

	JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI
Cali	Veintidós (22) de junio de dos mil dieciocho (2018)

SENTENCIA No. 080

MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
ACCIONANTE	MARYURI RESTREPO VARGAS Y OTROS
ACCIONADA	NACIÓN –RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.
RADICADO	76001-33-33-009-2015-00269-00

1. ANTECEDENTES

1.1 Pretensiones y fundamentos de hecho de la demanda:

Los señores **Darío Vargas García, Cristian Boyaca Vargas, Oscar Mauricio Boyaca Vargas, Frankz Restrepo Vargas, Katherine Restrepo Vargas y Maryuri Restrepo Vargas**, quienes actúan en nombre propio, así como el señor **José Ricardo Vargas Mercado**, quien actúa en nombre propio y representación de sus hijos menores **Juan José Vargas Salguero y María Guadalupe Vargas Salguero**, y la señora **Maribel Vargas García**, quien actúa en nombre propio y en representación de su hija menor **Karina León Vargas, Consuelo Vargas García**, a través de apoderado judicial, interponen el medio de control de Reparación Directa contra la **Nación – Rama Judicial** y la **Fiscalía General de la Nación**, con la finalidad de que dichas entidades sean declaradas administrativamente responsables de los perjuicios materiales e inmateriales que aducen haber sufrido, por la privación de la libertad de que fue objeto el primero de los nombrados.

Como fundamentos de orden fáctico se expuso que, el señor **Darío Vargas García**, fue detenido el día 07 de enero de 2014, por parte de la **Fiscalía General de la Nación** y, posteriormente puesto a disposición del **Juzgado Séptimo Penal Municipal de Garantías de Palmira – Valle**, por la presunta comisión del delito de actos sexuales con menor de catorce (14) años, para lo cual el día 08 de enero de 2014 se llevó a cabo la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de la medida de aseguramiento, siendo recluido en la penitenciaria de la ciudad de Palmira.

En este sentido, refirió que la **Fiscalía General de la Nación**, el día 07 de marzo de 2014 solicitó la preclusión de la investigación y, en tal virtud, el **Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Palmira – Valle**, el día 30 de abril de 2014, procedió a revocar la medida de aseguramiento y a ordenar la libertad inmediata del señor **Darío Vargas García**.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00269-00

Al respecto, el apoderado judicial de la parte actora manifestó que la decisión de preclusión de la investigación, puso en evidencia lo injusto de su detención y posterior privación de su libertad, la que se prolongó por un tiempo equivalente a tres (3) meses y veintitrés (23) días, carga que el actor no se encontraba en el deber jurídico de soportar.

Concluye precisando, que la privación de su libertad le generó perjuicios de toda índole, toda vez que tal situación le impidió llevar una vida normal con los goces que ella procura, en razón a que no pudo ejercer el desarrollo óptimo en sus relaciones tanto familiares como sociales, limitándose de tal forma su calidad de vida.

1.2 Alegatos de conclusión:

En el término concedido para tal efecto, el apoderado judicial de la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión¹, a través de los cuales manifestó que en el curso del proceso se logró acreditar que la privación de la libertad del señor **Darío Vargas García**, fue injusta e ilegal, por lo que debe procederse al reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales solicitados tanto a él como a su grupo familiar.

Finalmente, refirió los pronunciamientos dados por el Consejo de Estado, en temas relacionados con la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, así como también hizo referencia a la sentencia proferida por dicha Corporación el día 17 de octubre de 2014, en donde en forma unificada se plantearon los parámetros para el reconocimiento de perjuicios dependiendo del tiempo en que la persona afectada estuvo privada de la libertad, así como también hizo alusión a la forma de tasación de los respectivos perjuicios morales.

2. INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS Y DEL MINISTERIO PÚBLICO

2.1. Contestación de la demanda:

2.1.1. Nación – Rama Judicial:

La apoderada judicial de dicha entidad contestó la demanda dentro de la oportunidad correspondiente², y dentro del escrito manifestó oponerse a las súplicas incoadas, argumentando que la actuación de la **Rama Judicial** se desplegó en cumplimiento de las funciones que le asigna la Ley 906 de 2004, por cuanto la imposición de la medida de aseguramiento fue legítima y acorde con el régimen de protección al menor que prohíbe no sólo el otorgamiento de cualquiera de los subrogados penales sino que además privilegia los derechos del menor sobre los derechos de las demás partes.

En este sentido, expuso que el régimen de protección al menor es preciso en señalar tres (3) atributos que desarrollan su naturaleza prevalente y excluyente, a saber: i) prevalencia normativa y fuente primordial de interpretación y aplicación, ii)

¹ Folios 245 a 247 del expediente.

