

República de Colombia
Rama Judicial



Tribunal Administrativo del Valle del Cauca

Santiago de Cali, enero treinta y uno (31) de dos mil diecinueve (2019)

EXPEDIENTE: 76001-33-33-013-2013-00077-01
 MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
 DEMANDANTE: JHON JAIRO SHAEK ZAPATA Y OTROS
 DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
 TEMA: PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD - OBLIGACIÓN DEL ESTADO A LA PROTECCIÓN DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE TRATOS INDEBIDOS Y DENIGRANTES-PERSPECTIVA DE GÉNERO
 DECISIÓN: REVOCA SENTENCIA – NIEGA PRETENSIONES.
 SENTENCIA No. 10

MAGISTRADO PONENTE: EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS

1. OBJETO DE DECISIÓN.

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la segunda instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas la Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial contra la sentencia No. del 30 de Mayo de 2017, proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Cali, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

2. LA DEMANDA (fl. 55-62 C1)

2.1. Las Pretensiones.

La parte actora solicita se declare administrativamente responsable a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y a la RAMA JUDICIAL, por los perjuicios materiales e inmateriales causados a los demandantes con ocasión a la detención injusta a la que fue sometido el señor JHON JAIRO SHAEK ZAPTA.

2.2. Los Hechos.

Los hechos relevantes son los siguientes:

1. El 5 de agosto de 2011, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga se absolvió al señor JHON JAIRO SHAEK ZAPTA del delito de Homicidio adelantado dentro del proceso radicado 2009-00586.

2. Existió responsabilidad por parte de la Fiscalía General de la Nación al no demostrar más allá de toda duda la culpabilidad y el dolo penal.
3. La Rama jurisdiccional del poder público, no observó aspectos fundamentales en las primeras instancias, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política avalando la captura del señor JHON JAIRO SHAEK ZAPATA.

3. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

3.1. La Nación – Fiscalía General de la Nación (fl. 86-98 C1).

En su escrito de contestación se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda al considerar que al actor no le asiste fundamento alguno para la viabilidad de lo solicitado.

Asegura la entidad que su actuación se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no es ajustado a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ninguna clase de error, ni mucho menos privación injusta de la libertad del señor JHON JAIRO SHAEK ZAPATA.

Advierte que de acuerdo con el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal, imponer la medida de aseguramiento, le corresponde únicamente al Juez de Control de Garantías estudiar y analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía General de la Nación y determinar su procedencia o no, por tal razón no es procedente solicitar la responsabilidad administrativa en contra del ente investigador.

Plantea como excepción la de falta de legitimación en la causa por pasiva y falta de causa para demandar.

3.2. Rama Judicial (fl.109-114 C1)

En su escrito de contestación la entidad demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones señalando que no hubo privación injusta de la libertad, ya que las actuaciones de los funcionarios judiciales estuvieron soportadas en las normas sustantivas y procesales vigentes.

Sustenta la defensa de los hechos planteados en la demanda de la siguiente forma:

LEGALIDAD DE LA IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA: Que al momento de la legalización de la captura y con el trabajo realizado por los miembros de Policía Judicial, URI y Fiscalía General de la Nación, se acreditaban los requisitos necesarios para dar legalidad a la imposición de medida de aseguramiento, Para lo cual se enuncia entre otros examen de necropsia, pruebas testimoniales que ubican al demandante en

condiciones de identidad de circunstancias de tiempo modo y lugar en que ocurrieron los hechos, informe técnico de policía judicial que cuestionaba la versión rendida por el demandante, testimonio de familiares etc., todos elementos que legitimaban la imposición de la medida.

Que la Ley 906 de 2004 sistema penal acusatorio, impuso a la Fiscalía como ente instructor la obligación de ejercer la acción penal art. 66, 104 CPP, realizando la investigación de los hechos y si es del caso acusar a los presuntos infractores. Siendo así, en el presente asunto el actor fue llevado a juicio por los delitos que la fiscalía le imputó y fue la misma fiscalía la que no tuvo pruebas para desvirtuar la presunción de inocencia, falencia del ente instructor que no pueden ser cargadas a la Nación – Rama Judicial cuando las actuaciones del Juez de Control de Garantías y del Juez de conocimiento fueron conforme a derecho.

Que la investigación penal fue realizada con posterioridad al 24 de julio de 2001, cuando ya había sido derogado el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, el análisis de responsabilidad extracontractual del Estado por privación de la libertad de un administrado, debe realizarse bajo los postulados del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, atendiendo los alcances de interpretación establecidos para este precepto, por parte de la Corte Constitucional, en la sentencia C-037 de 1996.

ABSOLUCIÓN EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA. Dando claridad en que la imposición de la medida resultó ajustada al escrito de solicitud presentado por parte de la Fiscalía General de la Nación y que el actuar de la Rama Judicial cumplió las razones de orden legal y finalistas que gobiernan la misma y sobre todo que al funcionario de control de garantías no le es permitido la práctica de pruebas, el juicio de responsabilidad de fondo queda solamente en la providencias de instancia.

Concluyendo la entidad demandada que en el presente caso, no hay lugar a responsabilidad, toda vez que las actuaciones y decisiones de los agentes judiciales que intervinieron en el proceso penal al que resultó vinculado el demandante, se emitieron en cumplimiento de la Ley y la Constitución Política y la medida de aseguramiento decretada en su contra, se dictó con fundamento en lo elementos probatorios, e información legalmente obtenida, exhibida por la Fiscalía, razón por la cual no existe nexo de causalidad entre el daño antijurídico alegado por el demandante y la actuación de la Rama Judicial, máxime cuando fue justamente el Juzgado de conocimiento que declaró la absolución del hoy demandante en virtud de la cual, el procesado recobro su libertad de manera que no puede deducirse responsabilidad de la Nación – Rama Judicial.

Propuso como excepciones la de inexistencia de nexo de causalidad entre actuaciones realizadas por la Rama Judicial y la producción del

Daño e inexistencia de perjuicios.

4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls. 549-559 C1).

Mediante sentencia 30 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Cali, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al concluir lo siguiente:

"Es evidente el actuar negligente por parte de la Fiscalía General de la Nación, al no haber cumplido con la obligación que le imponía la Ley 906 de 2004, vigente para la época de los hechos, consistente en realizar las labores de indagación e investigación de los hechos para identificar la verdadera relación de imputado con el ilícito, y determinar con certeza el delito que se le imputaba. Debe recordarse que en virtud de lo dispuesto en el artículo 200 de la ley en cita, corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito que llegue a su conocimiento, además le corresponde la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial, para apoyar la investigación penal; por lo que era deber de la Fiscalía investigar en debida forma, la responsabilidad del proceso respecto de la presunta comisión del delito enrostrado, obligación que fue incumplida en el proceso que dio origen a esta acción.

La Fiscalía no logró probar fehacientemente, que el perjudicado directo hubiere cumplido con los presupuestos fácticos para la configuración de los tipos penales endilgados, esto es, Homicidio Agravado y Acceso Carnal Violento, orfandad probatoria que conllevó a la absolución del procesado; por tanto, el tiempo en que estuvo privado de la libertad se tornó injusto. Haber decretado su detención resulta violatorio a su derecho a la libertad, al debido proceso y contrario a los fines del Estado; fue una medida desproporcionada, carga pública que no estaba en obligación legal de soportar.

Por su parte, el Juez que tuvo conocimiento del caso en la etapa preliminar de control de garantías, tampoco cumplió con el deber de hacer un juicio razonado de las pruebas que se le presentaron, quien pese al escaso material probatorio existente en contra del señor Jhon Jairo Shaek Zapata, legalizó la captura e impuso medida de aseguramiento, para finalmente el Juez con funciones de conocimiento, ordenara la absolución del procesado, debiendo a que no se pudo probar que el hoy demandante cometió los delitos por los que se le acusó.

El actuar negligente de estas dos entidades, vulneró los derechos del demandante perjudicado directo, quien pese a no haberse acreditado que cometió los delitos de homicidio agravado y acceso carnal violento que se le imputó, fue privado injustamente de su libertad."

Con fundamento en lo anterior, el juez de primera instancia condenó administrativamente a las demandadas al pago de los perjuicios de

índole material y moral.

5. EL RECURSO DE APELACIÓN.

5.1. Rama Judicial. (fl.562-563 C1)

Como argumentos de inconformidad frente al fallo de primera instancia la Rama Judicial expone entre otros el siguiente:

CULPA EXCLUSIVA Y CONCURRENTES DE LA VÍCTIMA EN LA PRODUCCIÓN DEL RESULTADO. En el expediente quedo demostrado como fue el propio demandante quien por actos de infidelidad y maltrato íntimo y familiar provocó el estado mental que terminó con el suicidio de la señora Elizabeth Parra.

