAR ADMINISTRATIVA Y PATRIMONIALMENTE RESPONSABLE a la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** por la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor - **DEMANDANTE** -, durante el periodo comprendido entre el 08 de junio de 2007 y hasta el 25 de abril de 2008.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNESE** a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACION**, a pagar a los demandantes los perjuicios por ellos sufridos, así:

- a. **POR CONCEPTO DE PERJUICIO MORAL**, a favor del señor **-DEMANDANTE-**, identificado con cedula de ciudadanía - 00.000.000 - de Cúcuta, en su condición de víctima directa, la suma de **CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS** m/cte, (\$51.548.000,00), esto es equivalente a 80 Salario Mínimos Legales Mensuales Vigentes a la fecha de ejecutoria de la presente providencia.
- b. **POR CONCEPTO DE PERJUICIO MORAL**, a favor de la señora **-HIJA DEL DEMANDANTE-**, identificada con cedula de ciudadanía **1.111. 111.111** de Chinacota, en su condición de hija de la víctima directa, la suma de **CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS** m/cte, (\$51.548.000,00), esto es equivalente a 80 Salario Mínimos Legales Mensuales Vigentes a la fecha de ejecutoria de la presente providencia.
- c. **POR CONCEPTO DE PERJUICIO MORAL**, a favor de la señora **-OTRA HIJA DEL DEMANDANTE-**, identificada con cedula de ciudadanía **2.222.222.222** de los patios, en su condición de hija de la víctima directa, la suma de **CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS** m/cte, (\$51.548.000, 00), esto es equivalente a 80 Salario Mínimos Legales Mensuales Vigentes a la fecha de ejecutoria de la presente providencia.
- d. **POR CONCEPTO PERJUICIO MATERIAL** en la modalidad de Lucro cesante a favor del señor **-DEMANDANTE-**, identificado con cedula de ciudadanía - 00.000.000 - de Cúcuta, en su condición de víctima directa, la suma de **DIECISEIS MILLONES DOSCIENTOS DOCE MIL NOVECIENTOS VEINTITRES PESOS (\$16.212.923)**

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda. (...)"

La anterior decisión la fundamentó en lo siguiente:

Consideró el Juez de Primera Instancia, que la NACIÓN – FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, es responsable administrativa y patrimonialmente por los perjuicios causados por la privación injusta de la libertad del señor -Demandante-, al encontrar que conforme al acervo probatorio el régimen de imputación aplicable para este caso debe ser objetivo, ya que la privación injusta de la libertad y posterior absolución de la investigación a favor del señor - demandante - , obedeció a la aplicación del principio in dubio pro reo, al no existir certeza de su responsabilidad penal en la comisión del delito de acto sexual en incapaz de resistir e incesto.

Conforme a lo anterior y debido a que no se logró establecer con claridad la responsabilidad del señor – Demandante - en la investigación de la que fue objeto durante la privación de su libertad, el A quo consideró que dicha

Radicado No.: 54-001-33-33-001-2012-00132-01

Accionante: - Demandante - y otros

Sentencia Segunda Instancia

responsabilidad recae única y exclusivamente en la Fiscalía General de la Nación, al ser esta entidad la generadora del daño que reclama el actor, y no la Nación Rama judicial, ya que esta fue la que dispuso la libertad del accionante, al encontrar carente de sentido el juzgamiento de las actuaciones que se le imputaban.

De igual forma encontró probado que si existió una privación injusta de la libertad del señor - Demandante -, al existir una sentencia que lo declaró absuelto por el hecho punible que se le acusaba, encontrando necesario reconocer que tiene derecho a ser indemnizado por los perjuicios que le fueron ocasionados por la privación de su libertad desde el 08 de junio de 2007 hasta el 25 de abril de 2008.

1.1.2. Argumentos de la apelación presentada por la Nación – Fiscalía General de la Nación

Expone, que no comparte la sentencia del A Quo, puesto que la privación de la libertad de que fue objeto el señor - Demandante -, tuvo fundamento en las pruebas valoradas bajo las reglas de la sana crítica, y pese a que finalmente se absolvió por duda, esta decisión por sí misma no desvirtúa o deslegitima la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta en su momento por la fiscalía de conocimiento, ya que estas decisiones fueron preferidas con fundamento en el acervo probatorio allegado en ese momento a la investigación penal el cual estaba plenamente fundamentado, pues si existieron indicios en su contra.

Aduce que para el caso en concreto aun cuando la Fiscalía General de la Nación, tuvo los indicios que válidamente dieron lugar a la medida de aseguramiento contra el señor -Demandante- , posteriormente se profirió sentencia absolutoria a su favor, no por absoluta inocencia del proceso sino por duda; afirmando que esa decisión, se produjo por la necesaria aplicación del principio de progresividad, sobre el cual se cimienta en el proceso penal, y que ha sido explicado por la jurisprudencia de la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria.

Considera que la Fiscalía General de la Nación, se encuentra exonerada para responder por los perjuicios aducidos por los demandantes, toda vez que alega que los mismos fueron causados por la denuncia de la comisaria de Familia e Inspectora Municipal de Policía del Departamento, quien con la denuncia allegó el informe de psicología en donde dan cuenta del comportamiento ilícito del señor - Demandante- con su menor Hija -presunta abusada-, enfatizando que los hechos que causaron los presuntos perjuicios, fueron causados por un tercero,

Radicado No.: 54-001-33-33-001-2012-00132-01

Accionante: - Demandante - y otros

Sentencia Segunda Instancia

configurando de esa forma una causal de exoneración por culpa exclusiva de un tercero.

Así mismo alega que el juzgador de instancia omitió pronunciarse de fondo sobre la responsabilidad de la Nación – Rama Judicial, ya que considera que debe ser esta entidad la llamada a responder, pues sobrepasó los términos para proferir fallo, teniendo en cuenta que la Fiscalía profirió medida de aseguramiento de detención preventiva el 16 de junio de 2007 y el 09 de octubre de 2007 se profirió resolución de acusación, la cual quedó ejecutoriada el 17 de octubre de 2007 y desde esta fecha paso a disposición de la Rama Judicial, la que por medio del Juzgado Penal de Pamplona avoca conocimiento el 01 de noviembre de 2007 y concede la libertad por vencimiento de términos el 24 de abril de 2008, quien posteriormente dicta sentencia absolutoria.

Finalmente solicita que se tenga en cuenta las razones expuestas con las cuales sustenta el recurso, y a su vez ruega por que se desvirtúen las pretensiones, y revoque el fallo proferido el 30 de abril de 2015 por el Juzgado Primero Administrativo en Descongestión del Circuito Judicial de Cúcuta.