² Folios 178 a 185 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00269-00

prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes sobre cualquier otra persona o derecho y, iii) obligatoriedad absoluta de la medida de aseguramiento, aspectos que permiten inferir que la **Fiscalía General de la Nación** tiene un alto grado de responsabilidad en el debido soporte de viabilidad, justificación y necesidad de la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento, por lo que la facultad discrecional del Juez de Garantías es significativamente reducida, limitándose sólo a la verificación formal de la medida.

A partir de lo anterior, solicita que se exonere de responsabilidad a la **Rama Judicial**, toda vez que en el curso del proceso se acreditó que el Juez de Control de Garantías no se encontraba en la obligación legal de realizar ninguna valoración probatoria y, por lo mismo, no definió la responsabilidad del investigado, pues su labor sólo se circunscribió a verificar el cumplimiento de los requisitos consagrados en los artículos 220 Constitucional, 308 de la Ley 906 de 2004 y la constatación de que la medida de aseguramiento se adecuaba al test de proporcionalidad, razonabilidad y ponderación.

En lo que respecta a la actuación desplegada por el Juez de Conocimiento, expuso que la misma se ajustó a derecho, pues la teoría presentada por la Fiscalía, finalmente no se soportó en pruebas legalmente recaudados y arrimadas al proceso, lo cual evidencia falencias de tipo probatorio, impidiéndose de tal manera que se profiriera un fallo condenatorio, ante el hecho de que no se encontraba demostrada la participación del aquí demandante en el delito imputado.

Por lo tanto, concluye que en su concepto no existe nexo de causalidad entre las actuaciones y decisiones de los jueces penales que intervinieron en el proceso y el daño antijurídico reclamado por los demandantes.

En virtud de lo anterior, formuló como excepciones las denominadas: "*inexistencia de nexo de causalidad entre las actuaciones realizadas por la Rama Judicial y la producción del daño, innominada o genérica, excepción a la aplicación del régimen objetivo e indebida integración de la Litis*".

2.1.2. Fiscalía General de la Nación:

La apoderada judicial de la **Fiscalía General de la Nación**, contestó oportunamente la demanda³, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentado para ello que el señor **Darío Vargas García**, como presunto autor del delito de actos sexuales con menor de catorce (14) años, fue puesto a disposición del Juzgado Séptimo Penal Municipal de Palmira con Funciones de Control de Garantías el día 09 de mayo de 2012, fecha en la cual se encontraba vigente la Ley 906 de 2004, razón por la cual las atribuciones y las competencias de la Fiscalía cambiaron notoriamente en el trámite del proceso penal, cuyo protagonista principal es el Juez de Control de Garantías, como quiera que la Fiscalía se convierte en un sujeto procesal más, destacándose que en el nuevo sistema, ya no es esta entidad quien impone la medida de aseguramiento sino el mentado Juez de la Republica.

Seguidamente, señala que el Juez Séptimo Penal Municipal de Palmira con Funciones de Control de Garantías, al momento de disponer sobre la legalidad de la

³ Folios 171 a 177 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00269-00

captura e imposición de la medida de aseguramiento al señor **Darío Vargas García**, contaba con todas las facultades constitucionales y legales para no decretar tal medida, si en su criterio la misma no era razonada y prudente, para así evitar la privación injusta de la libertad, por lo que no resulta procedente imputar responsabilidad administrativa a la **Fiscalía General de la Nación**, cuando no fue la entidad que impuso la medida de aseguramiento.

En este orden de ideas, expuso que de las pruebas aportadas al plenario se logra extraer que la **Fiscalía General de la Nación**, dentro de la investigación adelantada en contra del señor **Darío Vargas García**, actuó de conformidad con las funciones establecidas en el artículo 250 de la Constitución Nacional, las disposiciones legales, dentro de estas el Estatuto Orgánico de la Fiscalía y las disposiciones tanto sustanciales como procedimentales penales, vigentes para la época de los hechos.

Finalmente propuso como excepción previa la denominada: "*falta de legitimación por pasiva*", la cual será decidida en la presente providencia.

2.2. Alegatos de conclusión:

2.2.1. Nación – Rama Judicial:

En el término concedido para tal efecto, allegó sus alegatos, en los que procedió a reafirmar los argumentos esgrimidos en el escrito de contestación de la demanda⁴.

2.2.2. Fiscalía General de la Nación:

La apoderada judicial de la **Fiscalía General de la Nación**, presentó oportunamente sus alegatos de conclusión⁵, a través de los cuales reiteró que las actuaciones adelantadas por dicha entidad se enmarcaron dentro de la ritualidad procesal existente, determinada por la Constitución Política y la Ley 906 de 2004, por lo que no resulta procedente imputarle algún tipo de responsabilidad, cuando su intervención en el proceso no fue determinante en la afectación de la libertad del señor **Darío Vargas García**.