Pues la agresión que previo al suicidio tuvo que soportar la señora Elizabeth producto de los abusos de este individuo van desde la infidelidad abierta y abusiva, el maltrato moral, el físico, denuncia por violación sexual, golpes amenazas, embarazos interrumpidos, etc.

FALENCIAS DEL ENTE INSTRUCTOR QUE NO PUEDEN SER CARGADAS A LA RAMA JUDICIAL. Que la Ley 906 de 2004 sistema penal acusatorio, impuso a la Fiscalía como ente instructor la obligación de ejercer la acción penal art. 66, 104 CPP, realizando la investigación de los hechos y si es del caso acusar a los presuntos infractores. Siendo así, en el presente asunto el actor fue llevado a juicio por los delitos que la Fiscalía le imputó y fue la misma Fiscalía la que no tuvo pruebas para desvirtuar la presunción de inocencia falencia del ente instructor que no pueden ser cargadas a la Nación – Rama Judicial cuando las actuaciones del Juez de Control de Garantías y del Juez de conocimiento fueron conforme a derecho.

EXCEPCIÓN AL RÉGIMEN DE IMPUTACIÓN OBJETIVA, de conformidad con lo señalado en la sentencia proferida el 10 de agosto de 2015, Consejero Ponente Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa Radicación 54001233100020000183401 (30134) Sección Tercera del Consejo de Estado, Según la cual la absolución se genera por falencias y/o deficiencias en la etapa instructiva o por cualquier causal distinta a las señaladas en el artículo 414 del decreto 2700 del 91 o la sentencia indubio pro reo, debe operar el régimen subjetivo de responsabilidad el cual traslada al demandante la carga de la prueba de la falla del servicio.

REITERACIÓN DE REALIDAD PROBATORIA RELATIVA A LA DETENCIÓN INTRAMUROS Y EXTRAMUROS. Por cuanto una cosa es la libertad definitiva la cual se dio con la sentencia y otra muy diferente es la modalidad de la privación, pues se comprobó en el expediente que el demandante gozó de detención extramuros, lo cual debió ser ponderado al momento de otorgar la cuantía indemnizatoria.

Por lo anterior la entidad demandada realiza las siguientes peticiones:

- Revocar la sentencia condenatoria por estar demostrada la culpa exclusiva y concurrente de la víctima en la producción del daño.
- Reconocer como causal eximente de responsabilidad de inducción en error del funcionario judicial realizada por la Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional.

Por otra parte y en caso de condena solicita lo siguiente:

- Ajustar y reducir el otorgamiento de perjuicios morales por detención domiciliaria.
- Ajustar en la debida proporción y de acuerdo a su intervención la condena a cada una de las entidades de conformidad con lo señalado en el artículo 140 CPACA.
- No condenar en costas.

5.2. Fiscalía General de la Nación (fl. 564-581 C1).

La entidad demandada fundamenta su inconformidad frente al fallo de primera instancia indicando que la actuación de la Fiscalía General de la Nación se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no es ajustado a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ninguna clase de error, ni mucho menos privación injusta de la libertad del señor JHON JAIRO SHAEK ZAPATA.

Advierte que en el caso de estudio de los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentada por la Fiscalía General de la Nación, permitan inferir razonablemente la procedencia de la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, solicitud que no presentaba para el juzgador obligación en cuanto a su aplicación, pues dadas las nuevas funciones dadas a la Fiscalía General de la Nación, como ente acusador, no le asiste responsabilidad alguna en la postulación de la imposición, por cuanto la misma no constituye un factor determinante en la decisión, la cual corresponde única y exclusivamente al Juez con Función de Control de Garantías, quien es el llamado a valorar las pruebas presentadas para tal efecto y, en últimas, el que puede adoptar la decisión que corresponda dentro de los parámetros de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida de detención preventiva, que constituye precisamente la fuente de responsabilidad que pueda llegar a tener el Estado, ante un eventual perjuicio y, en consecuencia la misma, no compromete a la Fiscalía General de la Nación.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA.

6.1. Parte actora (fl.9-11 C3)

Dentro de la oportunidad establecida la parte actora indicó en sus alegaciones que a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, quedo demostrado la omisión (inobservancia del protocolo de necropsia que certificó el suicidio), la culpa (la petición de encarcelamiento por parte de la Fiscalía y el aval por parte del Juez de Control de Garantías de tal medida sin el debido sustento científico y suponiendo la existencia del dolo en la occisión agravada del cónyuge cuando se trataba realmente de un suicidio, así como la intensión de persistir sin sustento en la causal penal), su nexo causal (la actuación irregular de entes judiciales) y el daño a un núcleo familiar que como lo referencia la prueba testimonial se vio altamente perjudicado y perseguido por la medida de detención carcelaria tergiversada que sufriera el señor SHAEK ZAPATA.

6.2. La parte demandada Rama Judicial. (fl.12-13 C3)

En su escrito de alegaciones la entidad demandada reiteró en su integridad los argumentos expuestos en el recurso de apelación presentado contra la sentencia de primera instancia.

6.3. La Nación – Fiscalía General de la Nación no presentaron escrito de alegaciones y el **Ministerio Público** no emitió concepto. (fl. 14 C3)¹

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

7.1. Competencia.

Conforme con lo preceptuado en el artículo 153² del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA-, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia el proceso.

7.2. Problemas Jurídicos.

Determinar si el daño (privación de la libertad) de la cual fue objeto el señor JHON JAIRO SHAEK ZAPATA, fue antijurídico o no y si el daño se produjo por el actuar doloso o gravemente culposo de la víctima.

En caso negativo se deberá establecer cuál es la autoridad llamada a reparar el daño y los perjuicios ocasionados a efectos de la indemnización.

7.3. Tesis.

¹ Constancia secretarial.

² Artículo 153. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia
Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

La decisión que adopta la Sala de revocar la sentencia de primera instancia al determinarse que la medida de aseguramiento impuesta al señor JHON JAIR SHA EK ZAPATA, por parte del Juez Penal Municipal con Función de Control de Garantías por solicitud de la Fiscalía General de la Nación cumplió con el lleno de los requisitos establecidos por la legislación vigente a la época de los hechos.

8. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

8.1. De la responsabilidad del Estado

La Corte Constitucional expresó que la libertad constituye un presupuesto fundamental para la eficacia de los demás derechos y el instrumento "primario" del ser humano para vivir en sociedad³.

El artículo 28 de la Carta contiene la cláusula general del derecho a la libertad personal, en el que se reconoce que "Toda persona es libre". En **sentencia C-024 de 1994**⁴, la Corte Constitucional expuso que la libertad personal debe entenderse como "la ausencia de aprehensión, de retención, de captura, de detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona, sin la observancia de las garantías Superiores, puesto que, quien no tiene garantizado el mencionado derecho, no puede ejercer otros derechos que dependen de aquella".

Ahora bien, la máxima protectora de la Constitución Política ha considerado que la libertad no es un derecho absoluto, puesto que en algunas ocasiones puede privarse o restringirse, como sería el caso de la captura o de la imposición de una sanción en ejercicio del poder punitivo por parte del Estado⁵.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se han consagrado las garantías de protección de la libertad en los siguientes instrumentos:

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, ratificado mediante la Ley 74 de 1968, establece en su artículo 9º que: "Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta (...)", de igual forma, consagra que: "Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal **será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales**, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a

³ Sentencia C-176 de 2007.

⁴ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵ Sentencia C-730 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo."

La **Convención Americana de Derechos Humanos**, ratificada por la Ley 16 de 1972, precisó en su artículo 7º que:

- "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. **Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales** y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio." (Resaltado fuera del texto)

Conforme a lo expuesto, la Corte Constitucional ha determinado la existencia de límites en las actuaciones del Estado para que pueda afectarse válidamente el derecho fundamental a la libertad. Estos presupuestos se refieren a que nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto sino: i) en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente; ii) con las formalidades legales; y, iii) por motivo previamente definido en la ley. Adicionalmente, la Carta consagró que iv) la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que aquel adopte la decisión correspondiente⁶.

8.2. De la responsabilidad del Estado.

La responsabilidad patrimonial del Estado al que obedece el medio de control de reparación directa y de la cual surge el presente asunto, tiene su fundamento Constitucional en el artículo 90, el cual le impone a aquel el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Por ende, el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño, una lesión de un derecho, de un bien o de un interés legítimo jurídicamente protegido, que el afectado no está en la

⁶ Sentencia C-730 de 2005 Álvaro Tafur Galvis.

obligación legal de padecerlo y que el mismo le sea imputable al Estado.