1.2. Actuación procesal en segunda instancia

1.2.1. Admisión del recurso

Con auto del 27 de octubre del 2015 (fl. 4 c. principal de 2da instancia), se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación – Fiscalía General de la Nación en contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral en Descongestión de Cúcuta de fecha 30 de abril de 2015. La anterior providencia fue notificada por estado el día 28 de octubre del 2015.

1.2.2. Alegatos de Conclusión

El Magistrado Sustanciador, por considerar innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 247 del CPACA, mediante auto del 25 de enero de 2016 (fl. 11 c. principal de 2da instancia) dispuso correr traslado para alegatos de conclusión a las partes y al Procurador. La anterior providencia fue notificada por estado el día 28 de enero del 2016, y dicho término se descorrió así:

- **Nación- Fiscalía General de la Nación:**

Radicado No.: 54-001-33-33-001-2012-00132-01

Accionante: - Demandante - y otros

Sentencia Segunda Instancia

Ratifica lo expuesto en el recurso de apelación, señalando que no se le puede endilgar responsabilidad a la Nación - Fiscalía General de la Nación, toda vez que los hechos que causaron los presuntos perjuicios a los actores, fueron causados por un tercero, configurándose de tal forma una culpa excluyente para la Fiscalía General de la Nación. Así mismo señala que la absolución del señor - Demandante- se profirió por la existencia de la duda más no por haberse demostrado la inocencia.

Enuncia que si bien es cierto, la Fiscalía General de la Nación es el ente investigador del proceso penal, no debe ser condenado dentro de la teoría de la falla en el servicio, alegando que no existe falla alguna, puesto que su actuación se surtió dentro de la gradualidad propia del proceso penal, contando con fundamentos facticos conforme a la realidad procesal obligada a tomar las decisiones de definir la situación Jurídica e imponer medida de aseguramiento y calificar el mérito del sumario, frente a los hechos puestos a su conocimiento.

- **Apoderada de la parte demandante:**

Expone que conforme al contenido del recurso de apelación, la entidad demanda en ningún acápite de su escrito impugna la sentencia del A quo en cuanto a la condena impuesta, sino que tan solo se limita a solicitar la vinculación de la Rama Judicial para compartir la responsabilidad patrimonial que se impone en la misma. Acorde a lo anterior, solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, en la cual se dispone resarcir los daños causados a los demandantes.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 153 del CPACA, este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Jueces Administrativos de su jurisdicción.

2.2. Problema Jurídico

La Sala considera que el problema jurídico a resolver para concluir si se confirma, modifica o revoca la sentencia de primera instancia proferida dentro del proceso de la referencia el día 30 de abril de 2015, por el Juzgado Primero Administrativo en Descongestión del Circuito de Cúcuta, consiste en determinar si se configura alguna causal eximente de responsabilidad –tal como lo alega el recurrente-, o si

Radicado No.: 54-001-33-33-001-2012-00132-01

Accionante: - Demandante - y otros

Sentencia Segunda Instancia

por el contrario la absolución penal del señor -Demandante- , incluso por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, da lugar a la declaratoria de responsabilidad administrativa y patrimonial, tal como lo dispuso el A quo.

En caso de que se configure esta última hipótesis, deberá determinarse si tal responsabilidad recae exclusivamente en la Fiscalía General de la Nación, o si la misma es compartida con la Rama Judicial, o incluso exclusiva de esta última, tal como se invoca en el recurso de apelación.

2.3. Tesis que resuelven el problema jurídico planteado

2.3.1. Tesis de la parte demandante:

Para la parte demandante, la sentencia de primera instancia debe confirmarse, toda vez que se encuentra probado que la Nación - Fiscalía General de la Nación es responsable de la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor - Demandante- , y con ello todo los perjuicios que le ocasionó a él y a su familia.

2.3.2. Tesis de la Fiscalía General de la Nación:

Manifiesta que esa entidad no es quien debe responder por los presuntos perjuicios ocasionados a los demandantes, ya que por un lado dichos daños fueron causados por un tercero, configurándose de tal forma una culpa excluyente. Así mismo señala que la absolución del señor -Demandante- se profirió por la existencia de la duda más no por haberse demostrado la inocencia, y en todo caso, solicita que en caso de darse una condena, la misma se dirija en contra de la Rama Judicial y no de dicho ente.

2.3.3 Tesis del A quo:

Sostiene que en el caso concreto la absolución de -Demandante- deviene de la aplicación del principio de *In dubio pro reo*, la presente actuación se debe realizar bajo la perspectiva de un régimen de imputación objetiva, razón por la cual al estar demostrado el daño antijurídico causado al demandante configurado con su privación de la libertad desde el 08 de junio de 2007 hasta el 25 de abril de 2008, deberá el estado resarcir los perjuicios ocasionados tras la privación , la cual es considerada injusta.

De igual forma en lo concerniente a la imputación de la responsabilidad, concluye que la entidad llamada a responder por los perjuicios generados a los

Radicado No.: 54-001-33-33-001-2012-00132-01

Accionante: - Demandante - y otros

Sentencia Segunda Instancia

demandantes debe ser la Nación- Fiscalía General de la Nación, teniendo en cuenta que el señor -Demandante- fue absuelto dentro del proceso penal, por considerar que no existe certeza sobre la ocurrencia de la conducta punible.

2.3.4 Tesis de la Sala

Para esta Sala, la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral en Descongestión de Cúcuta, el día treinta (30) de abril de dos mil quince (2015), debe ser revocada, pues a pesar de que señor -Demandante- fue absuelto de la responsabilidad penal endilgada, para la Sala no hay duda alguna de que su comportamiento, a todas luces irregular, provocó que la Fiscalía General de la Nación abriera una investigación en su contra, a fin de establecer si aquél incurrió o no en violación de la ley penal y, por consiguiente, las decisiones y medidas que debió soportar resultan imputables a su propia culpa, máxime teniendo en cuenta que aquéllas estuvieron debidamente respaldadas con las pruebas que militaban en el expediente penal en su momento.

En ese orden de ideas, respecto de la afectación de los derechos e intereses legítimos de los demandantes, la Sala señala que la Fiscalía General de la Nación tenía la obligación de demostrar que se configuró algún supuesto de hecho que impida el surgimiento de responsabilidad del Estado, acerca de lo cual es dable señalar que la privación de la libertad del señor -Demandante- obedeció a su propia culpa, toda vez que, violó una obligación a la que estaba sujeto, cual fue la de abstenerse de ejecutar un acto tan reprochable como el efectuado en contra de su menor hija, razón por la cual la Fiscalía General de la Nación inició un proceso penal en su contra, en desarrollo del cual y conforme a las pruebas que militaban en el proceso penal, vio la necesidad de implementar las medidas que lo afectaron.