2.2.3. Ministerio Público:

La representante del Ministerio Público, emitió concepto dentro del presente asunto⁶, a través del cual solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda y se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva de la **Fiscalía General de la Nación**, toda vez que de las pruebas arrojadas al plenario se logró acreditar que la **Rama Judicial**, es la entidad responsable de la privación de la libertad del señor **Darío Vargas García**, como quiera que su detención se tornó injusta, pues durante el proceso penal al cual fue vinculado, no se logró desvirtuar la presunción de inocencia que lo ampara y finalmente se estableció que el hecho punible jamás existió, motivo por el cual se precluyó la investigación.

⁴ Folios 253 a 257 del expediente.

⁵ Folios 240 a 244 del expediente.

⁶ Folios 261 a 270 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00269-00

Finalmente, hizo referencia a los perjuicios que deben reconocerse a favor de los demandantes, para lo cual citó la sentencia del Consejo de Estado de unificación de jurisprudencia sobre la indemnización del perjuicio moral, fechada el pasado 28 de agosto de 2014, precisando que no hay lugar al reconocimiento del perjuicio material en la modalidad de lucro cesante, porque el actor no acreditó la actividad productiva que desarrollaba, así como tampoco se debe reconocer el perjuicio denominado daño a la salud, ya que no hay prueba idónea que demuestre la afectación a la órbita personal del demandante.

3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

3.1. De los presupuestos procesales.

El Despacho no observa irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado pues, una vez admitida la demanda, notificada la misma y surtido el traslado para su contestación, se llevó a cabo la audiencia inicial en la forma señalada en el artículo 180 de la ley 1437 de 2011⁷, en la que, además de fijar el litigio, se decretaron las pruebas, siendo éstas recaudadas conforme lo dispone el artículo 181 de la misma norma⁸.

En virtud de lo anterior, se declaró cerrada la etapa probatoria y de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 181 de la Ley 1437 de 2001, se prescindió de la audiencia de Alegaciones y Juzgamiento y se dispuso correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión por el término común de diez (10) días. El audio y video de las audiencias realizadas por el Despacho, se encuentran grabados conforme el artículo 183 ibídem.

3.2. Problema jurídico planteado:

El litigio se contrae a determinar si la privación de la libertad de que habría sido objeto el señor **Darío Vargas García**, puede calificarse o no de injusta; en caso afirmativo, se deberá establecer si las entidades demandadas están llamadas a responder por los daños materiales e inmateriales que aducen haber sufrido los demandantes, en los términos de los artículos 90 de la Carta Magna, 140 de la Ley 1437 de 2011 y Ley 270 de 1996.

3.3. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso:

3.3.1.- La cláusula general de responsabilidad del Estado contenida en el artículo 90 de la Constitución Política establece que: *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas..."*.

A partir de lo anterior es claro que, en relación con el tema de la responsabilidad extracontractual de la administración, y en general del Estado, el constituyente de 1991 previó que éste debe responder por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

⁷ Folios 194 a 196 del expediente.

⁸ Folios 226 a 227 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00269-00

De igual manera, el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que consagra el medio de control de reparación directa, establece que la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico por la acción u omisión de los agentes del Estado, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Ahora, para que se origine la responsabilidad de naturaleza extracontractual de la administración, no es necesario que el daño sea consecuencia de una conducta dolosa, es decir, llevada a cabo con la intención de causar el daño, sino que es suficiente que el mismo se cause con la sola culpa, esto es, por impericia o negligencia del agente, o, mediante la violación de normas o reglamentos o en últimas por el quebrantamiento patrimonial que hay que reparar.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

"...Debe recordarse que a la luz de lo preceptuado en el artículo 90 de la Constitución Nacional de 1991, el Estado debe responder "...patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas". Dentro de este universo constitucional no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad administrativa no se da siempre por una conducta dolosa o culpable, que deba ser sancionada, sino por el quebranto patrimonial que hay que reparar. La atención del constituyente se desplazó, pues, desde el autor o la conducta causante del daño, hacia la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste, pues, en borrar una culpa, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el daño sufrido por el particular"⁹.

En virtud de lo expuesto, huelga acotar que la Ley 270 de 1996 definió en sus artículos 65 a 69, los eventos en los cuales se puede enmarcar la responsabilidad patrimonial del Estado por las actuaciones de sus agentes judiciales, determinando de tal forma, que el Estado responderá patrimonialmente por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

3.3.2.- A partir de lo anterior y teniendo en cuenta los fundamentos fácticos en los cuales se sustenta la demanda de la referencia, es menester señalar que el artículo 69 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia establece que: *"Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios"*.