Efectivamente, el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, establece el régimen general de responsabilidad del Estado, que reza:

"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. (...)"

La cláusula general de responsabilidad del Estado dentro de su desarrollo legal respecto de la responsabilidad de la Rama Judicial tiene consagración en el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia-, que dispone:

"DE la RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responde por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad".

Respecto de la privación injusta de la libertad el artículo 68 de la misma Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, prevé:

"PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios"

Mediante Sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, siendo Magistrado Ponente el Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte Constitucional declara condicionalmente exequible este artículo "bajo las condiciones previstas en esta providencia"⁷.

8.3. De la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

⁷ Expresa la Corte en la providencia:

"Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 60, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término 'injustamente' se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.

En virtud de lo anterior, y a propósito de lo explicado en torno al artículo 66 del presente proyecto, debe entenderse que es propio de la ley ordinaria definir el órgano competente y el procedimiento a seguir respecto de la responsabilidad proveniente del error judicial en que incurran las demás autoridades judiciales.

Bajo estas condiciones, el artículo se declarará exequible".

Respecto a los presupuestos para declarar la responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha desarrollado una jurisprudencia consolidada⁸, estable y reiterada, a partir de la interpretación y alcance del artículo 90 de la Constitución Política, del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 – anterior Código de Procedimiento Penal– y de la Ley 270 de 1996, posición que fue sintetizada en sentencia del 2 de agosto de 2018⁹, en los siguientes términos:

“En efecto, conforme a esa jurisprudencia, en los eventos en los cuales una persona ve restringido su derecho a la libertad, en virtud de una medida de aseguramiento que el Estado le impone en ejercicio legítimo de su actividad investigativa, pero que, posteriormente, revoca porque: i) el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió o iii) la conducta era atípica –supuestos comprendidos en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991–, surge para éste el deber de indemnizar el daño que se entiende derivado del hecho de que, en virtud de tales supuestos, la medida de aseguramiento deviene objetivamente injusta, pues nadie está obligado a soportar una investigación en la cual el Estado le imputa la comisión de delitos que no comprometieron su responsabilidad penal y frente a la cuales su presunción de inocencia se mantuvo incólume, pese a que fue objeto de reproche.

Incluso, la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado contempla la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva en aquellos eventos en los cuales se aplica, dentro del proceso penal respectivo, el principio del in dubio pro reo¹⁰.

Ahora bien, aunque el referido artículo 414 se derogó en virtud de la vigencia de normas de procedimiento penal posteriores, la jurisprudencia acoge los supuestos en él incorporados como criterios de responsabilidad para dar sustento a su decisión, desde la óptica de la responsabilidad objetiva, por privación de la libertad, como un daño antijurídico, dentro de los términos del artículo 90 constitucional e indemnizable, según lo contempla la ley 270 de 1996”.

La anterior posición fue modificada por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en fallo del 15 de agosto de 2018¹¹, la cual señaló como criterio unificado el siguiente:

“En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el

⁸ Sentencia del 17 de octubre de 2013 (expediente 23.354).

⁹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A - Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA - Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de dos mil dieciocho (2018) - Radicación: 85001-23-31-000-2007-00661-01 (40.176)

¹⁰ Tesis que el suscrito ponente de esta providencia no comparte.

¹¹ Consejo de Estado - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA - Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018). - Expediente: 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947)

hecho no existió, que el sindicato no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva".

Sin embargo, la decisión adoptada en la sentencia de 15 de agosto de 2018, dentro del proceso radicado No. 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46.947), quedó sin efectos en virtud de la sentencia del 15 de noviembre de 2019¹², ordenándose proferir sentencia de reemplazo.

A pesar de lo anterior la Sala de decisión no modificará su postura en cuanto al análisis de responsabilidad administrativa del Estado frente a los casos de privación de la libertad, esto es, *definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma* y verificar si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal, ello acogiendo la posición señalada por la Subsección C del Consejo de Estado¹³, que en sentencia del 13 de agosto de 2018, en la que se efectuó un desarrollo normativo "**los estándares convencionales de Derechos Humanos como parámetro de determinación de la antijuridicidad de la privación de la libertad**"¹⁴ y "**los**

¹² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Sala Plena - Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA - Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00169-01.

¹³ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B CONSEJERO PONENTE: Martín Bermúdez Muñoz -Bogotá D.C. quince (15) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).- Radicación: 250002326000200800028 01 (44896)

¹⁴ 3. **Los estándares convencionales de Derechos Humanos como parámetro de determinación de la antijuridicidad de la privación de la libertad.**

3.1.- Como la antijuridicidad del daño implica un juicio de contraste del caso a la luz del ordenamiento para verificar si la víctima tenía el deber de soportarlo, según si se advierte norma jurídica que autorice padecerlo, tratándose de una privación de la libertad, es preciso armonizar este análisis con los estándares, de fuente convencional y constitucional, que determinan la excepcional restricción del derecho de libertad personal por las autoridades judiciales en el marco de las causales penales.

3.2.- Por consiguiente, junto a la existencia de una medida de detención preventiva contra una persona, su materialización y preclusión o absolución en firme; es necesario revisar si esa detención se ajustó a los anotados estándares. Si aquella se dispuso de conformidad a ese marco normativo se estará en presencia de un daño jurídicamente permitido o, lo que es lo mismo, un daño al que le faltará el elemento de antijuridicidad.

3.3.- No se desconoce que filosóficamente la libertad se encuentra entre los bienes más preciados sobre los que se funda toda organización política, de ahí que, buena parte de los arreglos institucionales deban su razón de ser a la protección de posiciones jurídicas de libertad, bien como esfera negativa, de no interferencia en las acciones propias; como posibilidad de ser protagonista del régimen jurídico al que se está sujeto o como el reconocimiento del espacio afirmativo que posibilita la realización de la persona.

3.4.- Empero, no existen derechos absolutos, consideración a la que no escapa la libertad personal. A menudo la autoridad normativa cuenta con competencia para intervenir en la esfera de los derechos para asegurar el goce de otros o por razones de bien común.

3.5.- Así lo enseña la jurisprudencia constitucional y los artículos 30 CADH "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razón de interés general y con el

propósito para el cual han sido establecidas" y 32.2 CADH: "Los Derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática"¹⁴⁻¹⁴, de donde se concluye que cualquier intervención, que pretenda corrección en términos convencionales y constitucionales, queda circunscrita a la satisfacción de criterios formales (reserva de ley y competencia) y materiales (razonabilidad y proporcionalidad), de suerte que no se trata de una habilitación para la arbitrariedad estatal sino del ejercicio razonado de esa potestad normativa.

3.6.- En desarrollo de ese pensamiento se advierte que de manera conjunta los artículos 7° CADH y 9° PIDCP establecen las siguientes disposiciones de protección del derecho de libertad personal: (i) Nadie puede ser privado de su libertad física; (ii) Se exceptúa lo anterior en las causas y condiciones fijadas previamente por la Constitución y la Ley y según el procedimiento establecido en ésta; (iii) Nadie será objeto de detención o encarcelamiento arbitrario; (iv) derecho a ser informado de las razones de la detención y a ser notificado sin demora del cargo o acusación en su contra; (v) derecho a ser llevado ante autoridad judicial sin demora; (vi) derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de continuar el proceso; (vii) la libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio o a diligencias procesales o para la ejecución del fallo; (viii) derecho de toda persona privada a recurrir ante autoridad judicial competente para que decida, sin demora, sobre la legalidad del arresto o detención y ordene su libertad si el arresto, prisión o detención fuere ilegal.

3.7.- Adicionalmente, el artículo 9° del Pacto agrega los numerales 3°: "la prisión preventiva no debe ser la regla general" y 5°: "Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación", y el artículo 7° de la Convención refiere, en los numerales 6° y 7°, a la imposibilidad de restringir o abolir, en los Estados donde esté reconocido así, el recurso judicial que tiene una persona cuando se vea amenazada de ser privada de su libertad, para que se resuelva sobre la legalidad de esa amenaza y, de otro tanto, la prohibición de detención por deudas, salvo el caso de incumplimiento de deberes alimentarios.