No obstante lo anterior, la Sala encuentra conforme a las pruebas obrantes dentro del expediente, las accionadas quedan exoneradas de responsabilidad por los hechos imputados en la demanda, pues, como quedó visto, la conducta reprochable del señor - Demandante - provocó las decisiones y medidas que debió soportar.

2.3 Enunciados fácticos relevantes jurídicamente probados

Los hechos relevantes que se encuentran jurídicamente probados son los siguientes:

Radicado No.: 54-001-33-33-001-2012-00132-01
Accionante: - Demandante - y otros
Sentencia Segunda Instancia

Hechos Probados	Medios Probatorios
Que la comisaria de familia e inspección Municipal de Policía del Departamento da a conocer a la Fiscalía Primera de Pamplona que por información del corregidor, la menor - presunta abusada - manifestó abuso sexual por parte de su padre -Demandante- , por lo anterior, para que se investigue a posible comisión de un delito.	Documental: Oficio N° 129 del 07 de junio de 2007 (fl.31)
Que la Unidad Judicial de Pamplona-Seccional de Policía Judicial el 08 de junio de 2007, aprehende al señor - Demandante- atendiendo la orden de captura N° 09 del 08/06/2007 de la Fiscalía Segunda Seccional de Pamplona	Documental: Orden de captura N°9 del 08 de junio de 2007, oficio N° 230/XSUBSIJ-PAMPL del 09 de junio de 2007 y acta de derechos del capturado el 08 de junio de 2007. (fls. 39 al 41)
La declaración de la menor - PRESUNTA ABUSADA-	Documental: Audiencia celebrada el 16 de junio de 2007 (fls. 58-59)
Que la Unidad Delegada ante Juez Penal del Circuito de Pamplona – Fiscalía Primera profiere medida de aseguramiento de detención preventiva contra -Demandante- , como presunto autor responsable de los delitos del acceso carnal violento e incesto.	Documental: Resolución N° 097 del 16 de junio de 2007 (fls.60 a 64)
Que la Unidad Delegada ante el Juez Penal del Circuito de Pamplona-Fiscalía Primera califica el sumario y profiere resolución de acusación contra -Demandante- , como presunto autor responsable de los delitos de acceso carnal violento e incesto	Documental: Resolución N° 0173 del 09 de octubre de 2007 (fls.105-111)
La Fiscalía Primera Seccional de Pamplona remite para la etapa de juzgamiento el proceso SIJUF 145.407 contra el señor - Demandante- .	Documental: Oficio N° 949 del 20 de octubre de 2007 (fl.118)
El Juzgado Penal del Circuito de Pamplona niega a libertad Provisional al señor -Demandante- .	Documental: Auto de fecha 14 de febrero de 2008 (fls.151-154)
El Juzgado Penal del Circuito de	Documental: Auto de fecha 24 de abril de 2008 (fls.188 a 190)

Radicado No.: 54-001-33-33-001-2012-00132-01
Accionante: - Demandante - y otros
Sentencia Segunda Instancia

Pamplona concede la libertad Provisional al señor - Demandante - .	
El Juzgado Penal del Circuito de Pamplona absuelve a - Demandante - por la conducta punible de actos sexuales en incapaz de resistir e incesto y revoca la medida de aseguramiento impuesta por la Fiscalía Primera Seccional de Pamplona.	Documental: Sentencia del 30 de agosto 2010 (fls.252-263)
El Juzgado Penal del Circuito de Pamplona señala que el fallo del 30 de Agosto de 2010 quedo ejecutoriado el 13 de septiembre de 2010.	Documental: Constancia de ejecutoria (fl.267)

2.4 Del caso concreto

En el presente asunto, la parte actora pretende que se declare la responsabilidad de la demanda, por la privación injusta de la libertad del señor -Demandante-, quien fue vinculado a un proceso penal y acusado por el delito acceso carnal en incapaz de resistir e incesto, siendo absuelto de dichos cargos por el Juzgado Penal del Circuito Judicial de Pamplona, conforme a la ausencia de pruebas que determinaran la certeza de la materialidad o existencia de la conducta punible, causal descrita en el inciso segundo del artículo 232 del C.P.P.

Al respecto, se encuentra acreditado en el plenario a folio 324 que el día 07 de junio de 2007, mediante oficio N° 129 expedido por la Dra. Maria Elizabeth Cáceres Melo, funcionaria de la Comisaria de Familia e Inspección Municipal de Policía del Municipio del Departamento, se pone en conocimiento ante la Fiscalía Seccional de Pamplona, la denuncia de los presuntos hechos de abusos cometidos por el señor -Demandante- a su menor hija -presunta abusada-.

Conforme a la denuncia allegada por la Comisaria de Familia e Inspección Municipal de Policía del Municipio del Departamento, la Fiscalía Segunda Delegada ante Jueces Penales del Circuito, mediante oficio de fecha 08 de junio de 2007 (Fol.324), ordena el inicio de la investigación en contra del señor -Demandante-, así mismo recibe la declaración de la menor -presunta abusada-, seguido de la orden de captura del señor -Demandante- y demás disposiciones legales del caso.

Radicado No.: 54-001-33-33-001-2012-00132-01

Accionante: - Demandante - y otros

Sentencia Segunda Instancia

El día 09 de junio de 2007, mediante orden de captura N° 09, es capturado el señor -demandante-, identificado con cedula de ciudadanía N° 00.000.000, expedida en Cúcuta, por el delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO E INCESTO, procediéndose a leerle los derechos del capturado, se le informó al Comandante de la Estación de Policía de Pamplona, con el fin de trasladar al retenido para dejarlo a disposición de la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales y Promiscuos Municipales de Pamplona.

Mediante Resolución N° 097- Radicado: 145.407 de fecha 16 de junio de 2007, la Fiscalía Primera Delegada ante los Jueces Penales y Promiscuos Municipales de Pamplona, resuelve proferir medida de aseguramiento de detención preventiva contra de -Demandante- , como el presunto responsable de los delitos de Acceso Carnal Violento e Incesto en perjuicio de su menor hija - presunta abusada -.

Así mismo el día 09 de octubre de 2007, la Fiscalía Primera Delegada ante los Jueces Penales y Promiscuos Municipales de Pamplona, resuelve mediante Resolución N° 173- Radicado: 145.407, dictar resolución de acusación contra el señor -demandante-, como el presunto autor responsable de los delitos de acceso carnal violento en concurso e incesto, en perjuicio de su menor hija -presunta abusada- .

El 26 de octubre de 2007 mediante oficio N° 94, la Fiscalía Primera Seccional de Pamplona, remite el expediente al Juez Penal del Circuito de Pamplona, para la etapa de juzgamiento. Dicha unidad judicial el 01 de noviembre de 2007 avoca conocimiento, posteriormente el día 11 de diciembre de 2007, se lleva a cabo la diligencia de audiencia preparatoria, en la cual se tomaron las declaraciones de -hermana de la presunta abusada- y -mamá de crianza de la presunta abusada-.