Por su parte, el máximo Tribunal de la Jurisdicción Administrativa frente al tema ha indicado que: *"(...) el ordenamiento jurídico colombiano, orientado por la necesidad de garantizar de manera real y efectiva los derechos fundamentales de los ciudadanos, no puede escatimar esfuerzos que conlleven al aseguramiento y disfrute de esos derechos. Es por lo anterior que no se puede aceptar que los administrados*

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de noviembre de 1991, Radicado interno No. 6784, Consejero Ponente: Dr. **Julio Cesar Uribe Acosta**

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00269-00

estén obligados a soportar como una carga pública la privación de la libertad y que, en consecuencia, se hallen obligados a aceptar como un beneficio gracioso que posteriormente la medida sea revocada. No, en los eventos en que ello ocurra y se configuren causales como las previstas en el citado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, o incluso cuando se absuelva al detenido por in dubio pro reo –sin que opere como eximente de responsabilidad la culpa de la víctima–, el Estado está llamado a indemnizar los perjuicios que hubiere causado por razón de la imposición de una medida de detención preventiva que lo hubiere privado del ejercicio del derecho fundamental a la libertad, pues esa es una carga que ningún ciudadano está obligado a soportar por el sólo hecho de vivir en sociedad¹⁰ (Negrillas del Despacho).

Así las cosas, es menester señalar que al estudiar el régimen de imputación aplicable al Estado por el daño causado a un individuo privado injustamente de la libertad, la misma Colegiatura, de manera unificada, estableció que en términos generales el título de imputación aplicable en dicho evento es el daño especial, bajo el régimen de responsabilidad objetivo¹¹, de manera que, aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios causados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos.

En tal virtud, es claro entonces que en los casos de la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, se deberá acoger la tesis objetiva de responsabilidad estatal, siempre que se encuentren configurados los siguientes presupuestos, a saber:

- 1.- Que una persona sea detenida en forma preventiva privándole de este modo de su derecho a la libertad personal.
- 2.- Que el detenido resulte exonerado de los cargos que condujeron a su captura previa, ya sea porque fue absuelto mediante sentencia definitiva o porque en su favor se declaró la preclusión de la investigación debido a que: i) el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió, iii) la conducta era atípica (hipótesis establecidas en el artículo 414 del derogado Decreto Ley 2700 de 1991) o iv) por aplicación del principio universal in dubio pro reo¹².
- 3.- Que el sindicado no haya determinado su detención con el despliegue de una conducta abiertamente dolosa o gravemente culposa, caso que de presentarse hipotéticamente daría lugar a la configuración de la causal eximente de

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "A", Sentencia del 12 de febrero del 2014, Radicado No. 25000-23-26-000-2001-00041-01(30033), Consejero Ponente: Dr. **Hernán Andrade Rincón**.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "A", Sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, Radicado No. 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354), Consejero Ponente: Dr. **Mauricio Fajardo Gómez**.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de junio de 2013, Radicado No. 25000-23-26-000-2003-01537-01(30034), Consejero Ponente: Dr. **Mauricio Fajardo Gómez**.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00269-00

responsabilidad de "culpa exclusiva de la víctima", en términos de la Ley 270 de 1996.

4.- Que quien o quienes figuren como demandantes dentro del medio de control de reparación directa hayan padecido algún tipo de daño antijurídico como consecuencia de la privación injusta de la libertad.

No obstante lo anterior, es menester señalar que si la causa por la cual el detenido recobra su libertad se sustenta en situaciones diferentes a las enunciadas, el régimen aplicable corresponde a la falla del servicio, debiéndose determinar si se considera injusta la detención, haciendo un análisis de las actuaciones surtidas en el proceso con base en las pruebas allegadas al mismo.

Tal afirmación tiene como sustento, lo expuesto por el máximo Tribunal de la Jurisdicción Administrativa, quien resolver un asunto similar precisó lo siguiente:

"(...) cuando se atribuye la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, existen eventos precisos y específicos en los cuales la jurisprudencia –con fundamento en el principio iura novit curia–, ha aceptado la definición de la controversia a través de la aplicación de títulos de imputación de carácter objetivo, en los cuales, la conducta asumida por la administración pública no juega un papel determinante para la atribución del resultado. Por el contrario, las demás hipótesis que desborden ese concreto y particular marco conceptual, deberán ser definidas y desatadas a partir de la verificación de una falla del servicio en cabeza del aparato estatal"¹³.

En todo caso, para efectos de imputar responsabilidad alguna al Estado, el Operador Judicial deberá analizar si se cumplen los tres elementos de la responsabilidad del Estado, a saber, i) el daño antijurídico, ii) La imputación del mismo al Estado y iii) el nexo causal entre los dos anteriores.