3.8.- A partir de estos referentes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado los siguientes criterios sobre el instrumento de la detención preventiva y el derecho de libertad personal:

- (i) *Regla General.* Se predica el principio de la libertad del individuo mientras se resuelve la responsabilidad penal;
- (ii) *Limitaciones.* La medida de detención está limitada por los principios de legalidad¹⁴, presunción de inocencia y proporcionalidad¹⁴;
- (iii) *Fines legítimos.* Sólo se reconocen como fines legítimos de imposición de la medida el aseguramiento de que el procesado no impedirá el desarrollo del proceso ni eludirá la acción de la justicia;
- (iv) *Fines ilegítimos.* La detención preventiva es una medida cautelar, no puede ser concebida como una pena anticipada ni como instrumento para la realización de fines de prevención general o especial, pues estos son propios de la pena;
- (v) *Deber de evaluación periódica.* Las autoridades judiciales tienen la obligación de revisar periódicamente la detención preventiva y ofrecer razones que justifiquen su mantenimiento;
- (vi) *Cuestiones probatorias.* La decisión que impone una medida de aseguramiento debe basarse en elementos probatorios suficientes que permitan establecer razonablemente la participación de la persona en el delito objeto de investigación; no se satisface este parámetro cuando el apoyo probatorio consiste en meras conjeturas o intuiciones abstractas, "El Estado no debe detener para luego investigar";
- (vii) *Estigmas y prejuicios.* La medida no puede adoptarse por estigmas o prejuicios como, por ejemplo, en razón al origen racial de un grupo poblacional;
- (viii) *Juicio de Proporcionalidad.* La imposición de la medida debe obedecer a un juicio de proporcionalidad en el caso concreto, atendiendo los elementos de prueba y los hechos objeto de investigación¹⁴; en este marco, debe perseguir un fin compatible con la Convención, ser *idónea*, *necesaria* [absolutamente indispensable para conseguir el fin y que no exista medida menos gravosa] y *proporcional* [debe ser estrictamente proporcional, el sacrificio de la restricción de la libertad no debe resultar exagerado ni desmedido frente a las ventajas que se obtienen y los fines];
- (ix) *Motivación Suficiente.* La falta de motivación suficiente respecto del fin legítimo constituye violación del derecho de libertad personal y,
- (x) Aun cuando esté previsto en la Ley, puede existir violación a la libertad personal cuando la detención se ampare en causas o métodos irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.

3.9.- Además, es pertinente destacar el Informe sobre el uso de Prisión Preventiva elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, documento que, además de llamar la atención sobre el preocupante abuso del instrumento de la detención preventiva¹⁴, consideró que (i) aun cuando la Convención Americana no prevé expresamente el deber estatal de reparar a quienes han sido ilegalmente detenidos, lo que sí se encuentra en el artículo 9.5 del Pacto, este puede ser subsumido dentro del artículo 1.1 de la Convención, esto es, conforme al deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades y (ii) aclaró el alcance que tiene ese deber de reparación, así: "220. Conviene aclarar que el hecho de que una persona detenida haya sido posteriormente sobreseída o absuelta no implica necesariamente que la prisión preventiva haya sido aplicada en contravención de las normas de la Convención Americana", de donde se sigue que la sola absolución no es razón suficiente para estructurar el deber de reparar a cargo del Estado.

3.10.- De otra parte, en el ámbito del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas, también se verifica la construcción de valiosos referentes sobre el uso de la detención preventiva, su ejercicio ponderado, circunscrito a necesidades imperiosas y el alcance que tiene el artículo 9.5 del Pacto, sobre el derecho a ser reparado cuando la persona ha sido "ilegalmente detenida o presa".

3.11.- Algunas de estas posiciones jurídicas se encuentran recogidas, en la Observación General No. 35 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 9° del Pacto, donde merecen destacarse los siguientes puntos:

estándares constitucionales relativos a la restricción de la libertad personal y a la privación de la libertad"¹⁵, concluyó no puede condenarse al Estado de manera automática, a partir de un **título de imputación objetivo**, sin que medie un análisis previo del juez que determine si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, pues ello, transgrede el precedente constitucional fijado por la Sala Plena –con ocasión del control integral y automático de constitucionalidad de la que sería la Ley 270 de 1996- concretamente en la sentencia C-037 de 1996.

(...)

3.16.- Una revisión de los estándares convencionales deja ver el contenido sustantivo del análisis de la violación a la libertad personal cuando se trata de la imposición de una medida cautelar de detención preventiva dentro de una actuación judicial de naturaleza penal. La absolución o preclusión, per se, no es razón suficiente para configurar la antijuridicidad del daño, pues ese hecho lo único que informa es la culminación del proceso penal y la inalterabilidad de la presunción de inocencia, más no da cuenta de la no soportabilidad del daño, pues el juicio de responsabilidad del Estado no altera, directa o indirectamente, dicha presunción.

3.17.- Por consiguiente, los estándares reseñados guían el juicio de responsabilidad del Estado y dotan de contenido sustantivo la antijuridicidad del daño al establecer las pautas objetivas, razonables y proporcionales conforme a las cuales se determina la no soportabilidad del daño, en cada caso. Así, por lo demás, la incorporación de tales estándares en el razonamiento judicial se hace necesaria a fin de cumplir el mandato de reparar daños que tienen la característica de ser antijurídicos, en los términos del artículo 90 superior.

¹⁵ Los estándares constitucionales relativos a la restricción de la libertad personal y a la privación de la libertad.

4.1.- La libertad personal y las condiciones bajo las cuales se puede restringir, en el desarrollo del proceso penal, son asuntos de interés constitucional. La jurisprudencia ha señalado que la libertad es consustancial al Estado Democrático de Derecho; en ese sentido, la medida de detención tiene por finalidad garantizar otros fines constitucionales, es excepcional, no tiene carácter punitivo sino preventivo, por esa razón no es incompatible con la presunción de inocencia, y no requiere para su imposición un juicio íntegro previo, por cuanto ello desvirtúa el efecto preventivo que se persigue; no obstante en su determinación, que compete a la autoridad judicial, se deben observar los criterios de necesidad, proporcionalidad y de convicción (motivos fundados de alta probabilidad).

4.2.- Su temporalidad, de otro tanto, es un imperativo que pretende conciliar la persecución del delito y el derecho de libertad personal, en este último aspecto la detención preventiva se vincula estrechamente con la garantía del plazo razonable y la proscripción de dilaciones injustificadas en las actuaciones penales.

4.3.- En lo que refiere a la "privación injusta de la libertad", prevista en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 como una de las modalidades de responsabilidad del Estado-Juez, se tiene averiguado que su contemplación en el régimen legislativo se aviene a la Constitución. Dado el compromiso del constituyente en la vigencia de los derechos fundamentales, preciso es que el Estado comprometa su responsabilidad cuando trasgrede el estatuto jurídico de la libertad, por cuanto quebranta la dignidad humana y las bases del Estado de Derecho.

4.4.- En ese sentido, el alcance interpretativo de la "injusticia" de la privación se determina con arreglo a elementos de valoración sustantivos que lleven a determinar que la actuación judicial dentro de la cual se impuso la detención no se ajustó a criterios de proporcionalidad, faltó a los procedimientos o no resultó razonable. Este ha sido el parecer de la jurisprudencia constitucional, que ha remarcado la vinculación de la privación injusta con la arbitrariedad, así:

"(...) Con todo, conviene aclarar que el término "injustamente" se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria"¹⁵ (Resultado propio).

4.5.- Ese alcance que la Corte Constitucional dio a la "privación injusta" tuvo lugar en el marco de la revisión constitucional al proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, a la postre Ley 270 de 1996. Ese criterio no ha sido modificado y constituyó *ratio decidendi*¹⁵ del análisis de constitucionalidad del artículo 68 de esa Ley. Por consiguiente, esa interpretación, de autoridad, se integra al precepto legal y concreta el sentido, *prima facie*, indeterminado de lo "injusto".

4.6.- En recién oportunidad la Corte, en Sentencia SU-072 de 2018, recordó la vigencia de esa posición rechazando aproximaciones interpretativas sobre la materia que sustentan una condena automática de responsabilidad sin haber consultado la razonabilidad de la decisión que restringió preventivamente la libertad de la persona. Así lo señaló ese Tribunal: (...)"

Por ello, la Subsección C del Consejo de Estado¹⁶, frente al análisis de la reclamación por daños ocasionados por la privación de la libertad fijó la siguiente posición:

"4.7.- En ese orden de ideas, esta Sala abordará el análisis del caso concreto conforme a la pacífica interpretación constitucional sobre la materia, destacando que ésta resulta prevalente y preferente frente a la acogida por la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, tanto por la autoridad de aquella como por la razonabilidad que le subyace, por cuanto logra articular de manera coherente y razonada el análisis de antijuridicidad del daño de acuerdo a los estándares sustantivos relativos a la libertad personal y su excepcional restricción. A lo que sólo resta agregar que siendo interpretaciones llevadas a cabo en sede de control abstracto de constitucionalidad (C-037 de 1996) y del Pleno de la Sala en materia de tutela (SU-072 de 2018), es indisputable su observancia".