Para el 14 de febrero de 2008, Juzgado Penal del Circuito de Pamplona, procedió a pronunciarse sobre la petición de libertad por vencimiento de términos elevada por el señor -Demandante- dentro del proceso adelantado en su contra, resolviendo el Despacho desfavorablemente tal solicitud por no hallarse probado que había transcurrido más de seis meses, termino señalado en la norma procedimental. Seguidamente con Auto de fecha 24 de abril de 2008, el Juez Penal del Circuito de Pamplona, atendiendo la solicitud de libertad provisional impetrada por el abogado de señor -demandante- , resolvió conceder la libertad provisional.

Finalmente, el 30 de agosto de 2010 el Juzgado Penal del Circuito de Pamplona procedió a dictar sentencia absolutoria, al encontrar en el proceso ausencia de

Radicado No.: 54-001-33-33-001-2012-00132-01

Accionante: - Demandante - y otros

Sentencia Segunda Instancia

material probatorio que llevara a la certeza de la existencia o materialización de la conducta punible que se le atribuía al sindicado, ordenando su libertad inmediata, por cuanto no existe certeza acerca de su responsabilidad, decisión en contra de la cual no se interpuso recurso alguno.

Para la Sala, si bien en este caso se configura una de las circunstancias en que, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien ha sido privado de la libertad tiene derecho a ser indemnizado, lo cierto es que, las pruebas que obran en el expediente muestran que el comportamiento desarrollado por el señor - Demandante - provocó que la Fiscalía General de la Nación iniciara un proceso penal en su contra, en el que se prohirieron las medidas que lo afectaron.

En efecto, según la denuncia instaurada el 07 de junio de 2007 por la Dra. Maria Elizabeth Cáceres Melo, funcionaria de la Comisaria de Familia e Inspección Municipal de Policía del Municipio del Departamento, encontramos lo siguiente:

“Por información del corregidor, Municipio del Departamento, me informan de una menor que el padre no la dejaba ingresar a la casa y que la niña manifestaba que su padre abusaba de ella. Me traslade al centro poblado, donde ya le había comunicado al corregidor que no permitiera el regreso de la menor al lugar de residencia donde habitaba con el padre, mientras se iniciaba la respectiva investigación pertinente. La menor actualmente está a cargo de la Comisaria de Familia, donde a través de una familia del sector se ubicó provisionalmente, mientras se efectúa la verificación para la garantía de sus derechos y definir las medidas pertinentes.

El nombre de la menor es -PRESUNTA ABUSADA-, con T.I N° 999999999, fecha de nacimiento -00 de mes de 0000- y el nombre del padre es el Sr. - DEMANDANTE-, quien se identifica con cedula de ciudadanía N° 00.000.000 de Cúcuta, Norte de Santander, residencia barrio -sector- , manzana - # lote #, - corregimiento-, Municipio del Departamento, su ocupación agricultor, Hacienda la -Finca-, Corregimiento, Municipio del Departamento, N.S”

En el mismo sentido, reposa la declaración efectuada en la Fiscalía Segunda Delegada ante los Jueces del Circuito, por parte de -presunta abusada-, con T.I - N°999999999-, de Cúcuta, quien con respecto a los hechos manifestó:

“(…) Me llamo - PRESUNTA ABUSADA -, tengo 15 años de edad, nací en Chinacota, mis papas se llaman - Demandante - y mi mama se llamaba -mamá de la presunta abusada- (muerta), estude hasta primero de primaria escuela calaluna, yo se firmar mi nombre y se leer, la escuela queda al lado del Raizon, soltera. PREGUNTADO. Cuantos hermanos tiene usted. CONTESTO. Son cuatro, -hermano de la presunta abusada- , el otro se llama -hermano de igualmente de la presunta abusada- y la otra hermana -hija del demandante-, y ahora falto yo. PREGUNTADO. Con vive usted en -El corregimiento- CONTESTO. Antes con mi papa que se llama -Demandante- y con mi mama la de Cúcuta que me crio a mi ella se llama -mamá de crianza de la presunta abusada- , ella está en Cúcuta, vivía mi papa, mi mama la que me crio y yo

Radicado No.: 54-001-33-33-001-2012-00132-01

Accionante: - Demandante - y otros

Sentencia Segunda Instancia

porque mi mama se llamaba -mamá de la presunta abusada- y ella se murió hace bastante. PREGUNTADO en que parte duerme usted y con quien. CONTESTO. Yo dormía a parte de mi papa en otra cama pero en la misma pieza. PREGUNTADO desde cuando se fue -mamá de crianza de la presunta abusada-, para Cúcuta. CONTESTO. Hace bastante. PREGUNTADO. Diga si se acuerda cuando se desarrolló usted (se le explica la pregunta). CONTESTO. No me acuerdo. PREGUNTADO. Diga si usted sabe que es tener una relación sexual. CONTESTO. No se PREGUNTADO. Diga si a usted alguna persona le ha tocado a usted los senos o la vagina. CONTESTO. Mi papa me agarraba los senos, me empelotaba, esto me tocaba esto (la menor señala la vagina), no me soltaba y duraba un rato así, eso me lo hacia todas las noches, mi papa me pegaba cuando me metía eso porque yo no lo quería a él, el me daba besos en la boca (se deja constancia que la niña presenta lentitud en a expresión), cuando estaba mi hermano no me hacía eso. PREGUNTADO usted le había contado alguien lo que su papa le hacía CONTESTO. Si a mi hermana la que ta en Chinacota, ella dijo que eso muy jeo, que mi papa no quería que lo mandaran pa la policía, en el campo también me hacía eso. PREGUNTADO. Desde cuando su papa venía haciéndole todo eso usted cuenta CONTESTO. Yo no me acuerdo, eso hace bastante PREGUNTADO. Como la trata su papa CONTESTO. Me trataba mal, me decía que me largara que no tuviera más en la casa, eso que es evangélico es, yo le conté a la muchacha ROSMIRA, donde estoy y ella me dijo que eso era muy jeo, que para que queda embarazada y que para criar un chino para darle de tragar, entonces yo le dije no voy a golver mas. PREGUNTADO diga si su papa la dejaba salir de la casa. CONTESTO. No me dejaba salir todo eso encerrado cuando él llegaba, el compra el mercado en Chinacota para yo no más, por el tragaba en la balbanera, y la gente decía usted se aburre ahí solita (se deja constancia que la niña llora con sentimiento). PREGUNTADO. Cerca de donde usted vivía con su papa hay más casitas, hay más gente. CONTESTO. Si hay, yo le conté a la señora vecina ROSMIRA, y le conté a la muchacha ahí donde toy yo todo eso que me hacía mi papa. SE DEJA CONSTANCIA. No se interroga más a la menor por que el estado emocional que presenta al momento de contestar las preguntas acompañado de llanto. (...)"