3.3.3.- Finalmente, debe indicarse que en cuanto a la responsabilidad del Estado derivada de las capturas efectuadas en flagrancia, tal como ocurre en el caso bajo estudio, la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha indicado que dicha situación no puede ser analizada bajo los fundamentos de los criterios propios de la privación injusta de la libertad, como quiera que *"la aprehensión en estas condiciones no proviene de la imposición de una medida de aseguramiento, sino del cumplimiento del deber consagrado en el artículo 32 de la Constitución Política, esto es, aquel en virtud del cual cualquier ciudadano y autoridad pública debe capturar a las personas sorprendidas al cometer un delito, de ahí que no se requiera una orden judicial y no comporte una detención preventiva"¹⁴.*

Merced a lo anterior, dicha Colegiatura ha concluido que *"la captura en flagrancia y las medidas de aseguramiento corresponden a restricciones de la libertad con alcances y finalidades propias, razón por la cual, al primer evento -captura en flagrancia-, por no ser el resultado de una decisión jurisdiccional, a través de la cual*

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C", Sentencia del 20 de octubre de 2014, Radicado No. 05001-23-31-000-2004-04210-01 (40.060), Consejero Ponente: Dr. **Enrique Gil Botero**.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "A", Sentencia del 10 de mayo de 2017, Radicado No. 73001-23-31-000-2008-00669-01(47338), Consejera Ponente: Dra. **Marta Nubia Velásquez Rico**.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00269-00

*se impone una medida preventiva, no le resultan aplicables los criterios jurisprudenciales predicables en relación con el segundo, sino que se rige por el régimen subjetivo de responsabilidad extracontractual del Estado*¹⁵.

En virtud de lo señalado por el Tribunal de cierre de esta Jurisdicción, es claro entonces que en casos como aquí planteado, también se debe analizar si en efecto el comportamiento de los funcionarios de la administración estuvo rodeado de razonabilidad y proporcionalidad para aprehender a la persona, siendo por lo tanto objeto de reproche aquellos eventos donde una actuación en dicho sentido no tiene motivación respetable, sino que obedeció a la mera voluntad o capricho de los administradores.

3.4. Análisis probatorio y resolución del caso:

Antes de entrar a estudiar el caso en concreto, el Despacho considera procedente advertir en principio que las entidades accionadas, **Nación – Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación**, se encuentran legitimadas para actuar en extremo pasivo del litigio, toda vez que en el marco de sus competencias adelantaron actuaciones que conllevaron a la detención preventiva del señor **Darío Vargas García**.

En este sentido, es menester indicar que si bien a la luz de las disposiciones consagradas en la Ley 906 de 2004, la facultad jurisdiccional se encuentra radicada única y exclusivamente en cabeza de la **Rama Judicial**, por cuanto es el juez de control de garantías y de conocimiento, quien toma la decisión relacionada con la privación o no de la libertad del indiciado, lo cierto es que tal decisión se complementa con la solicitud que hace la **Fiscalía General de la Nación** de imposición de la respectiva medida de aseguramiento acompañada con los elementos probatorios requeridos para su procedencia, motivo suficiente para considerar que dicha entidad también se encuentra llamada a responder en caso de una eventual condena, debido a la incidencia que puede llegar a tener la solicitud en la decisión adoptada por el operador judicial.

Teniendo en cuenta lo anterior y, acogiendo los argumentos expuestos por el Consejo de Estado en providencia fechada el 10 de mayo de 2018¹⁶, el Despacho procederá a declarar no probada la excepción previa denominada: "*falta de legitimación en la causa por pasiva*", propuesta por la apoderada judicial de la Fiscalía General de la Nación y solicitada por la representante del Ministerio Público mediante el Concepto No. 010-2017 del 15 de febrero de 2017.

Aclarado lo anterior, el Despacho abordará el estudio del caso concreto, evaluando las actuaciones desplegadas por los funcionarios de Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial, así como su incidencia en la decisión de imposición de la medida de aseguramiento del señor **Darío Vargas García**.

Ahora bien, una vez revisadas las pruebas obrantes en el plenario, el Despacho encuentra acreditado que:

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Consejera ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo, Radicación número: 25000-23-26-000-2008-00712-01(42897), Actor: Leonardo Gaitán Osma y Otros, Demandado: Ministerio de Defensa-Policía Nacional-Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00269-00

1.- El día 08 de enero de 2014, la **Fiscalía 151 Seccional de Palmira – Valle**, solicitó al Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados Penales Municipales con Función de Control de Garantías de Palmira - Valle, la realización de la audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento, en contra del señor **Darío Vargas García**, quien fue capturado en flagrancia por el delito de acto sexual con menor de catorce años.¹⁷

2.- En virtud de lo anterior, las audiencias preliminares fueron llevadas a cabo en forma inmediata el día 08 de enero de 2014, por parte del **Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Palmira – Valle**, quien legalizó la captura, formuló la imputación por la presunta comisión del delito de acto sexual con menor de catorce años, de conformidad con lo previsto en el inciso 1º del artículo 209 del Código Penal y, finalmente, le impuso medida de aseguramiento de detención en centro carcelario, por cumplirse los requisitos previstos en el inciso 1º del numeral 2º del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el inciso 1º del artículo 310 del mismo estatuto y, dada la gravedad del delito, el cual involucra a una menor de edad.¹⁸