Finalmente es procedente exaltar nuevamente la posición fijada por la Corte Constitucional en **sentencia SU 072 de 2018**, a través de la cual desarrolló la interpretación constitucional del régimen de responsabilidad de Estado en los casos de privación de la libertad concluyendo lo siguiente:

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

"(...)

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

"(...)

*"109. Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial– del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo **no establece un único título de atribución** y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en*

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C
CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA -Bogotá D.C. trece (13) de agosto de dos mil dieciocho (2018).- Radicación: 250002326000200800028 01 (44896).

aplicación del principio iura novit curia, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante" (se destaca).

Por lo anterior, esta Sala de decisión considera que el fallador del proceso de reparación con fundamento en la privación de la libertad, deberá verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma y, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, incluso en los casos en que se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, haciéndose el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

9. CASO CONCRETO.

9.1. Elementos de la responsabilidad del Estado.

9.1.1. El daño

La Sala encuentra acreditado con fundamento en el material probatorio válidamente recaudado lo siguiente:

El señor JHON JAIRO SHAEK ZAPATA, fue privado de la libertad entre el **28 de octubre de 2010¹⁷ al 24 de mayo de 2011¹⁸.**

Contra el señor JHON JAIRO SHAEK ZAPATA se adelantó por parte de la Fiscalía General de la Nación investigación penal por los delitos de Homicidio Agravado en concurso con Acceso Carnal Violento Agravado y Actos Sexuales con menor de Catorce años, bajo el radicado 76834-6000-187-2009-00586.

El 29 de octubre de 2010 el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías impone medida de aseguramiento por los delitos de **Homicidio Agravado en concurso con Acceso Carnal Violento Agravado y Actos Sexuales**, al señor JHON JAIRO SHAEK ZAPATA, ordenando su encarcelación en establecimiento penitenciario.

El 23 de octubre de 2011, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Conocimiento de Tuluá, llevó a cabo audiencia de juicio oral emitiendo

¹⁷ Orden de encarcelación (fl.192 C1)

¹⁸ Oficio 233-EPMSCTUL-JUR-DIR de 9 de febrero de 2015 (fl.143 C1)

el sentido del fallo que fue de carácter absolutorio en favor del señor JHON JAIRO SHAEK ZAPATA y ordenando su liberación inmediata, la cual se hizo efectiva el 24 de octubre de 2011. (fl.377-378 C1).

Mediante sentencia No. 064 de junio 8 de 2011, el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Tuluá, realiza la lectura del fallo de carácter absolutorio (fl. 8-17 C1). Decisión confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga – Sala de Decisión Penal, mediante providencia del 5 de agosto de 2011. (fl.18-40 C1)

9.1.2. Imputabilidad

Para determinar si el daño es antijurídico, la Sala pasará a examinar las actuaciones desplegadas por el ente acusador en la investigación penal contra JHON JAIRO SHAEK ZAPATA y la imposición de la medida de aseguramiento.

La adopción y desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico del Sistema Penal Acusatorio a través de la Ley 906 de 2004¹⁹, implicó un replanteamiento de las facultades de la Fiscalía General de la Nación, asignado a los jueces penales la competencia de imponer las medidas de aseguramiento con el fin de *lograr la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal*, de ahí que la actuación del ente acusador esté determinada por la presentación de la solicitud en virtud de la cual la autoridad judicial debe resolver sobre estos asuntos.

En concordancia con lo anterior, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal establece que el ente acusador, en los casos pertinentes, solicitará la imposición de la medida de aseguramiento con indicación de *"la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia"*.

A su vez, el artículo 308 *ejusdem* precisa que la medida de aseguramiento procede *"cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga"*.

Para la imposición de la medida de aseguramiento no basta con la inferencia razonable de autoría o participación en el delito investigado, derivada de la información legalmente obtenida²⁰, los elementos

¹⁹ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

²⁰ En cuanto a la información legalmente obtenida, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que *"comprende los denominados informes de investigador de campo y de investigador de laboratorios, conocidos también como informes policiales e informes periciales y toda fuente de información legalmente obtenida que no tenga cabida en la definición de elemento material probatorio y evidencia física, como las entrevistas realizadas por policía judicial, las exposiciones tomadas por la fiscalía (artículo 347) y las declaraciones juradas rendidas ante los Alcaldes, los Inspectores de Policía o los Notarios"*.

materiales probatorios o de la evidencia física²¹, sino que, además, se requiere se cumpla alguno de los requisitos establecidos en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, a saber: i) que la medida resulte necesaria para evitar la obstrucción de la justicia; ii) que el implicado imputado constituya un peligro para la sociedad o la víctima o iii) que resulta probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia²².

Las situaciones que dan lugar a la configuración de las circunstancias enunciadas se encuentran previstas en los artículos 309 a 312 de la Ley 906 de 2004²³. En relación con el peligro de la comunidad, el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 310²⁴ del Código de Procedimiento Penal²⁵.

Para la época de los hechos, la detención preventiva en establecimiento carcelario procedía respecto de los delitos investigables de oficio cuando el mínimo de la pena fuera igual o superior a 4 años, dentro de los cuales se encontraban los delitos de **"Homicidio Agravado en concurso con Acceso Carnal Violento Agravado y Actos Sexuales"**²⁶, conducta que, precisamente, fue la que se le imputó al señor JHON JAIRO SHAEK ZAPATA.

9.1.3. Obligación del Estado a la protección de las mujeres víctimas de malos tratos indebidos y denigrantes-perspectiva de género.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha venido adoptando una cosmovisión con perspectiva de género en los procesos de responsabilidad administrativa del Estado por privación injusta de la

Públicos, a instancias de la defensa (artículo 272)" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de marzo de 2015, expediente 44.540, M.P. Eugenio Fernández Carlier).

²¹ En relación con los elementos materiales probatorios o evidencia física, el artículo 275 de la Ley 906 de 2004 prevé que estos corresponden a: i) las huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva; ii) las armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva; iii) el dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva; iv) los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal; v) los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí; vi) los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público; vii) los mensajes de datos y viii) los demás elementos materiales similares a los anteriores debidamente descubiertos, recogidos y custodiados.

²² Según lo previsto en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, sin las modificaciones introducidas con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, por el artículo 2 de la Ley 1760 de 2015.

²³ Es del caso aclarar que en el sub lite no se tendrán en cuenta las modificaciones de la Ley 906 de 2004 ocurridas con posterioridad a la fecha en la que ocurrieron los hechos y se adoptaron las determinaciones objeto de cuestionamiento.

²⁴ "El artículo 310 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

"Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la punible. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

"1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.

"2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.

"3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.

"4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional"

²⁵ A este asunto no le resulta aplicable la modificación introducida al artículo 310 de la Ley 906 de 2004 por el artículo 3 de la Ley 1753 de 2015, por no encontrarse vigente para la fecha de los hechos objeto de la litis.

²⁶ Artículo 103, numeral 1 del artículo 104, artículo 205, numeral 5 del artículo 211, 209, numeral 2 y 4 del artículo 211 y artículo 31 del Código Penal.

libertad en los casos que hay de por medio una mujer víctima de violencia, señalando en sentencia del 19 de febrero de 2018²⁷, que es objeto de especial protección a la luz del derecho internacional²⁸ y el ordenamiento jurídico interno de los Estados²⁹, la mujer víctima 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.

En dicho fallo la Alta Corporación reiteró su posición³⁰ acerca del problema estructural de violencia en contra de la mujer, así como sobre las medidas necesarias para contrarrestarla, en los siguientes términos:

"En este punto, es importante manifestar que la violencia doméstica no es un asunto familiar privado en el que se le han impuesto límites infranqueables al Estado, todo lo contrario, a este le asiste la obligación de tomar medidas preventivas conducentes a preservar y garantizar el adecuado ejercicio de los derechos en las relaciones entre los individuos. Así las cosas, es obligación del Estado intervenir en las relaciones familiares con el ánimo de impedir la violación de los derechos fundamentales en el interior del hogar y así mismo evitar sus repercusiones en la vida y la salud mental y física de sus integrantes.

(...)

El concepto de feminicidio ha sido utilizado 'para aludir inicialmente y hacer públicamente visibles los homicidios de mujeres por el hecho de ser tales en un contexto social y cultural que las ubica en posiciones, roles o funciones subordinadas, contexto que, por tanto, favorece y las expone a múltiples formas de violencia'³¹.