A pesar de que al referido señor fue absuelto de la investigación, porque dentro del juicio las pruebas conllevaron a la absolución por duda, conforme lo indicó el Juez Penal, para la Sala no hay duda alguna de que su comportamiento, a todas luces irregular, provocó que la Fiscalía General de la Nación abriera una investigación en su contra, a fin de establecer si aquél incurrió o no en violación de la ley penal y, por consiguiente, las decisiones y medidas que debió soportar resultan imputables a su propia culpa, máxime teniendo en cuenta que aquéllas estuvieron debidamente respaldadas con las pruebas que militaban en el expediente penal en su momento.

Ahora, si bien los actores señalaron en su demanda que la medida restrictiva de la libertad que afectó al señor -Demandante- fue infundada, al ser atendida sin indagación ni verificación alguna lo cierto es que, a juicio de la Fiscalía, las pruebas que militaban en el proceso penal, resultaba procedente la medida restrictiva de la libertad.

Radicado No.: 54-001-33-33-001-2012-00132-01

Accionante: - Demandante - y otros

Sentencia Segunda Instancia

En todo caso, al margen de la discusión de si dicha medida fue excesiva o no, lo cierto es que el comportamiento irregular del señor - Demandante - puso en funcionamiento el aparato judicial del Estado y, de paso, provocó las decisiones y medidas que lo afectaron, acerca de lo cual vale la pena recordar que el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia- dispone 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”*, eventos éstos que, de llegar a configurarse, enervarían la responsabilidad del Estado; al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

“Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño. Así, la Sala en pronunciamientos anteriores ha señalado:

“(…) Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor ..., quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño (...)”² (se subraya).

En un caso en que el Estado fue exonerado de responsabilidad por la privación de la libertad de una persona, la misma corporación consideró que dicha medida obedeció al comportamiento negligente y descuidado de la propia víctima, toda vez que:

“(…) está plenamente acreditada en el expediente la inexistencia de vínculo causal —desde la perspectiva de la causalidad adecuada, se entiende— entre la tantas veces mencionada medida de aseguramiento y los perjuicios por cuya indemnización se reclama en el *sub lite*, previa declaratoria de la responsabilidad del Estado por los hechos que dieron lugar a la iniciación del trámite procesal que esta providencia decide, pues, como lo concluyó la agente del Ministerio Público ante esta Corporación -cuyo criterio la Sala comparte- y así también lo decidió el Tribunal Administrativo del Cesar en primera instancia, la privación de la libertad de la señora ... no tuvo su *causa eficiente o adecuada* en la actividad

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de julio de 2002 (expediente 13.744).

Radicado No.: 54-001-33-33-001-2012-00132-01

Accionante: - Demandante - y otros

Sentencia Segunda Instancia

de la Administración de Justicia -a pesar de ser la *causa inmediata*-, sino en la conducta asumida por la víctima.

“Sólo como consecuencia de las diligencias adelantadas posteriormente dentro de la investigación penal y, en especial, con ocasión de la inspección judicial, se logró establecer que el faltante que hacía aparecer el desorden en el cual se encontraba la dependencia en cuestión, realmente no tenía la trascendencia como para ser considerado un hecho punible. Pero los elementos de prueba obrantes en contra de la aquí accionante estuvieron gravitando hasta cuando la propia autoridad pública investigadora se ocupó de establecer que el ilícito no había ocurrido, razón por la cual el proceder negligente, imprudente y gravemente culposo de la víctima, en el presente caso, determina que la misma deba asumir la privación de la libertad de la que fue objeto, como una carga que le corresponde por el hecho de vivir en comunidad, a fin de garantizar la efectividad de la función de Administración de pronta y cumplida Justicia.

“La reprochable conducta de la víctima, en el caso *sub examine*, hace que la decisión adoptada por la autoridad judicial aparezca como plenamente proporcionada como resultado del juicio de ponderación entre los intereses jurídicos colisionantes en el caso concreto: efectividad de las decisiones a adoptar por la Administración de Justicia, de un lado y esfera de derechos y garantías fundamentales del individuo, de otro”³ (se subraya).

Así mismo, en pronunciamiento reciente emitido por la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴, en un caso similar al que nos ocupa en esta ocasión, el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, refirió:

“De acuerdo con la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad estatal por el hecho de la privación de la libertad ordenada por autoridad judicial competente y descendiendo al caso concreto, los presupuestos fácticos del sub lite podrían ser encuadrados en el régimen de responsabilidad derivado de la privación injusta de la libertad que tiene lugar cuando, a pesar de que la medida de aseguramiento hubiere sido legalmente proferida, comoquiera que si bien reunía el pleno de los requisitos legales para ser emitida, a la postre el imputado fue puesto en libertad provisional y posteriormente absuelto de los cargos formulados en su contra, por estimar el juez del conocimiento que su conducta solo constituyó una antijuridicidad formal, que no material, por lo que no era reprochable penalmente.

Así pues, nada obstaría para entender que, en principio, estamos ante un evento de responsabilidad patrimonial del Estado, con fundamento en la privación injusta de la libertad, sin embargo, dadas las particularidades del presente caso y consecuente con la línea jurisprudencial a la que, igualmente, se aludió en precedencia -de acuerdo con la cual el hecho exclusivo de la víctima, entendido como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el ciudadano, exonera de responsabilidad a la Administración-, no puede menos que concluirse que, con base en los elementos de prueba a los cuales se ha hecho alusión, está demostrada en el expediente la configuración de la causal eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima, esto es del señor Eugenio Jiménez Céspedes, en el acaecimiento del resultado en que se tradujo la decisión de la Fiscalía General de la Nación al proferir una medida de aseguramiento en su contra, es decir, la pérdida de su libertad.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007 (expediente 15.463).

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente Dr. Hernan Andrade Rincón, nueve (09) de marzo de dos mil dieciséis (2016), Expediente 2500023260002009002290-01 (39992).

Radicado No.: 54-001-33-33-001-2012-00132-01

Accionante: - Demandante - y otros

Sentencia Segunda Instancia

Y es que, a juicio de la Sala, está plenamente acreditada en el expediente la inexistencia de vínculo causal -desde la perspectiva de la causalidad adecuada, se entiende- entre la mencionada medida de aseguramiento y los perjuicios por cuya indemnización se reclama en el sub lite, previa declaratoria de la responsabilidad del Estado por los hechos que dieron lugar a la iniciación del trámite procesal que esta providencia decide, pues la privación de la libertad del señor Jiménez Céspedes no tuvo su causa eficiente o adecuada en la actividad de la Administración de Justicia -a pesar de ser la causa inmediata- sino en la conducta asumida por la víctima.