3.- Luego, la **Fiscalía 104 CAIVAS de Palmira – Valle**, el día 07 de marzo de 2014, solicitó la preclusión de la investigación por inexistencia del hecho, ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del señor **Darío Vargas García**, en la comisión del delito de acto sexual con menor de catorce años.¹⁹

4.- Posteriormente, el **Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Palmira – Valle**, celebró audiencia de revocatoria de la medida de aseguramiento el día 30 de abril de 2014, en donde ordenó la libertad inmediata del señor **Darío Vargas García**, al considerar que no había certeza respecto de la comisión del delito imputado.²⁰

5.- Mediante Oficio No. 242-COJAM-VIS-26979 del 08 de noviembre de 2016, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, certificó que el señor **Darío Vargas García** estuvo privado de la libertad en el establecimiento penitenciario de Palmira –Valle, desde el 08 de enero de 2014 hasta el 03 de mayo de 2014.²¹

6.- Finalmente, del Oficio No.2138, visible a folio 134 del plenario, se extrae que el Juzgado Penal del Circuito de Descongestión de Palmira – Valle, mediante auto interlocutorio No. 103 del 15 de diciembre de 2014, decretó la preclusión de la investigación penal por configurarse las causales contenidas en los numerales 1º y 3º del artículo 332 del C.P.P., a saber por: i) imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal y por, ii) inexistencia del hecho investigado.²²

De conformidad con el conjunto probatorio antes descrito, para el Despacho es claro que en el *sub-lite* se configura la existencia de un daño antijurídico, como quiera que el demandante **Darío Vargas García** fue privado de su libertad desde el 08 de enero al 03 de mayo de 2014²³, en atención a la medida de aseguramiento

¹⁷ Medio magnético obrante a folio 216 del expediente.

¹⁸ Medio magnético obrante a folio 216 del expediente.

¹⁹ Medio magnético obrante a folio 216 del expediente.

²⁰ Folios 53 a 55 del expediente.

²¹ Folio 222 y 211 del expediente.

²² Folio 134 del expediente.

²³ Folio 222 y 211 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00269-00

solicitada por la **Fiscalía 151 Seccional de Palmira – Valle** e impuesta posteriormente por el **Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Palmira – Valle**.

En este sentido, se procederá a estudiar la responsabilidad administrativa de las entidades accionadas bajo el título de imputación de falla en la prestación del servicio, en razón a que las pruebas antes relacionadas permiten inferir que el señor **Darío Vargas García**, fue capturado en flagrancia; situación que como bien se explicó con anterioridad no puede ser estudiada bajo el régimen de responsabilidad objetivo que aplica en el caso de las privaciones injustas.

A partir de lo anterior, es del caso resaltar que el artículo 32 de la Constitución Política establece que: *"El delincuente sorprendido en flagrancia **podrá ser aprehendido** y llevado ante el juez por cualquier persona (...)"* (Negrillas del Despacho).

Así mismo, la ley penal, través del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, dispuso que la captura en flagrancia se da, entre otras causas, cuando: i) la persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito, ii) La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración y iii) La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él.

No obstante, la captura, al ser una medida privativa de la libertad, debe someterse al cumplimiento estricto de los requisitos de necesidad, proporcionalidad y convicción sobre la probabilidad del hecho punible, además de estar sujeta a la satisfacción de los fines constitucionales, pues de no ser así, puede incurrirse en una captura ilegal y/o arbitraria.

En razón de lo expuesto, el artículo 302 ibídem dispuso que la autoridad que efectúe una captura en flagrancia deberá conducir al indiciado ante la **Fiscalía General de la Nación**, de manera inmediata a la aprehensión o a más tardar en el término de la distancia.

Lo anterior, con el fin de que la Fiscalía dentro del término de treinta y seis (36) horas siguientes a la aprehensión, ponga a disposición del Juez de Control de Garantías la persona detenida preventivamente, para que en audiencia preliminar se legalice la captura, de conformidad con la norma en cita y el artículo 28 de la Constitución Política y se resuelvan las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público que hubieren pendientes.

Así pues, en caso de que el Operador Judicial decrete la imposición de una medida de aseguramiento al indiciado, esta no puede estar sujeta a su capricho, arbitrio o mera voluntad subjetiva, dado que la misma debe guardar coherencia con los elementos materiales probatorios, evidencia física o información (obtenidos legalmente), de la que se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga y siempre y cuando se cumpla con alguno de los requisitos previstos en el artículo 308 ibídem, a saber: i)

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00269-00

Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, ii) Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y iii) Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Como bien se observa, tanto el constituyente de 1991 como legislador han facultado a las autoridades para aprehender a quien sea sorprendido cometiendo un ilícito, no obstante, dicha actuación debe contar con razones suficientes o elementos probatorios a partir de los cuales se pueda concluir que se está en presencia de un hecho delictivo, para efectos de proceder con la captura del infractor.