Para la Organización de Naciones Unidas (ONU) el feminicidio es 'el asesinato de mujeres como resultado extremo de la violencia de género que ocurre tanto en el ámbito privado como público.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A - Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN - Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil dieciocho (2018). - Radicación número: 76001-23-31-000-2005-02191-01 (50171)

²⁸ A nivel internacional, son varios los estatutos o mecanismos dirigidos a brindar protección a la mujer, entre los que se destacan, por ejemplo, la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (aprobada el 7 de noviembre de 1967 por las Naciones Unidas), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW- (aprobada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas) y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (aprobada el 20 de diciembre de 1993 por las Naciones Unidas) (Corte Constitucional, T-878 de 2014, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio).

²⁹ La Ley 1257 de 2008, "por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres (...)", definió la violencia contra la mujer como "cualquier acción u omisión, (sic) que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado".

El artículo 15 de la ley acabada de citar dispone que la sociedad civil, las asociaciones, las empresas, el comercio organizado, los gremios económicos y demás personas jurídicas y naturales tienen la responsabilidad de tomar parte activa en el logro de la eliminación de la violencia y la discriminación contra las mujeres, para lo cual deberán, entre otros: i) conocer, respetar y promover los derechos de las mujeres reconocidos por esta ley, ii) abstenerse de realizar todo acto o conducta que implique discriminación y maltrato físico, sexual, psicológico o patrimonial contra las mujeres y iii) eliminar la violencia y discriminación en su contra.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de mayo de 2015, expediente: 25958, M.P: Stella Conto Díaz del Castillo.

³¹ Cita original del texto: Patsilí Toledo Vásquez, ¿Tipificar el feminicidio?, en: www.anuariocdh.uchile.cl. Feminicidio: Legado de la práctica y la narrativa feminista. Isabel Agatón Santander.

*Comprende muertes de mujeres a manos de sus parejas, ex parejas o familiares, mujeres asesinadas por acosadores, agresores sexuales y/o violadores, así como aquellas que trataron de evitar la muerte de otra mujer*³².

*La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fallo de Campo Algodonero por su parte señaló que 'el feminicidio es el homicidio de mujeres por razones de género'*³³.

*Para la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias, los feminicidios son el reflejo de una cultura de odio y discriminación hacia las mujeres y un índice del fracaso del sistema de justicia penal en cuanto a conducir a los perpetradores de estos crímenes ante la justicia*³⁴.
(...)

El país también ha ratificado numerosos tratados internacionales en materia de derechos humanos, entre ellos, los que garantizan los derechos de las mujeres.

En particular, hay que mencionar la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW–, que hace parte de la normativa nacional a través de la Ley 051 de 1981 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, ratificada mediante la Ley 248 de 1995.

También se trae a colación por parte del Órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la posición de la Corte Constitucional en sentencia C-297 de 2016, en la que señaló que un elemento determinante de la investigación penal por el delito de feminicidio son los antecedentes de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la mujer, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no. En dicho pronunciamiento se expresó lo siguiente:

"Por lo tanto, de los elementos conceptuales que se desprenden de los pronunciamientos de instancias internacionales de derechos humanos y de la tipificación del feminicidio en diferentes regímenes se puede concluir que la violencia anterior al homicidio de una mujer, así como otros elementos contextuales, son determinantes para establecer si se trata de un feminicidio o de un homicidio. En este sentido, dicha violencia no se analiza como un criterio de valor respecto del sujeto activo, sino como un elemento que puede dar paso a verificar patrones de discriminación en las relaciones entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la conducta que configuren el ingrediente intencional

³² Cita original del texto: PNUD El Femicidio en Chile. Boletín Informativo del Sistema de Naciones Unidas para el Desarrollo, Sede Chile. N° 5 septiembre/octubre de 2004, en: www.pnud.cl última visita 20 de febrero de 2012. Feminicidio: Legado de la práctica y la narrativa feminista. Isabel Agatón Santander.

³³ Cita original del texto: Corte Interamericana de Derechos Humanos - C IDH en la Sentencia Caso González y Otras (Campo algodón) vs México de 16 de noviembre de 2009, párrafo 143. Feminicidio: Legado de la práctica y la narrativa feminista. Isabel Agatón Santander.

³⁴ Cita original del texto: Rashida Manjoo, Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer, La acción interna e internacional frente a las distintas formas de violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. En: Isabel Agatón Santander, Si Adelita se fuera con otro. Del feminicidio y otros asuntos, Editorial Temis Obras Jurídicas. Feminicidio: Legado de la práctica y la narrativa feminista. Isabel Agatón Santander.

en el feminicidio y que reconoce la dificultad probatoria del delito. Luego, la inclusión de los elementos contextuales en los tipos penales busca guiar la labor de la administración de justicia hacia un derecho penal con una perspectiva de género que tenga herramientas para superar el mismo fenómeno social que no permite identificar las condiciones de discriminación de la mujer.

(...)

La Sala considera que los apartes del inciso identificados como primero y cuarto, es decir, la descripción general de las modalidades de las circunstancias allí contenidas como -los antecedentes, indicios de violencia o su amenaza, el requisito de que éstos hayan sido perpetrados por el autor del delito en contra de la víctima y que no se requiera una denuncia-, respetan el principio de legalidad, por comprender conceptos claros y precisos que no admiten ambigüedad. Ahora bien, en cuanto al primero (antecedentes, indicios o amenaza de violencia en sus dos modalidades), esta Corporación verifica que el uso común del antecedente se refiere a circunstancias previas a otras, es decir, un hecho pasado³⁵, que en este caso no requiere haber sido denunciado ante las autoridades para que sea considerado. De otra parte, un indicio, se refiere al "fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido"³⁶. Así, el Código General del Proceso establece que los indicios son medios de prueba³⁷. No obstante, para que un hecho pueda considerarse un indicio éste debe estar debidamente probado en el proceso³⁸. Por último, una amenaza se refiere al uso de cualquier medio para intimidar a alguien, con el anuncio explícito o implícito de la provocación de un daño para éste o para algo o alguien que tenga un valor para el amenazado. Así, implica el anuncio de un posible riesgo de una situación, acción o daño que genera miedo y angustia.

(....)

Adicionalmente, es pertinente reiterar que los elementos contextuales son particularmente relevantes alrededor del feminicidio, pues muchas veces son aquellos los que permiten establecer la intención del tipo y suponen la integración de una perspectiva de género necesaria en la valoración de esta conducta, como una forma de violencia contra la mujer que atiende a condiciones de discriminación estructurales. Por ejemplo, el Protocolo Latinoamericano al que se hizo referencia indica que para poder identificar si existieron o no razones de género es necesario que el operador judicial tenga en cuenta el "contexto de la muerte, las circunstancias de la muerte y la disposición del cuerpo, los antecedentes de violencia entre la víctima y el victimario, modus

³⁵ Diccionario de la Real Academia Española. "Antecedente. (...)2. m. Acción, dicho o circunstancia que sirve para comprender o valorar hechos posteriores".

³⁶ Diccionario de la Real Academia Española

³⁷ Ley 1564 de 2012. "Artículo 165. Medios de prueba. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales".

³⁸ Ley 1564 de 2012. "Artículo 240. Requisitos de los indicios. Para que un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso".

operandi y del tipo de violaciones usados ante y post mortem, las relaciones familiares, de intimidad, interpersonales, comunitarias, laborales, educativas, o sanitarias que vinculan a la víctima y el/los victimario/s, la situación de riesgo o vulnerabilidad de la víctima al momento de la muerte, las desigualdades de poder existentes entre la víctima y el/los victimario/s" 39.

(...)

Así pues, el deber de debida diligencia en la prevención, atención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer impone al Estado la carga de adoptar una perspectiva de género en la investigación de estos delitos y violaciones de derechos humanos. Esto implica tener en cuenta la desigualdad que ha sufrido la mujer como un factor que la pone en una situación de riesgo y amenaza de violencia, y en este caso, verificar si existe una relación entre la víctima y el victimario de discriminación como motivación de la conducta.

(...)

Esta caracterización es coherente con la obligación de debida diligencia de los Estados de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres, frente a la evidencia contundente de los altos grados de impunidad que las formas tradicionales de política criminal no han logrado combatir. Entonces, la garantía del acceso a la justicia para las mujeres supone un cambio estructural en el acercamiento del derecho penal para que la tipificación de las conductas que violan sus derechos humanos, su investigación y sanción integren una perspectiva de género".

Conforme a la ley 1257 de 2008, los antecedentes de hecho en los casos de violencia contra la mujer, permiten la adopción de medidas especiales de protección, en los siguientes términos:

Artículo 16. El artículo 4 de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 1 de la Ley 575 de 2000 quedará así:

"Artículo 4°. Toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico, psíquico o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá pedir, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, al comisario de familia del lugar donde ocurrieren los hechos y a falta de este al Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que esta se realice cuando fuere inminente.

Cuando en el domicilio de la persona agredida hubiere más de un despacho judicial competente para conocer de esta acción, la petición se someterá en forma inmediata a reparto.

³⁹ ONU Mujeres, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en América Central, y la Campaña latinoamericana para poner fin a la violencia contra las mujeres Únete, Modelo Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), gráfico 1, capítulo III, p.37.

Parágrafo. En los casos de violencia intrafamiliar en las comunidades indígenas, el competente para conocer de estos casos es la respectiva autoridad indígena, en desarrollo de la jurisdicción especial prevista por la Constitución Nacional en el artículo 246.

Artículo 17. El artículo 5° de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 2° de la Ley 575 de 2000 quedará así:

Artículo 2. Medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar. Si la autoridad competente determina que el solicitante o un miembro de un grupo familiar ha sido víctima de violencia, emitirá mediante providencia motivada una medida definitiva de protección, en la cual ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra similar contra la persona ofendida u otro miembro del grupo familiar.

Artículo 18. Medidas de protección en casos de violencia en ámbitos diferentes al familiar. Las mujeres víctimas de cualquiera de las modalidades de violencia contempladas en la presente ley, además de las contempladas en el artículo 5° de la Ley 294 de 1996 y sin perjuicio de los procesos judiciales a que haya lugar, tendrán derecho a la protección inmediata de sus derechos, mediante medidas especiales y expeditas, entre las que se encuentran las siguientes:

- a) Remitir a la víctima y a sus hijas e hijos a un sitio donde encuentren la guarda de su vida, dignidad, e integridad y la de su grupo familiar.*
- c.) Ordenar el traslado de la institución carcelaria o penitenciaria para las mujeres privadas de la libertad;*
- d) Cualquiera otra medida necesaria para el cumplimiento de los propósitos de la presente ley.*

Artículo 24. Adiciónense al artículo 43 de la Ley 599 de 2000 los siguientes numerales:

- 10. La prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar.*
- 11. La prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar.*

Artículo 25. Adiciónese al artículo 51 de la Ley 599 de 2000 el siguiente inciso:

La prohibición de acercarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar y la de comunicarse con ellos, en el caso de delitos relacionados con violencia intrafamiliar, estará vigente durante el tiempo de la pena principal y hasta doce (12) meses más".

Como se puede evidenciar, los antecedentes de violencia familiar o amenazas en las diferentes esferas sociales en contra de la mujer son un parámetro serio y razonable para establecer un indicio de feminicidio y constituyen el fundamento suficiente para iniciar la investigación penal y dictar una medida de aseguramiento en contra del sujeto activo de esas conductas.

9.1.4. Medida de Aseguramiento Impuesta en el sub lite. (CD- fl. 192 A C1)

La Sala encuentra probado que en la audiencia adelantada el 29 de octubre de 2010, el Despacho Fiscal Treinta Seccional de Tuluá puso en el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Tuluá los siguientes elementos materiales probatorios con el propósito que fuera impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva contra el señor JHON JAIRO SHAEK ZAPATA, de los cuales se extrae por la Sala lo siguiente:

Declaraciones o entrevistas de los señores Andrés Gabriel Benítez Dávila, Cesar Augusto Solano Zapata y Ana María Dávila Valencia, quienes se refirieron que minutos antes al hallazgo del cadáver de la señora Elizabeth Parra Loaiza, se escuchaban gritos de la occisa, así mismo señalan que en simultánea a los gritos de la víctima fatal, el señor JOHN JAIRO SHAEK ZAPATA, se encontraba en la vivienda sacando cosas y en ningún momento se le vio afanado o solicitó ayuda.

Que en el informe ejecutivo de vigilancia la patrulla que atendió el caso señaló que no fue posible ingresar inmediatamente a la vivienda pues el señor JOHN JAIRO SHAEK ZAPATA, aseguró no tener llaves de la vivienda, haciéndose necesario el ingreso por una ventana para poder abrir la puerta; sin embargo se afirmó el señor Jhon Jairo Arboleda Marín que las llaves se las había entregado en horas de la mañana del día de los hechos, información que coincide con la declaraciones ya descritas que lo ubican en el lugar de los hechos.

Por otra parte se señaló por parte de la Fiscalía que de acuerdo al registro fotográfico y el plano o el croquis realizado en el levantamiento del cadáver, se evidencia que la escena no era idónea para llevarse a cabo un suicidio dadas las condiciones de la cuerda y la altura de la puerta en la que la víctima supuestamente se quitó la vida.

También puso la Fiscalía en conocimiento del Juzgado las siguientes declaraciones:

José Iván Loaiza Arias, quien afirmó que el señor JOHN JAIRO SHAEK ZAPATA le había dejado una huella de ahorcamiento a la señora ELIZABETH PARRA LOAIZA, en alguna ocasión por haberse negado a tener relaciones sexuales, situación que le fue contada directamente por la señora Elizabeth.

Paula Shek hermana del acusado quien puso en conocimiento de la autoridades que este había abusado sexualmente de su menor hija tocándole lo senos, lo cual fue ratificado por José Iván Loaiza Arias, padre de la menor.

Menor LJJ, quien declaró ante el forense haber sido víctima de abuso sexual por parte del señor JHON JAIRO SHAEK ZAPATA.

José Iván Loaiza Arias y las menores LJJ, MA, declararon que el señor JOHN JAIRO SHAEK ZAPATA amenazaba constantemente de muerte a la señora Elizabeth si lo abandonaba, además de quitarle a sus hijas.

De las declaraciones de las señoras Carmen Tulia Padilla Corre, Ana Cecilia Parra Correa y Jimena Correa, se obtiene que el señor JOHN JAIRO SHAEK ZAPATA, violentaba a la señora ELIZABETH PARRA LOAIZA a tener relaciones sexuales contra su voluntad.

De la violación se cuenta también con el informe de Médico legista quien consigno la declaración de la menor ASP, quien le preguntó si este también tenía relaciones sexuales con su esposa al igual que sus padres.

Deja constancia la Fiscalía que los anteriores relatos se encuentran consignados en un informe de investigación de campo de policía judicial de la FGN.

Así mismo señala que existe un documento público suscrito por la doctora Luz Estela Vargas Arboleda como comisaria de familia donde se planteó la denuncia de la señora ELIZABETH PARRA LOAIZA donde era obligada a la fuerza a sostener relaciones sexuales por el señor JHON JAIRO SHAEK ZAPATA y denunciaba el maltrato físico y psicológico al que eran sometido ella y sus dos hijas. (hora 1 minuto 37 a hora 1 minuto 55)

El Juez impuso medida de aseguramiento consisten detención privativa de la libertad en establecimiento carcelario al señor JHON JAIRO SHAEK ZAPATA, al llegarse a la inferencia lógica razonable de la inferencia del acusado en la comisión de los delitos, en cuanto a los fines consideró que no solo es procedente porque constituye un peligro para la sociedad y por la gravedad de los delitos que se le imputan. (minuto 40 a 54)

El Juez Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Tuluá el 8 de junio de 2011, (fl. 8-17 C1) consigna las motivaciones del sentido del fallo de carácter absolutorio emitido el 23 de mayo de 2011, dejando plasmadas las siguientes consideraciones:

"Decir que es sospechoso que el acusado en lugar de llamar a las líneas de auxilio, la policía u otra unidad de socorro más expedita, se trasladó en taxi hasta la URI, no constituye un indicio como tal, tampoco sostenerse que en el azar manifestó que no podía entrar, cuando ya había explicado que había ingresado, divisado el cuadro horrendo, bajar a su esposa para ayudarle en algo si era posible, para luego retirarse a informar, no lo constituye como un indicio, ni de presencia, por cuanto ya había fallecido y si ello fuera así, también entonces deberíamos sospechar del vecino quien era quien tenía las llaves al momento de muerte de la joven mujer"

Por su parte la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Buga al conocer el recurso de apelación presentado contra el anterior fallo, en providencia del 5 de agosto de 2011, (fl.18-40 C1) señaló:

"Lo que si se demostró dentro del proceso es que el acusado trataba muy mal a su esposa, la amenazaba y la golpeaba con frecuencia, además que tenía una amante lo que deterioró notoriamente la armonía del hogar, conclusiones a las que se llega con los testimonios rendidos por los señores José Iván y Blanca Miriam Loaiza Arias y Ana Delia Parra Correa, tíos de la occisa, como también de sus primas Claudia Patricia Pineda Parra y Jimena Correa y de la progenitora de la occisa, quienes en forma clara y coherente se refirieron a diferentes episodios agresivos por parte de aquel.

(..)

Aunque el acusado renunció al derecho a guardar silencio y en el juicio oral negó esas aseveraciones, mostrándose lleno de sentimientos y de llanto, incluso, rompiendo con la solemnidad que debe caracterizar una audiencia del juicio oral, con la complacencia del fallador, pretendiendo hacer creer que es una persona pasiva, comprensiva, respetuosa y calmada, cuando la realidad procesal lo que demuestra es que se trata de un individuo intolerante que con frecuencia agredía física, mental y moralmente a su esposa y la sometía a lo que él quisiera, sin que encontrara oposición en ella pues era una persona fácilmente influenciable y le tenía temor, agresiones que también pudieron afectar a sus dos hijas, lo que se extrae del comportamiento y actitud que mostraba en el colegio a las que en forma clara lo refirió la docente María Jenny Rios Toro.

No obstante la gravedad de los comportamientos antes descritos y que posiblemente pueden constituir otras conductas delictivas por las que no se formuló acusación, por ser nuestro derecho penal de acto y no de actor, no pueden ser tenidos en cuenta como un indicio grave en contra del acusado y con base en ello fundamental una sentencia condenatoria por los delitos de homicidio agravado y acceso carnal violento, pues se trata de acciones que no tienen relación directa con los citados delitos".

De los presupuestos fácticos del *sub lite*, es claro que tanto el ente acusador como el juez de control de garantías cumplieron con sus deberes funcionales en el ejercicio de la actuación penal, porque examinó con el debido rigor las piezas procesales obrantes en el expediente al momento de imponer la medida de aseguramiento, la cual cumplió con el lleno de los requisitos que exige la ley para el efecto, por lo que a pesar de que posteriormente exista una sentencia absolutoria, no hace injusta la detención.

9.2. Culpa grave o dolo.

En materia de responsabilidad del Estado por daños causados por la administración de justicia, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone

que la lesión se entenderá como debida a la culpa exclusiva de la víctima, cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo.

A partir de lo prescrito por el artículo 63 del Código Civil, la culpa es la conducta reprochable de la víctima, por violación del deber objetivo de cuidado, al no prever los efectos nocivos de su acto o, habiéndolos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos. Reviste el carácter de culpa grave aquel comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, al paso que el dolo es asimilado a la conducta realizada con la intención de generar daño a una persona o a su patrimonio.

Esta Sala de Decisión, con arreglo a estas disposiciones, ha exonerado de responsabilidad al Estado en aquellos eventos en los cuales personas, que han sido privadas de la libertad y luego absueltas de responsabilidad penal, contribuyeron con su actuación doloso o gravemente culposa en la producción del daño. Así, ha reconocido que las actuaciones previas de la víctima pudieron justificar su vinculación al proceso penal y la imposición de una medida de aseguramiento en su contra.

En materia de privación injusta, se ha sostenido que no toda absolución en un proceso penal deviene en responsabilidad patrimonial del órgano judicial, puesto que cuando la investigación tuvo sustento probatorio y de ella se pudo desprender que la actuación del procesado fue de tal magnitud que justificó la actuación judicial, es la conducta de la víctima la causante del daño, sin perjuicio de que, en sede de la justicia ordinaria, se hubiere proferido sentencia absolutoria⁴⁰.

En el caso concreto, encontramos que el señor JHON JAIRO SHAEK ZAPATA fue procesado penalmente y, como consecuencia de ello, privado de su libertad por disposición de la Fiscalía General de la Nación, al haber participado presuntamente en el homicidio de su ex esposa, hasta cuando el Juzgado Segundo Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento lo absolvió porque no existieron pruebas que indicaran que hubiera cometido la conducta punible por la cual fue investigado, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Buga – Sala Penal.

Para la Sala es evidente en el caso en cuestión, que la privación de la libertad de la que fue víctima el señor JHON JAIRO SHAEK ZAPATA obedeció a su propia culpa, toda vez que, como quedó visto, violó una obligación a la que estaba sujeto sin duda, cuál era la de abstenerse de ejecutar un acto tan reprochable como el someter a su esposa a la violencia, física, mental y moral, razón por la cual la Fiscalía General de la Nación inició una investigación penal en su contra, en desarrollo de la cual y conforme a las pruebas que militaban en el plenario, vio la

⁴⁰ Al respecto puede consultarse la sentencia del 9 de julio de 2014, expediente: 38438. C.P. Hernán Andrade Rincón y la sentencia del 2 de mayo de 2007, expediente: 15.463. C. P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

necesidad de implementar las medidas que lo afectaron y, por tanto, es obvio que estaba obligado a soportarlas.

Está claro que fue el proceder gravemente culposos del sindicado propició la investigación penal que se adelantó en su contra, en razón a las constantes amenazas de muerte, violencia física y ataques sexuales que JHON JAIRO SHAEK ZAPATA había exteriorizado a su ex cónyuge, precisamente, por culpa de los maltratos y agresiones de que era objeto y a quien ya había denunciado por circunstancias antecedentes similares, conducta contraria a derecho que ameritaba, cuando menos, que el Estado en el ejercicio legítimo de sus funciones de investigar la posible comisión de una conducta punible, decretara la apertura de la investigación por el delito de homicidio, el cual por ser contra el bien jurídico de la vida exigía a los funcionarios judiciales adelantar todas las acciones necesarias para encontrar al responsable.

En consecuencia, la Sala revocará la decisión de primera instancia que declaró la responsabilidad patrimonial de la Nación-Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, al encontrar que el daño padecido por el accionante no fue antijurídico.

10. CONCLUSIÓN.

Se revoca la sentencia de primera instancia al determinarse que la medida de aseguramiento impuesta al señor JHON JAIRO SHAEK ZAPATA, por parte del Juez Penal Municipal con Función de Control de Garantías por solicitud de la Fiscalía General de la Nación cumplió con el lleno de los requisitos establecidos por la legislación vigente a la época de los hechos.

11. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

La regulación de las costas procesales en el CPACA tiene el siguiente texto:

*"ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la **sentencia dispondrá** sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."*

Por su parte el Código General del Proceso en su artículo 365⁴¹ señala las reglas a tener en cuenta para imposición de la condena en costas.

⁴¹ "ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

La Sección Tercera del Consejo de Estado⁴², dispone frente al tema de costas lo siguiente:

"De esta manera, con independencia de la buena fe con que las partes hubieran obrado en el presente recurso, el extremo recurrente demandante habrá de ser condenado en costas en favor del demandado, por cuanto resultó vencido en juicio.

(...)

En adición, para esos propósitos deberá atenderse la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas".

Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que la parte actora fundamentó la apelación en argumentos que han sido desestimados y, en segundo, que además de que la defensa adelantó gestiones de manera activa en la segunda instancia, debido a que alegó de conclusión y asistió a la audiencia de reconstrucción del expediente, en todo caso, por cuenta de la interposición de la alzada, el proceso se prolongó por un término superior, lo que condujo a que la vigilancia procesal ejercida sobre el mismo se extendiera en el tiempo".

La anterior cita expone lo que ha denominado el órgano de cierre de la jurisdicción como un criterio objetivo valorativo, es decir que en cada caso al juez le corresponde examinar la actuación procesal de las partes para establecer la condena en costas a la parte vencida, de modo tal que la Sala acoge este pronunciamiento, en tanto la materia objeto de estudio se rige por el precedente dispuesto en la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Visto lo anterior, en lo que se refiere al caso concreto y en consideración a la revocatoria total del fallo de primera instancia, es procedente la condena en costas a la parte actora, dada intervención por parte de las entidades demandadas en ambas instancias. Así las cosas, de conformidad con los artículos 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 norma vigente a la presentación de la demanda, se fijarán como agencias en

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

⁴² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A - Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO - Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018). - Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01219-01(56857)

derecho el 1% de las pretensiones negadas, que se determinarán de acuerdo con la cuantía estimada en la demanda.

12. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 30 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Cali y en su lugar se niegan las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en costas en ambas instancia a la parte demandante. Por Secretaría líquidense y como agencias en derecho establézcase el 1% de las pretensiones negadas.

TERCERO: EN FIRME esta providencia, por Secretaría, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Providencia discutida y aprobada en Sala de decisión de la fecha. Acta No. ____

Los Magistrados,


EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS


OSCAR SILVIO NARVAEZ DAZA


OMAR EDGAR BORJA SOTO