En este orden de ideas, resulta claro que la actuación del señor Jiménez Céspedes fue dolosa, en tanto que, de manera totalmente intencionada, abandonó a hurtadillas el sitio donde vivía, a sabiendas que la menor con la que sostenía una relación amorosa, consentida, había quedado en cinta, situación que hubiera podido ser aclarada ante la Fiscalía General de la Nación desde el primer momento, dado el abundante caudal probatorio que respaldaba las circunstancias fácticas del hecho, es decir, que era de público conocimiento la relación amorosa que sostenían el ahora demandante y la menor, que vale decirlo para el momento de los hechos contaba con 15 años de edad.

En esas condiciones, estima la Sala que el hoy demandante motivó su vinculación a la investigación que se adelantaba en cumplimiento del deber constitucional atribuido a la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de investigar las conductas que pudieran constituirse en delito, en punto a esclarecer su posible responsabilidad penal, toda vez que incurrió en la conducta investigada -lo cual reconoció expresamente-, y dicha circunstancia guardaba relación con la "amistad íntima", consentida, que sostenía con una menor de edad, en contravía con su avanzada edad, por lo que en el escenario del proceso penal debía establecerse la realidad de lo ocurrido para resolver sobre su situación particular.

Si bien dicha conducta finalmente no alcanzó a tener connotación frente a la responsabilidad penal del sindicado a la luz del punible investigado, resulta claro que dio lugar a que apareciera razonablemente comprometida su responsabilidad por el presunto delito por el cual se le procesó, hasta cuando el ente investigador y el juez del conocimiento se ocuparon de dilucidar que su actuar no trasgredió ninguna conducta penal.

Así las cosas, forzoso resulta concluir que el proceder de la víctima en el presente caso determina que deba asumir la privación de la libertad de la que fue objeto."

De tal modo, cabe destacar que frente a casos como éste, corresponde a la parte actora acreditar cuál fue la actuación del Estado que produjo el daño, además del nexo de causalidad entre estos dos elementos, los cuales, en el asunto *sub examine*, se encuentran acreditados, ya que fue una decisión de la Administración de Justicia, la que determinó que el señor -Demandante-, hubiera sido privado de la libertad durante 10 meses y 17 días, al cabo de los cuales le fue revocada la medida de aseguramiento, para posteriormente quedar absuelto de la investigación .

Por su parte, la demandada tenía la obligación de demostrar que se configuró algún supuesto de hecho que impida el surgimiento de responsabilidad del Estado, acerca de lo cual es dable señalar que la privación de la libertad de la que fue

Radicado No.: 54-001-33-33-001-2012-00132-01

Accionante: - Demandante - y otros

Sentencia Segunda Instancia

víctima el señor - Demandante - **obedeció a su propio culpa**, toda vez que como quedó visto, violó una obligación a la que estaba sujeto sin duda, cual fue la de abstenerse de ejecutar un acto tan reprochable como el efectuado en contra de una menor de edad, razón por la cual la Fiscalía General de la Nación inició un proceso penal en su contra, en desarrollo del cual y conforme a las pruebas que militaban en el proceso penal, vio la necesidad de implementar las medidas que lo afectaron y, por tanto, es obvio que dicho señor estaba obligado a soportarlas.

En efecto, reposa en la entrevista realizada a la menor afectada, en la cual cuenta lo que habitualmente el señor -Demandante- le hacía cuando estaban los dos, manifestando textualmente: *“Mi papa me agarraba los senos, me empelotaba, esto me tocaba esto (la menor señala la vagina), no me soltaba y duraba un rato así, eso me lo hacia todas las noches, mi papa me pegaba cuando me metía eso porque yo no lo quería a él, el me daba besos en la boca (se deja constancia que la niña presenta lentitud en a expresión), cuando estaba mi hermano no me hacía eso.”*

Ahora bien, con base al análisis efectuado a los elementos materiales probatorios por parte del Juzgado Penal del Circuito de Pamplona, el mismo decide absolver al señor -Demandante- , al concluir que no existe certeza sobre la ocurrencia de la conducta punible, por la ausencia de pruebas contundentes que corroboren la existencia y materialización de lo afirmado por la menor, atendiendo entre otros, a los resultados del examen psiquiátrico rendido por la Dra. Doris Reyes González, Psiquiatra Forense de Medicina Legal, en donde señala que se evidencia en la -presunta abusada-, un retardo mental leve, que existen inconsistencias en el relato y que la información es muy dispersa en el discurso, lo que impide determinar si el relato es confiable, anudado lo anterior expresa que no encuentra secuelas del síndrome del menor abusado.

Para la Sala, no puede descartarse que dentro del mismo informe de psiquiátrico rendido por la Dra. DORIS REYES GONZALEZ, en sección de DISCUSION de los hechos, señaló que: *“(...) el examen psiquiátrico no es por excelencia un instrumento para determinar la veracidad o falsedad de un relato; la entrevista psiquiátrica evalúa la coherencia del discurso y la ausencia de contradicciones en*

Radicado No.: 54-001-33-33-001-2012-00132-01

Accionante: - Demandante - y otros

Sentencia Segunda Instancia

el mismo y de allí determina si es confiable en la medida que se ajusta a la realidad conocida o posible”.

A juicio de la Sala, esta hipótesis de la veracidad del relato, es totalmente creíble pues la versión rendida por la víctima es coherente en su dicho, aunado a que se encontró en el informe técnico de medicina legal que la menor en el examen genital evidenciaba tener un Himen semilunar integro elástico lo cual indica que puede permitir el paso del miembro viril erecto sin mostrar evidencia de desgarre, lo anterior lleva a concluir que no es indicativo de que el hecho no haya existido.

Para la Sala comportamientos como el que desplegó el señor - Demandante - en contra de una menor de edad, afectan, sin duda, la integridad de los niños, sujetos de especial protección por parte del Estado, quienes no deben ser, bajo ningún punto de vista, objeto de tratos indebidos y degradantes, pues éstos van en desmedro de la dignidad y del respeto que se debe a quien es considerada como una persona vulnerable y, en esa medida, sujeto de especial protección.

En efecto, en relación con el *principio del interés superior del menor*, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el alcance normativo del artículo 44 Superior, el cual dispone que *“los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”*. Igualmente, ha puesto de relieve que este principio se encuentra consagrado en el numeral 1° del artículo tercero de la Convención de los Derechos del Niño, en virtud del cual *“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. Así mismo, este principio se encuentra en otros instrumentos internacionales, como la declaración de Ginebra de 1924, la cual estableció el imperativo de darle a los niños lo mejor, con frases como *“los niños primero”*, y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, y su posterior incorporación en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16).