Tomando como marco de reflexión lo anterior y valoradas las pruebas que obran en el plenario, el Despacho considera que en caso bajo estudio no hay lugar a declarar la responsabilidad administrativa de las entidades accionadas por falla en la prestación del servicio, por las razones que pasan a exponerse:

La **Fiscalía General de la Nación** al momento de solicitar ante los Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados Penales Municipales con Función de Control de Garantías de Palmira - Valle, la legalización de la captura, la formulación de imputación y la medida de aseguramiento, en contra del señor **Darío Vargas García**, no incurrió en una falla en la prestación del servicio, como quiera que su actuación se ajustó a la captura en flagrancia que efectuaron los respectivos Agentes de la Policía Nacional, la cual se configuró bajo el cumplimiento de las situaciones establecidos en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, debido a que la captura se dio por el señalamiento que realizó la señora **Yorledis Zapata Sandoval**, inmediatamente después de la perpetración del presunto delito.

Así mismo, de las pruebas que obran en el plenario se logra determinar que la legalización de la captura formulada por la **Fiscalía General de la Nación**, estuvo ajustada a derecho, como quiera que la misma tuvo fundamento en la declaración rendida el día 07 de enero de 2014 por la denunciante **Yorledis Zarza Sandoval**²⁴ y, en la versión de los hechos entregada por la menor víctima del delito de acto sexual, la cual rindió el día 08 de enero de 2014, en compañía del Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar²⁵, declaraciones que fueron unísonas en señalar al señor **Darío Vargas García**, como autor del delito imputado de acto sexual con menor de catorce (14) años.

De manera que, ante tales circunstancias la **Fiscalía General de la Nación**, se encontraba en la obligación de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 44 de la Constitución Nacional y en el artículo 9º de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, en el sentido de adoptar la decisión de solicitar ante el Juez de control de garantías la medida de aseguramiento en contra del señor **Darío Vargas García**, dándole prevalencia a la garantía de los derechos constitucionales y legales de la menor de edad involucrada en los hechos ocurridos el día 07 de enero de 2014.

Además, no pude pasarse por alto que el Consejo de Estado con relación a la protección de los menores de edad en el marco de la violencia o abuso sexual, ha

²⁴ Folios 62 a 63 del plenario.

²⁵ Folios 93 a 94 del plenario.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00269-00

considerado que tal actuación debe calificarse como grave conforme al derecho internacional de los derechos humanos y, las autoridades judiciales deben actuar como garantes en primer orden para afirmar el respeto por la niñez.

Al respecto, en providencia fechada el 14 de diciembre de 2016²⁶, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, expuso:

*"...16.1. Los niños tienen el derecho a una vida libre de violencia, es decir, el derecho a no sufrir acciones o conductas que afecten su integridad física, sexual o psicológica; así, frente a un derecho tan esencial como lo es la libertad sexual, **el Estado tiene una obligación de doble naturaleza: por una parte, abstenerse de vulnerarlo por la acción directa de sus agentes (obligación negativa o interdicción de lesión) y, por otra, garantizar el pleno ejercicio de los derechos a través de la adopción de medidas legislativas, administrativas y judiciales para protegerlo y preservarlo** (obligación positiva o de prestación), lo que supone un avance serio en la conquista de la preservación efectivo (sic) de los derechos de niñas y niños.*

16.2. Estas obligaciones de respeto y garantía demandan del Estado una actividad de prevención y protección de los niños y niñas, sobre todo, en casos de violencia sexual. (...).

16.3. El deber de prevención, según la Corte Interamericana, "abarca todas las medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito..."

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, el Despacho considera que las pruebas con las que contaba la **Fiscalía General de la Nación** para solicitar la medida de aseguramiento del señor **Darío Vargas García** y las circunstancias en que se ocasionaron los hechos ocurridos el día 07 de enero de 2014, en donde resultó afectada una menor de edad, eran suficientes para proceder de tal forma, sin que se observe alguna falla en la prestación del servicio, más aún cuando para dicho momento el ente investigador y acusador contaba con los elementos probatorios requeridos para tomar tal decisión.

Por otro lado, se observa que la actuación desplegada por el **Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Palmira – Valle**, de legalizar la captura e imponer medida de aseguramiento en contra del señor **Darío Vargas García**, también se encuentra ajustada a derecho, como quiera que la misma tuvo sustento en la solicitud realizada por la **Fiscalía General de la Nación**, la cual cumplió con los requisitos legales para ello, amén de que se fundó en las pruebas testimoniales legalmente obtenidas, que permitieron inferir en ese momento procesal que el señor **Darío Vargas García**, era el presunto autor del delito imputado.

Lo anterior, demuestra que la decisión adoptada por el operado judicial de restringir la libertad del imputado no fue el resultado de un simple capricho o de la imposición

²⁶ Consejo de Estado, Subsección B, Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero, Radicación número: 17001-23-31-000-2008-00305-01(42615), Demandado: La Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00269-00

de su voluntad subjetiva, ya que contaba con suficientes elementos probatorios para garantizar los derechos constitucionales de la menor involucrada en los hechos materia de litigio.

Por otro lado, el Despacho advierte que si bien en forma posterior la **Fiscalía 104 CAIVAS de Palmira – Valle**, solicitó el día 07 de marzo de 2014, la preclusión de la investigación por inexistencia del hecho y, el **Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Palmira – Valle**, procedió a revocar la medida en audiencia celebrada el día 30 de abril de 2014, al considerar que no había certeza respecto de la comisión del delito imputado, lo cierto es que tales actuaciones no dan lugar a deprecar una responsabilidad administrativa de las entidades accionadas por falla en la prestación del servicio, toda vez que en el curso del proceso se logró demostrar que desde el momento en que el señor **Darío Vargas García** fue puesto a disposición de la autoridad judicial competente, existían elementos probatorios suficientes para considerarlo como presunto autor del delito de acto sexual con menor de catorce (14) años.

Así las cosas, el Despacho considera que en el presente asunto no se logró demostrar una falla en la prestación del servicio por parte de las entidades accionadas, toda vez que al revisar las actuaciones adelantadas por cada uno de los funcionarios, se evidencia que las decisiones no fueron adoptadas de manera arbitraria o desproporcionada, por el contrario se observa que las mismas se ajustaron a derecho y los elementos probatorios legalmente obtenidos, los cuales permitían inferir que el señor **Darío Vargas García** habría cometido el delito del que le acusó la señora **Yorledis Zarza Sandoval**.

En tal virtud, se procederá a negar las pretensiones de la demanda, al no encontrarse acreditada una falla en la prestación del servicio por parte de la **Nación – Rama Judicial** y la **Fiscalía General de la Nación**.

Merced de lo expuesto, se declararán probadas las excepciones denominadas: *"inexistencia de nexos de causalidad entre las actuaciones realizadas por la Rama Judicial y la producción del daño, innominada o genérica y excepción a la aplicación del régimen objetivo"*, propuestas por la apoderada judicial de la entidad accionada, **Nación – Rama Judicial**.

Finalmente, se advierte que no se hará pronunciamiento alguno respecto de la excepción propuesta por la apoderada judicial de la **Nación – Rama Judicial**, denominada: *"indebida integración de la Litis"*, toda vez que de la revisión de sus argumentos se observa que la misma no constituye una verdadera excepción.

3.5. De las costas y agencias en derecho:

El Despacho advierte que si bien la Ley 1437 de 2011, en el artículo 188, consagra un criterio objetivo respecto de la condena en costas, lo cierto es que este criterio no puede considerarse como absoluto, en razón a que el precitado artículo dispone que para su liquidación y ejecución se deben observar las reglas previstas en el estatuto procesal civil y, en este sentido el artículo 365 del Código General del Proceso, prevé en su numeral 8º que: *"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00269-00

Criterio que viene siendo el acogido por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, pues en providencia fechada el 09 de agosto de 2016²⁷, precisó que el estudio íntegro de las normas contenidas en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, descartaban una apreciación objetiva respecto de la condena en costas, por el simple hecho de resultar vencido en el proceso.

Lo anterior fue secundado y además complementado por dicha Corporación en providencia del 17 de octubre de 2017²⁸, al disponerse que la imposición de la condena en costas por parte del Juez Contencioso Administrativo, *"...debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, **tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas**, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; **descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.**"* (Negrilla y subrayado del Despacho).

En virtud de lo anterior y a partir de la revisión de la totalidad del expediente de la referencia, se pudo determinar que la conducta desplegada por la parte vencida en el presente caso, no adoleció de temeridad o actuación alguna que obrara en desmedro del trámite normal de la presente Litis, motivo por el cual el Despacho deberá abstenerse de emitir una condena en este sentido.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de *"falta de legitimación por pasiva"* alegada por la entidad demandada **FISCALÍA GENERAL DE LA NACION**, conforme fue expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas: *"inexistencia de nexo de causalidad entre las actuaciones realizadas por la Rama Judicial y la producción del daño, innominada o genérica y excepción a la aplicación del régimen objetivo"*, planteadas por la **NACIÓN-RAMA JUDICIAL**, conforme a lo expuesto en las consideraciones de éste proveído.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, conforme la parte motiva de esta providencia.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01488-00(AC), Actor: Andrea Yolima Torres Lizarazo, Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación No. 73001-23-33-000-2015-00229-01(0913-17).

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00269-00

QUINTO: EJECUTORIADA esta providencia, realícese la respectiva liquidación de costas por intermedio de la secretaría, siguiendo las pautas establecidas en el art. 366 del C.G.P., **DEVUÉLVANSE** los remanentes, si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso previo a las anotaciones en el sistema siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MIRFELLY ROCÍO VELANDÍA BERMEO
JUEZ