Acerca de este principio, la jurisprudencia constitucional ha resaltado el carácter garantista de dicho principio, el cual se expresa a través de la plena garantía de los derechos de los menores. A este respecto, la Corte Constitucional ha afirmado que *“[e]l interés superior del niño constituye entonces un principio garantista, ya*

Radicado No.: 54-001-33-33-001-2012-00132-01

Accionante: - Demandante - y otros

Sentencia Segunda Instancia

que su razón de ser, su esencia, es la plena satisfacción de los derechos de los menores. En este sentido resulta claro que el contenido del principio son los propios derechos de los niños, y por ello en este caso puede decirse que interés y derecho se identifican”.

De otra parte, encuentra la Sala que en el presente caso se configura también la segunda eventualidad consagrada en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 - Estatutaria de la Administración de Justicia- que enerva la responsabilidad del Estado, cual es la inherente a que el imputado “*no haya interpuesto los recursos de ley*”.

En efecto, dan cuenta las pruebas obrantes dentro del expediente, que pese a que la privación de la libertad del señor -demandante- , se originó como resultado de la medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión, proferida por la Fiscalía Primera Delgada ante Jueces Penales del Circuito de Pamplona, el día 16 de junio de 2007, contra esta decisión que le privaría de la libertad, daño que aquí se alega, **no fue interpuesto recurso alguno** que le permitiera a la misma Fiscalía, reconsiderar la medida, tal y como se puede apreciar a folio 355 a 359 del expediente.

Acorde a lo anterior, concluye la Sala que debe revocarse la sentencia de primera instancia, quedando exonerada la parte demandada de la responsabilidad por los hechos imputados en la demanda, pues, como quedó visto, la conducta del señor -Demandante- fue lo que provocó las decisiones y medidas en virtud de las cuales fue privado de su libertad.

3 COSTAS.

Para terminar, y teniendo en cuenta que en el presente caso se resuelve favorablemente el recurso de apelación interpuesto por la Nación – Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 365 del CGP, la Sala se abstiene de realizar tal condena.

Lo anterior, de conformidad con el numeral 8º ibídem que establece que sólo habrá lugar a costas cuanto en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Radicado No.: 54-001-33-33-001-2012-00132-01

Accionante: - Demandante - y otros

Sentencia Segunda Instancia

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del treinta (30) de Abril de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral en Descongestión de Cúcuta, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, con ocasión de la privación de la libertad de que fue víctima el señor **-DEMANDANTE-**, para en su lugar, **DENEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Una vez ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales pertinentes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue aprobada en Sala Oral de Decisión No. 1 del 19 de mayo de 2016)

EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado.-

MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ.
Magistrada.-

CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado.-
(Salvamento de voto)

Nota: La presente providencia ha sido anonimizada en atención a que el asunto en discusión contiene datos sensibles de una menor de edad. En consecuencia, a fin de garantizar el derecho prevalente de la menor, se excluyen los datos que la puedan identificar.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, siete (7) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Ref: Radicado No.: 54-001-33-33-001-**2012-00132**-01

Medio de Control: Reparación Directa

Demandante: Demandante y otros

Demandado: Nación –Rama Judicial- Fiscalía General de la Nación

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto acostumbrado por los Magistrados que hacen parte de la Sala de Decisión Oral No. 1, considero necesario apartarme de la decisión tomada en el presente proceso, en cuanto se decidió por mayoría revocar la sentencia de primera instancia que accedió a las súplicas de la demanda, para en su lugar negarlas, al considerar que *“.... a pesar de que señor Demandante fue absuelto de la responsabilidad penal endilgada, para la Sala no hay duda alguna de que su comportamiento, a todas luces irregular, provocó que la Fiscalía General de la Nación abriera una investigación en su contra, a fin de establecer si aquél incurrió o no en violación de la ley penal y, por consiguiente, las decisiones y medidas que debió soportar resultan imputables a su propia culpa, máxime teniendo en cuenta que aquéllas estuvieron debidamente respaldadas con las pruebas que militaban en el expediente penal en su momento...”*.

En ese orden de ideas, respecto de la afectación de los derechos e intereses legítimos de los demandantes, la Sala señala que la Fiscalía General de la Nación tenía la obligación de demostrar que se configuró algún supuesto de hecho que impidiera el surgimiento de responsabilidad del Estado, acerca de lo cual es dable señalar que la privación de la libertad del señor Demandante obedeció a su propia culpa, toda vez que, violó una obligación a la que estaba sujeto, cual fue la de abstenerse de ejecutar un acto tan reprochable como el efectuado en contra de su menor hija, razón por la cual la Fiscalía General de la Nación inició un proceso penal en su contra, en desarrollo del cual y

conforme a las pruebas que militaban en el proceso penal, vio la necesidad de implementar las medidas que lo afectaron”.

Las razones que me llevan a disentir de la Sala son las siguientes:

En primer lugar advierto que el daño antijurídico está acreditado, toda vez que se encuentra probado que el señor Demandante estuvo privado de la libertad desde el 8 de junio de 2007 hasta el 25 de abril de 2008, cuando el Juez Penal del Circuito de Pamplona, atendiendo la solicitud de libertad provisional impetrada por el abogado de señor León Cruz, resolvió conceder la libertad provisional y finalmente, el 30 de agosto de 2010, el Juzgado Penal del Circuito de Pamplona procedió a dictar sentencia absolutoria, al encontrar en el proceso ausencia de material probatorio que llevara a la certeza de la existencia o materialización de la conducta punible que se le atribuía al sindicado, ordenando su libertad inmediata, por cuanto no existe certeza acerca de su responsabilidad, decisión en contra de la cual no se interpuso recurso alguno.

En ese orden de ideas, la afectación de los derechos, bienes e intereses legítimos de los demandantes se encuentra probada, ya que el ordenamiento jurídico no les impone el deber o la carga de tolerar el daño irrogado, esto es, la privación de la libertad padecida por quienes concurren al presente proceso, lo que permite concluir que en el caso concreto sí existe daño antijurídico.

Ahora bien teniendo clara la concreción del daño antijurídico, procedo a determinar si el mismo es atribuible a la Nación – Fiscalía General de la Nación, por lo que resulta necesario analizar los siguientes temas: (i) responsabilidad del Estado por privación de la libertad, (ii) título de imputación aplicable y (ii) conclusión respecto de la presencia de los elementos de la responsabilidad en el caso concreto.

(i) Responsabilidad del Estado por privación de la libertad

En el caso específico de la privación injusta de la libertad, se deben tener en cuenta algunos aspectos y parámetros trazados por la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵ y que se pueden sintetizar así:

- El artículo 414 del ya derogado Decreto Ley 2700 de 1991, antiguo Código de Procedimiento Penal, presumía el carácter injusto de tal detención en aquellos casos en los cuales el proceso penal terminaba porque el hecho no había existido, o porque el sindicado no lo había cometido, o porque la conducta no constituía hecho punible⁶, siendo la única excepción a esa

⁵ Ver entre otras, sentencia de unificación del 12 de junio de 2013, en relación con el valor probatorio de las copias simples y la tasación de los perjuicios inmateriales en escenarios de privación injusta de la libertad. Sección Tercera del Consejo de Estado, proceso radicado No. 25000-23-26-000-2001-01159-01(28261).

⁶ Así decía la norma: “**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

regla, el que la detención preventiva hubiese obedecido al dolo o la culpa grave del propio afectado con la medida.

- Con base en tal normatividad, consideró que el Estado debía responder en esos eventos, independientemente de que la captura resultara hecha con el lleno de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, en el entendido de que la persona a quien se impuso la medida de aseguramiento o condena privativa de la libertad, no estaba en la obligación de soportar el daño antijurídico que se le causó con ello y, por consiguiente, el régimen de responsabilidad aplicable para estos casos se torna de carácter objetivo por cuanto no se requiere establecer, para efecto del reconocimiento del perjuicio ocasionado que se hubiere presentado una falla en la prestación del servicio de administrar justicia.
- En cuanto a las absoluciones que tienen como base la presunción de inocencia de los vinculados al proceso penal, es decir en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, la Sección Tercera ha considerado que el Estado debe responder con base en que la imposibilidad de condenar a la persona a la cual ha sometido a un régimen de privación de su libertad, se muestra como una carga desproporcionada para la persona que ha sufrido tal circunstancia.
- Así concluyó que el Estado debe responder por los perjuicios que se lleguen a causar con la privación de la libertad en todos aquellos casos en los cuales se absuelve al procesado, independientemente de que se trate de una de las causales previstas en el ya derogado Decreto 2700 de 1991, o de cualquier otra causa, siempre y cuando la detención no haya sido causada por dolo o culpa grave del afectado.

(ii) Del título de imputación aplicable

De las pruebas aportadas al proceso, considero al igual que el *A quo*, que el régimen de imputación aplicable debe ser el régimen objetivo, de conformidad con los parámetros contemplados por la jurisprudencia del Consejo de Estado mencionada en acápites anteriores, toda vez que la absolución del señor Demandante obedeció a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, por lo que se entrará a analizar el título de imputabilidad del régimen objetivo.

Para efectos de fundamentar lo expuesto, es necesario precisar que la sala considera que *“no hay duda alguna de que su comportamiento, a todas luces irregular, provocó que la Fiscalía General de la Nación abriera una investigación en su contra, a fin de establecer si aquél incurrió o no en violación de la ley penal y, por consiguiente, las decisiones y medidas que debió soportar resultan imputables a su propia culpa”*, lo que la conduce a concluir que se produce la causal eximente de culpa exclusiva de la víctima, sin embargo tal

hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”.

calificación no corresponde a las conclusiones del juez penal que absolvió al señor Demandante, pues se valoró que la prueba recaudada en el proceso no permitía tener certeza de que el implicado hubiese incurrido en la conducta reprochable penalmente, desde luego que no desconozco la importancia de tener siempre de presente el derecho de los niños como en forma plausible lo plantea la sala, pero en el caso particular estimo que el juez administrativo no puede sustituir al juez penal para afirmar que sí se desplegó una conducta que no resultó probada en el proceso penal, por más que los hechos prima facie resulten repudiabiles y el juez administrativo considere lo contrario.

De lo citado anteriormente estimo que al no tener el juez de conocimiento el material probatorio suficiente que acreditara la responsabilidad del señor Demandante, conllevó a que profirieran una sentencia absolutoria; todo lo anterior en aplicación del principio del *in dubio pro reo*, pues no encontró la respectiva certeza para condenar.

Obligación del Estado de indemnizar en el *sub júdice*

Por todo lo expuesto, concluyo que operó la privación injusta de la libertad señor Demandante y que hay un nexo de causalidad entre la actuación del Estado y los daños irrogados a este y a sus familiares, los aquí demandantes, lo que da lugar a que - en el presente caso haya una sentencia condenatoria, dado que los demandantes tienen derecho a ser indemnizados por la privación injusta de la libertad del señor Demandante, vale decir, sí existe responsabilidad patrimonial extracontractual de Estado, a cargo de la Fiscalía General de la Nación, quien fue el ente que lo privó de libertad con su decisión, y teniendo en cuenta que los jueces penales, lo absolvieron.

Asimismo por su pertinencia, es dable reseñar, la sentencia del 17 de octubre de 2013, proferida por el Consejo de Estado dentro del proceso radicado con el número 52001233100019967459 – 01 (23.354)⁷:

*“h. En conclusión, si se atribuyen y se respetan en casos como el sub judice los alcances que en el sistema jurídico nacional corresponden tanto a la **presunción constitucional de inocencia** como al principio-valor-derecho fundamental a la **libertad** —cuya privación cautelar está gobernada por el postulado de la excepcionalidad, según se ha expuesto—, resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia al proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego absolver de responsabilidad penal al sindicado en aplicación del principio *in dubio pro reo*, haya sido un proceder ajustado o contrario a Derecho, en el cual resulte identificable, o no, una falla en el servicio, un error judicial o el obrar doloso o gravemente culposo del agente judicial, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, devendrá en intrascendente —en todo sentido— que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, **se habrá irrogado un daño especial a un individuo**.*”

⁷ Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 17 de octubre de 2013, radicado No. 52001233100019967459 – 01 (23.354), demandante Luis Carlos Orozco Osorio, demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación. C.P. Mauricio Fajardo Gómez

*Y se habrá causado un **daño especial** a la persona preventivamente privada de su libertad y posteriormente absuelta, en la medida en que mientras la causación de ese daño redundará en beneficio de la colectividad —interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias—, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad, a aquélla persona en quien, infortunadamente, se concretó el carácter excepcional de la detención preventiva y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el tantas veces aludido artículo 90 constitucional.”*

Bajo las circunstancias anteriores, reitero, que siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, antes relacionada, no se puede exonerar al Estado de responsabilidad, cuando a pesar de haber dictado una medida de detención con el lleno de los requisitos de que exige la ley para el efecto, profiere posteriormente una sentencia absolutoria en la que se establece, finalmente, que existe duda razonable sobre la conducta delictiva por la que estuvo privado de la libertad el accionante.

Teniendo en cuenta las circunstancias fácticas descritas resulta imperioso concluir que el señor Demandante no estaba en la obligación de soportar el daño que el Estado le irrogó y que debe ser calificado como antijurídico, calificación que determina la consecuente obligación para la Administración de resarcir a los demandantes, tal como se decidió en la sentencia que se revoca.

De esta manera dejo planteadas las razones que me llevan a disentir de la sentencia de la referencia.

CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado