

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO PONENTE: **FRANKLIN PÉREZ CAMARGO**
Expedientes acumulados: 250002326000**2011**-01430-00 (principal)
250002326000**2011**-01431-00 (acumulado)
Demandante: Jorge Humberto Donoso Hernández y otros
Demandado: Nación – Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación e INPEC.
Asunto: Sentencia de primera instancia – Accede
Medio de control: Reparación directa

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En cumplimiento del Acuerdo No. CSJBTA 21-59 del 4 de agosto de 2021, por medio del cual se ordenó al remisión de procesos del sistema escritural a esta Subsección como medida de descongestión, mediante auto del 09 de agosto de 2021, el magistrado Fernando Iregui Camelo ordenó remitir el presente expediente al despacho del Magistrado Ponente (Samai, índice 139), remisión que se hizo efectiva el 11 de agosto de la misma calenda (Samai, índice 141).

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a la Sala decidir las demandas interpuestas por los señores Jorge Humberto Donoso Hernández, Blanca Flor Hernández Tobito y Jorge Humberto Donoso Vargas, en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación – Rama Judicial, Nación Fiscalía General de la Nación y, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).

ANTECEDENTES

1. Lo que se demanda

El 12 de diciembre de 2011, mediante apoderado judicial, el señor Jorge Humberto Donoso Hernández y, mediante agente oficioso, los señores Jorge Humberto Donoso Vargas y Blanca Flor Hernández Tobito presentaron demanda de reparación directa en contra de la Nación – Rama Judicial, Nación – Fiscalía General de la Nación y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), con la finalidad de que se declaren

administrativa y patrimonialmente responsables por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la privación de la libertad de la que fue objeto el señor Donoso Hernández.

Para el efecto, se formularon las siguientes pretensiones:

Expediente 2011-1430 (fls. 2-22, cp1):

1. Que se declare que la Nación **Rama Judicial**, la **Fiscalía General de la Nación**, y el **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC**, son administrativamente responsables de los perjuicios materiales y morales causados al señor **JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ**, como consecuencia del ERROR JUDICIAL que condujo a la retención y pérdida de la libertad del señor **DONOSO HERNÁNDEZ**, sus padecimientos, daños físicos y psicológicos injustamente ocasionados a él y a su familia.
2. Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a la Nación, **Rama Judicial**, la **Fiscalía General de la Nación**, y el **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC**, a la reparación del daño ocasionado y pagar a los actores, o a su apoderado quien representa legalmente sus derechos, los perjuicios de orden material y moral, subjetivos y objetivados, actuales y futuros, los cuales se estiman como mínimo en la suma de quinientos cincuenta y cinco millones ochocientos mil pesos (\$555'800.000) conforme lo probado dentro del proceso, que corresponden además, a los perjuicios causados tanto de orden material, incluido el daño emergente, los efectos futuros o consecuencias de los daños ocasionados, el lucro cesante y la pérdida o disminución de oportunidades de desarrollo personal, estabilidad económica, como también los perjuicios morales biológicos y psicológicos causados para el resto de la existencia de los demandantes.
3. Que se condene a las demandadas a pagar a los demandantes, o a su apoderado, las cantidades líquidas de dinero que se establezcan pericialmente, **causados y que se causen** desde la fecha en que se produjo el daño y durante el resto de la vida probable para atender las consecuencias de los daños, o hasta cuando se estime su restablecimiento total y definitivo, por los siguientes conceptos:
 - a. Por los costos y erogaciones efectuados y que deban cubrirse para atender oportunamente las secuelas de la injusta privación de libertad de que fue víctima el demandante que se requieran por el resto de vida probable.
 - b. Por los gastos realizados y que deban realizarse para obtener los servicios permanentes de **terapia física**, de **psiquiatría** de **psicología** y de las **demás disciplinas de la salud** que deban atender al afectado y a los demás demandantes, incluyendo el valor de los perjuicios teniendo en cuenta que **JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ** debe adecuarse socialmente a su nueva forma de vida, por causa de la injusta privación de libertad, detrimento de su salud y de su imagen y las angustias propias de este estado.
4. Que se condene a la Nación demandada a pagar a los demandantes, o a su apoderado, las cantidades líquidas de dinero que se establezcan pericialmente, por la pérdida o **disminución de la capacidad laboral** a

consecuencia de los daños biológicos y psicológicos causados por consecuencia de la afectación de su imagen y **cognición**, teniendo en cuenta para esta indemnización los honorarios que en promedio recibía mensualmente y demás emolumentos laborales, habida cuenta de la calidad de tatuador empírico, body painting, o pintura sobre cuerpos desnudos, y el body piercing, que ostenta el demandante **JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ**.

5. En subsidio de las pretensiones 3) y 4), que se condene a la Nación demandada a pagar, a título de perjuicios, a cada uno de los demandantes, o a su apoderado, el valor causado y el que se proyecte por causa de los tratamientos, el equivalente estimado a quinientos (500) salarios mínimos legales vigentes, a la fecha de ejecutoria de la sentencia definitiva.
 - a. Que se ordene que las cantidades de dinero reconocidas se actualicen en su poder adquisitivo, conforme al índice de precios al consumidor que lleva el DANE, para el periodo comprendido entre la fecha del daño y el día del pago.
 - b. Que se ordene reconocer intereses compensatorios o remuneratorios y los moratorios que correspondan, liquidados sobre los montos reconocidos como resarcimiento, a la tasa que cobran los bancos en los créditos ordinarios de libre asignación, por el periodo transcurrido desde el día del daño hasta su pago efectivo, tomando como base la certificación que expida la Superintendencia Financiera de Colombia.
6. Que se condene a la Nación y a todos los demás demandados a pagar, a título de perjuicios morales, a cada uno de los demandantes, o a su apoderado, el valor de quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia definitiva.
7. Condénese a la Nación y a todos los demás demandados al pago de las agencias en derecho por este proceso, conforme a la tarifa de honorarios profesionales de la Corporación Nacional de Abogados “CONALBOS” aplicando las que se refieren a los asuntos que se llevan a “**cuota litis**”.
8. Ordénese a la parte demandada cumplir la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 en la forma prevista en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo.

Expediente 2011-1431 (fls. 122-145, c5):

1. Que se declare que la Nación **Rama Judicial**, la **Fiscalía General de la Nación**, y el **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC**, son administrativamente responsables de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes **BLANCA FLOR HERNÁNDEZ TOBITO** y **JORGE HUMBERTO DONOSO VARGAS**, como consecuencia del ERROR JUDICIAL que condujo a la retención y pérdida de la libertad del señor JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ, sus padecimientos, daños físicos y psicológicos injustamente ocasionados a su hijo y a su familia.
2. Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a la Nación, **Rama Judicial**, la **Fiscalía General de la Nación**, y el **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC**, a la reparación del daño ocasionado y pagar a los actores, o a su apoderado quien representa legalmente sus derechos, los perjuicios de orden material y moral,

subjetivos y objetivados, actuales y futuros, conforme a lo probado dentro del proceso.

3. Que se condene a las demandadas a pagar a los demandantes, o a su apoderado, las cantidades líquidas de dinero que se establezcan pericialmente, por la **pérdida de las oportunidades de producción económica**, por haberse afectado el buen nombre de tatuador empírico, body painting y de body piercing, como diseñador gráfico en calidad de outsourcing o Free Lancer, como disc-jockey de música electrónica y por no poder ejercer nunca más su labor con la misma fama y prestigio de que gozaba antes, teniendo en cuenta para esta tasación los honorarios y demás emolumentos que en promedio podría recibir mensualmente el hijo de los demandantes, señor **JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ**.
4. Que se condene a la parte accionada a pagar a los demandantes, o a su apoderado, las cantidades líquidas de dinero que se establezcan pericialmente, **causados y que se causen** desde la fecha en que se produjo el daño y durante el resto de la vida probable para atender las consecuencias de los daños, o hasta cuando se estime su restablecimiento total y definitivo, por los siguientes conceptos:
 - a. Por los costos y erogaciones efectuados y que deban cubrirse por el resto de vida probable para atender oportunamente las secuelas de la injusta privación de libertad de que fue víctima el hijo de los demandantes, señor **JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ**.
 - b. Por los gastos que deban realizarse para obtener los servicios permanentes de **terapia física**, de **psiquiatría** de **psicología** y de las **demás disciplinas de la salud** que deban atender al afectado y a los demás demandantes, incluyendo el valor de los perjuicios teniendo en cuenta que los demandantes y su hijo JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ deben adecuarse socialmente a su nueva forma de vida, por causa de la injusta privación de libertad, detrimento de su salud y de su imagen y las angustias propias de este estado.
5. En subsidio de las pretensiones 3) y 4), que se condene a la Nación demandada a pagar, a título de perjuicios, a cada uno de los demandantes, o a su apoderado, el valor causado y el que se proyecte por causa de los tratamientos, el equivalente estimado a **quinientos (500)** salarios mínimos legales vigentes, a la fecha de ejecutoria de la sentencia definitiva.
6. Que se condene a la Nación y a los demás demandados a pagar, a título de **perjuicios morales**, a cada uno de los demandantes, o a su apoderado, el valor de quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia definitiva.
 - a. Que se ordene que las cantidades de dinero reconocidas se actualicen en su poder adquisitivo, conforme al índice de precios al consumidor que lleva el DANE, para el periodo comprendido entre la fecha del daño y el día del pago.
 - b. Que se ordene reconocer intereses compensatorios o remuneratorios y los moratorios que correspondan, liquidados sobre los montos reconocidos como resarcimiento, a la tasa que cobran los bancos en los créditos ordinarios de libre asignación,

por el periodo transcurrido desde el día del daño hasta su pago efectivo, tomando como base la certificación que expida la Superintendencia Financiera de Colombia.

7. Condénese a la Nación y a todos los demás demandados al pago de las agencias en derecho por este proceso, conforme a la tarifa de honorarios profesionales de la Corporación Nacional de Abogados “CONALBOS” aplicando las que se refieren a los asuntos que se llevan a “*cuota litis*”.
8. Ordénese a la parte demandada cumplir la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 en la forma prevista en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo.

2. Hechos

Del expediente se extraen los siguientes hechos relevantes:

Dentro del proceso bajo radicado 110016000013200709415, NI 50687, adelantado contra el señor Jorge Humberto Donoso Hernández por el delito de acceso carnal violento, la Fiscalía 17 Seccional de Bogotá D.C. decretó apertura formal de la investigación.

El 24 de septiembre de 2007 se libró orden de captura en contra del señor Jorge Humberto Donoso, la cual fue materializada y legalizada el 27 de septiembre de la misma calenda por el Juzgado 46 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, fecha en la que se impuso medida de aseguramiento en detención preventiva de la libertad en establecimiento carcelario.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bogotá conoció del asunto en primera instancia y el 12 de agosto de 2009 profirió sentencia en la que resolvió condenar al procesado por el delito de acceso carnal violento. Contra dicha decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación.

El Tribunal Superior de Bogotá, el 25 de septiembre de 2009 revocó la decisión y, en su lugar, absolvió al señor Donoso Hernández de los cargos imputados y, concedió la libertad inmediata.

El señor Jorge Humberto Donoso Hernández, estuvo privado de la libertad desde el 27 de septiembre de 2007 hasta el 25 de septiembre de 2009, es decir, por 2 años y 1 día.

Durante la permanencia del señor Jorge Donoso en los diferentes establecimientos carcelarios, éste recibió maltratos físicos y psicológicos dirigidos a su dignidad, debido a que estuvo compartiendo con

delincuentes, compartió baños en mal estado, durmió en el piso en condiciones climáticas difíciles, no fue atendido médicamente lo que le generó una bronquitis y, fue víctima de hurtos violentos por parte de los reclusos.

3. Fundamentos de la demanda

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en que las entidades demandadas incurrieron en una falla en la prestación del servicio, por cuanto se privó injustamente de su libertad al señor Jorge Humberto Donoso Hernández, situación que se evidenció con la decisión de absolverlo de la acusación adelantada en su contra y porque no se garantizó su derecho a la dignidad humana por el estado reprochable en que se encontraban los centros carcelarios.

4. Trámite procesal

Expediente 2011-1430

- El 18 de enero de 2012 se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones correspondientes (fls. 25-26, cp1).
- El 7 de mayo de 2012 tanto la Fiscalía General de la Nación como la Rama Judicial y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario presentaron contestación a la demanda (fls. 38-51, 56-62 y, 63-68, cp1).
- Mediante auto del 23 de mayo de 2012 se requirió a la parte demandante previo dar apertura a la etapa probatoria del proceso para que aportara los datos de ubicación de los testigos, situación que fue saneada el 13 de junio de la misma calenda (fls. 78-80, cp1).
- El 13 de julio de 2012, en cumplimiento de los Acuerdos PSAA12-9461 y PSAA12-9524, se remitió el proceso a la Sección Tercera de del Tribunal Administrativo de Descongestión de Cundinamarca (fl. 82, cp1).
- A través de auto del 4 de septiembre de 2012, el Tribunal Administrativo de Descongestión de Cundinamarca avocó conocimiento, decretó pruebas y negó otras (fls. 85-86, cp2), contra dicha decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación (fls. 87-89, cp2), recurso concedido mediante auto del 2 de octubre de 2012 (fls. 91-92, cp2).
- El Consejo de Estado, el 13 de septiembre de 2013, resolvió el recurso de apelación, revocando la decisión y accediendo a la práctica de pruebas

testimoniales y dictamen pericial (fls. 117-127, cp2).

- El 5 de diciembre de 2013, el apoderado de la parte demandante presentó memorial en el que solicitó la acumulación del proceso 2011-1431 por considerar que i) se tramitan bajo la misma acción, ii) son las mismas partes y, iii) son los mismos hechos (fls. 135-136, cp2).

- Mediante auto del 13 de mayo de 2014 se decretó la acumulación de los procesos 2011-1430 y 2011-1431. Así mismo, se señaló el 23 y 24 de julio de 2014 para la práctica de los testimonios Diego Cadavid, Julián Arango, Mauren Belkys Ramírez, Carolina Sabino, Margarita Ortega, Juanita Acosta y Catalina Aristizábal (fls. 170-172, cp2).

- Frente a la anterior decisión, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de reposición con el fin que se fijara nueva fecha de los testimonios de Sandra Reyes, Mónica Fonseca, Kike Duque, Sandra Pérez, Simón Santander, Fabiana Medina, Adriana López y Rafael Uribe (fls. 183-184, cp2).

- Por auto del 8 de julio de 2014 se repuso el auto del 13 de mayo de 2014 y se fijó el 21 y 26 de agosto de 2014 para llevar a cabo los testimonios de los señores Sandra Reyes, Mónica Fonseca, Kike Duque, Sandra Pérez, Simón Santander, Fabiana Medina, Adriana López y Rafael Uribe (fls. 188-189, cp2).

- Llegado el día y la hora previamente señalados, los testigos no se hicieron presentes (fls. 201-207, cp2).

- En auto del 25 de agosto de 2015 se dispuso correr traslado a las partes del dictamen pericial rendido por la Auxiliar de Justicia Gilma Guaneme Pinilla y se le señaló por concepto de honorarios la suma de \$1.500.000 (fl. 270, cp2).

- Mediante providencia del 2 de agosto de 2016 se dispuso requerir al apoderado de la parte actora, con el fin que allegara las direcciones donde pueden ser citados los testigos Sandra Reyes, Mónica Fonseca, Kike Duque, Sandra Pérez, Fabiana Medina, Adriana López, Catalina Aristizabal, Carolina Sabino, Auren Belky Ramírez, Juanita Acosta y Margarita Ortega y los señores Rafael Uribe, Julián Arango, Diego Cadavid y Simón Santander, concediéndole un término de cinco (5) días so pena de tener por desistida la prueba. En el mismo sentido, se requirió telegráficamente al perito Ramón Alfredo Corales Marina para que allegara el respectivo dictamen pericial dentro del proceso 2011-1431. Finalmente,

en razón a que se recibieron los testimonios de los señores Juan David Caro Montoya, Mauricio Otero y Diego Malo Muñoz en el proceso 2011-1431, no se fijó nueva fecha para los mismos (fl. 273, cp2).

- En escrito del 24 de agosto de 2016, la apoderada de la parte demandante indicó que Caracol Televisión informó la última dirección del domicilio o lugar de notificación registrada por los señores Rafael Uribe, Adriana Lucía López o Adriana López Camacho, Fabiana Medina, Sandra Reyes y Simón Santander. Así mismo indicó que aún no se ha evacuado el despacho comisorio No. 2636 del 19 de agosto de 2014, por cuanto el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de San José de Cúcuta de Norte de Santander consideró no ser competente para atender dicha solicitud, por lo cual insistió en que se recibieran los testimonios de Luciana Manrique, Cristina Moros, Elsida Margarita González, Morbelis Rincón y Claudio Ramírez Maldonado (fls. 273-274, cp2).

Expediente 2011-1431

- El 26 de enero de 2012 se inadmitió la demanda 2011-1431, contra esa decisión, la parte demandante interpuso recurso de reposición (fls. 27-28, c5), el cual fue decidido el 1° de marzo de la misma calenda “no reponiendo” la decisión (fls. 33-34, c5), de forma tal que la parte demandante subsanó la demanda el 12 de marzo de 2012 (fl. 35, c5).

- El 29 de noviembre de 2012, en cumplimiento de los Acuerdos PSAA11-8922 y PSAA12-9524, se avocó el conocimiento del proceso por parte de la Sección Tercera de del Tribunal Administrativo de Descongestión de Cundinamarca (fl. 39, c5).

- El 1° de marzo de 2013 se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones correspondientes (fl. 57, c5).

- El 25 de julio de 2013, la Fiscalía General de la Nación y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario presentaron contestación a la demanda (fls. 62-68 y 98-106, c5).

- La parte demandante presentó reforma de la demanda el 25 de julio de 2013, la cual fue admitida mediante auto del 1° de agosto de la misma calenda (fls. 122-145 y 147, c5).

- El 21 de agosto de 2013, la Fiscalía General de la Nación presentó contestación a la reforma de la demanda (fls. 153-160, c5).

- El 28 de octubre de 2013, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario presentó contestación a la reforma de la demanda (fls. 164-172, c5).
- El 8 de noviembre de 2013, la Rama Judicial contestó la demanda (fls. 173-177, c5).
- La parte demandante describió las excepciones propuestas por las demandadas (fls. 182-184, c5).
- Mediante auto del 31 de enero de 2014 se decretaron pruebas (fls. 186-187, c5).
- Llegado el día y la hora previamente señalados, los testigos Luciana Manrique, Cristina Moros, Margarita González, Patricio Ramírez, Morbelis Rincón, Diego Felipe Malo, Mauricio Otero y Juan David Caro Montoya no se hicieron presentes (fls. 209-214 y 216-217, c5).
- El 18 de marzo de 2014, la parte demandante promovió incidente de nulidad (fls. 219-220, c5) y, como consecuencia de ello, se decidió que no se tendrán como nulas las actuaciones, pero sí se citan nuevamente a los testigos (fls. 223-224 y 247, c5).
- Mediante auto del 4 de noviembre de 2014 se declaró desistida la prueba testimonial y se concedió un término para acreditar la radicación del despacho comisorio (fls. 266-267, c5), decisión recurrida y apelada por la parte demandante (fls. 271-273, c5).
- En auto del 10 de febrero de 2015 no se repuso la decisión anterior y, se citó nuevamente a Diego Felipe Malo, Mauricio Otero y Juan David Caro y Montoya para rendir declaración (fls. 327-328, c5).
- Mediante auto del 9 de junio de 2015 se dispuso cerrar la etapa probatoria del proceso y correr traslado a las partes para que aleguen de conclusión (fl. 381, c5).
- La Fiscalía General de la Nación y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario presentaron sus alegatos el 17 y 24 de junio de 2015, respectivamente (fls. 382-396 y 408-409, c5).
- La parte demandante interpuso recurso de reposición contra el auto del 9 de junio de 2015 (fls. 397-398, c5).
- Mediante auto del 11 de agosto de 2015 se resolvió remitir el expediente

al Despacho de la Magistrada Corina Duque Ayala para que acumule el proceso de reparación directa (fls. 411-412, c5):

Estando el expediente al Despacho para resolver el recurso de reposición interpuesto por la apoderada judicial de los demandantes (fls. 397 a 407 del cuaderno principal), se observa que el expediente había sido solicitado mediante oficio número 1828 radicado en la Secretaría de esta Corporación el día 05 de junio de 2014 (fl. 246 ibídem), sin hacerse pronunciamiento por parte de este Despacho al respecto.

Acumulación

- A través de auto del 14 de junio de 2019 se cerró el debate probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fls. 306-307, cp2), contra dicho auto, la parte demandante interpuso recurso de reposición (fl. 308, c2).
- La Fiscalía General de la Nación presentó alegatos de conclusión el 3 de julio de 2019 (fls. 309-3019, c2).
- El 23 de septiembre de 2019 se fijó en lista el recurso de reposición (fl. 325, cp2) y fue resuelto a través de auto del 21 de abril de 2021 donde se decidió confirmar la providencia recurrida (Samai, índice 132).
- La Rama Judicial presentó alegatos de conclusión el 7 de mayo de 2021 (Samai, índice 135).
- La parte demandante presentó y sustentó sus alegatos de conclusión el 18 de mayo de 2021 (Samai, índice 136).
- Mediante auto del 9 de agosto de 2021 se remitió el expediente a esta Subsección en cumplimiento del Acuerdo No. CSJBTA 21-59 del 4 de agosto de 2021 (Samai, índice 139).

5. Contestación de la demanda

- La **Fiscalía General de la Nación** al contestar las demandas (proceso principal y acumulado), se opuso a las pretensiones de las mismas por considerar que no se presentaron los supuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad por cuanto su actuación se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, de manera que no se puede predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ninguna clase de error y, mucho menos una privación injusta de la libertad del señor Jorge Humberto Donoso

Hernández.

Dijo que a ella le corresponde adelantar la investigación conforme las pruebas recolectadas en ese momento y, solicitar como medida preventiva la detención del sindicado y, si lo cree conveniente, el Juez de Control de Garantías es quien decreta la medida de aseguramiento, como ocurrió en el caso estudiado, es decir, la investigación inició por la imputación realizada por la señora Marina Castañeda Ojeda, madre de AGC (víctima) y, en cumplimiento del artículo 250 constitucional, inició investigación por los hechos que revestían las características de delito y porque mediaron suficientes motivos y circunstancias fácticas que indicaban la posible existencia del mismo.

Posteriormente, el juez consideró que se daban los requisitos exigidos por la norma procedimental y conforme al caudal de elementos probatorios allegados a la investigación, legalizó la captura del demandante y le impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Finalmente dijo que es necesario tener en cuenta que, para proferir tanto la medida de aseguramiento como la resolución acusatoria no es necesario que en el proceso existan pruebas que conduzcan a la certeza sobre la responsabilidad penal del sindicado, pues ese grado de convicción sólo es necesario para proferir sentencia condenatoria.

- La **Rama Judicial** al presentar contestación a las demandas (principal y acumulada), argumentó que no hubo privación injusta de la libertad ya que las actuaciones de los funcionarios de la entidad estuvieron soportadas en las normas sustantivas y procesales vigentes.

Señaló que los hechos que originaron la demanda se suscitaron en el proceso penal iniciado en contra del señor Jorge Humberto Donoso por el delito de acceso carnal violento, situación que desencadenó que la Fiscalía Seccional iniciara los preliminares del caso y posteriormente lo presentaran ante el Juez Segundo Penal del Circuito de Bogotá, funcionario que decidió proferir sentencia condenatoria.

Reiteró que la principal función de la Fiscalía General de la Nación es la de adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos que podrían constituir conductas delictivas, es decir, se separaron los roles del fiscal y del juez, correspondiéndole al primero la obligación de perseguir el delito y, al segundo, la de defender los derechos de los investigados, de las víctimas y de la sociedad.

Dijo que con el nuevo procedimiento penal, las funciones de los jueces

están claramente delimitadas entre la función de control de garantías (cuyas misiones son las de controlar el abuso de poder y proteger los derechos y, en consecuencia, evitar las restricciones arbitrarias de los derechos) y los de conocimiento (que estudian la responsabilidad penal de los imputados).

Manifestó que se encuentra en un caso en el que la captura del señor Jorge Humberto Donoso se profirió con base y fundamento en las evidencias exhibidas por la Fiscalía en ese momento, por lo tanto, la condena proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá se cumplió objetivamente con sujeción a las normas del procedimiento penal que regula la materia. Así mismo dijo que la decisión del Tribunal se fundamentó en el principio de *in dubio pro reo* y no porque se haya formado una idea compatible con la declaración de inocencia del acusado, sino porque no tuvo elementos de juicio que le permitieran arrojar a la convicción más allá de toda duda de que él fue responsable del delito.

Señaló que se deduce que la actuación del Juez de Garantías, el Juez de Conocimiento y el Tribunal se encuentran enmarcadas dentro del ordenamiento penal y procedimental vigente para la época de los hechos (Ley 906 de 2004) ya que siguieron los lineamientos legales señalados y, que si bien el proceso penal culminó con sentencia absolutoria, dicha absolución se hizo con fundamento en el beneficio de la duda, el Estado colombiano no es responsable, por cuanto los asociados tienen el deber la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad respectiva, una investigación.

Finalmente dijo que, en el caso concreto también resulta relevante estudiar la incidencia del hecho de un tercero (denuncia de la madre de la víctima) bajo la consideración que fue la denuncia la que dio cuenta de los hechos, configurando así el rompimiento del nexo de causalidad.

- El **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario**, al contestar las demandas (principal y acumulada), dijo que no se estructura el nexo de causalidad entre el daño y la falla del servicio, pues la entidad tiene como funciones administrativas la de efectuar al ejecución de las penas privativas de la libertad impuesta por autoridad judicial y realizar el control de las medidas de aseguramiento. De forma tal que se cumplió a cabalidad lo reseñado en la Ley 65 de 1993 respecto a la custodia de los internos sindicados y/o condenados, más no de la situación jurídica que es llevada a cabo por las autoridades judiciales competentes del país.

6. Pruebas aportadas al expediente

- Copia de la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación (fl. 2, c4).
- Copia de la sentencia del 12 de agosto de 2009, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bogotá (fls. 35-49, c4):
- Copia de la sentencia del 25 de septiembre de 2009, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá (fls. 51-95, c4).
- Copia de la boleta de libertad No. J008375 (fl. 96, c4).
- Copia de acta de no acuerdo de la Procuraduría Novena Judicial II (fls. 100-102, c4).
- Dictamen pericial para liquidación de perjuicios (c3).
- Copia de la ejecutoria de la sentencia del 25 de septiembre de 2009 (reverso fl. 29, cp1 y reverso fl. 137, c5).
- Copia de la cartilla bibliográfica del interno Jorge Humberto Donoso Hernández (fls. 77-78, cp1).
- Respuesta al oficio ASL S1C-3C-257 por parte del INPEC, en virtud del cual aporta hoja de vida del señor Donoso Hernández, incluido examen médico, certificación de tiempo de reclusión, fecha de captura y, boleta de libertad (fls. 282-324, c5).

7. Alegatos de conclusión

- La **Fiscalía General de la Nación** en sus alegatos de conclusión señaló que no se le puede endilgar responsabilidad alguna por cuanto a pesar de ser la entidad que solicitó la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, la decisión acerca de si se decretaba o no, era función del juzgado con control de garantías. De forma tal que las decisiones emitidas dentro de los juicios de responsabilidad penal relacionadas con la libertad del procesado, en vigencia de la Ley 906 de 2004 no son del resorte de la Fiscalía General de la Nación.

Por otro lado señaló que no puede pretenderse que porque se absuelve al sindicado de un delito, se compromete a no incurrir en el mismo, sería como aceptar que la entidad no pudiera adelantar una investigación penal.

Dijo que no se le puede imputar comisión de los hechos expuestos en la demanda, por consiguiente no puede llegar a apreciarse lo inexistente como anormalmente o como deficiente, simplemente en el caso, en el giro ordinario de su actividad, la Fiscalía cumplió con unos deberes que le impone la ley y reglamentos, cuyo desconocimiento acarrearía consecuencias desfavorables tanto penal, como disciplinariamente al funcionario que no cumpla con dicho mandato.

Concluyó argumentando que no cabe duda que, para la instancia procesal en la que se profirió la medida de aseguramiento se reunían los suficientes elementos demostrativos de la comisión del ilícito penal, así como los requisitos legales y procesales, sin que pueda considerarse dicha decisión como una actuación grosera y flagrante, ni que se hayan quebrado los criterios establecidos en la ley procesal.

- El **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario** en sus alegatos de conclusión manifestó que, teniendo en cuenta los argumentos de la demanda, y en especial las pruebas decretadas y practicadas dentro del proceso, se puede afirmar que solamente se demostró el daño antijurídico consistente en la privación injusta de la libertad, más no otro tipo de daño o falla en el servicio atribuible a dicha entidad.

- La **Rama Judicial** presentó alegatos de conclusión en los que señaló que están suficientemente expuestas las consideraciones argumentativas que demuestran que los Jueces que conocieron del caso del señor Jorge Humberto Donoso Hernández actuaron dentro del marco normativo y que sus actuaciones jurisdiccionales estuvieron enmarcadas dentro del principio de legalidad y garantizando el debido proceso.

Manifestó que no era del resorte del Juez de Garantías resolver, *a motu proprio* y *ab initio*, sobre la ausencia de responsabilidad del señor Donoso Hernández, a raíz de la investigación que se le adelantó por la presunta comisión del delito de acceso carnal violento con una menor de edad. Lo que si competía, inicialmente, al Juez de Garantías, 47 Penal Municipal con función de Garantías, era resolver lo atinente a la legalidad de los actos previos de: legalización de captura, de incautación de elementos y formulación de imputación, los que con base a la información oportuna y legalmente recogida por parte de la policía judicial, en este caso la Policía Nacional, elementos presentados por la Fiscalía General de la Nación, le llevaron a adoptar las medidas necesarias para evitar que la acción penal fuera inane, ello porque en su momento el ente investigador sustentó en debida forma sus solicitudes, máxime que se trataba de la presunta comisión del delito de acceso carnal violento.

Finalmente dijo que, en este asunto se probó: 1. La ausencia de daño antijurídico, pues en verdad a Jorge Humberto Donoso Hernández se le impuso una medida de aseguramiento por haber presuntamente cometido un delito sexual contra un menor de edad, en circunstancias extrañas, por lo cual dicha medida proferida en su contra estuvo debidamente soportada, acreditada, dentro de los límites del principio de razonabilidad, proporcionalidad e inferencia razonable, pero sobre todo en aplicación del principio *pro infans* y; 2. Que fue su actuar lo determinante para que se le procesara penalmente, por manera que probada está la eximente de culpa exclusiva de la víctima, y por si fuese poco, aunque no lo es, el proceso penal termina en favor de éste en aplicación del principio indubio pro reo y del principio de legalidad, pues al haber duda probatoria, por una pequeña ventana abierta en la dialéctica propia del proceso penal, no había camino distinto a que decretar en su favor la absolución del delito acusado, y ello determina la ausencia de causa por pasiva de la Rama Judicial desde el punto de vista material.

- La **parte demandante** presentó y sustentó sus alegatos de conclusión en los que consignó:

Antes de entrar al análisis de las parte probatoria, llamo la atención sobre la teoría de la responsabilidad expuesta por el apoderado de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, quien centró su análisis en las viejas teorías de la responsabilidad subjetiva – en las que es necesario demostrar que la parte accionada obró equivocadamente – pero que no es el análisis pertinente en este caso en el que la **causa petendi** que le dio vida a los procesos acumulados se invocó la **responsabilidad objetiva** del Estado, que debe responder por los daños antijurídicos, aunque estos se hayan generado sin que sus agentes hayan actuado dentro de un contexto de falta o falla del servicio.

La confianza legítima en las autoridades es el resultado de que en la realidad de la vida prevalezca lo sustantivo sobre lo adjetivo al momento de decidir el fondo de las controversias, para que se consolide la efectividad de los **finés del Estado**, en cuanto a la protección que se debe dar a las personas, dentro del entorno de los postulados de buena fe, **presunción de inocencia**, favorabilidad en bien de la víctima en caso de duda, el principio **pro homine** y, en general, la equidad y demás principios generales del derecho, todos los cuales están dirigidos a lograr, en cada caso concreto, el valor supremo de la **JUSTICIA**.

Evidentemente, para que tales aspiraciones de la sociedad tengan cumplido efecto, es que el ordenamiento jurídico le ha otorgado al juez los **poderes de dirección** del proceso, dado que dentro de su misión está hacer efectivos los principios constitucionales que inspiran esa **JUSTICIA**.

Es evidente que la institución de la privación de la libertad se impone como máxima pena, que es precisamente la última razón de la existencia del derecho penal. No obstante, en el ámbito punitivo consideró, también es factible privar de la libertad a quien no haya sido juzgado y condenado.

La razón que se invoca para encarcelar a quien aún no se ha condenado

por sentencia en firme, es que la sociedad estima que debe ser protegida preventivamente y por esa razón de “penaliza de hecho” a padecer cárcel a quien aún no ha sido declarado culpable, pues es notorio que quedar sometido a la privación de la libertad, realmente padece una pena, aunque el encarcelamiento – en el ámbito de lo teórico – no sea a título de castigo sino como mera medida de precaución social.

Luego, por razones de equidad, si el encarcelado no es condenado, merece que la sociedad lo indemnice, pues no sería justo que, sin haber incurrido en delito de gravedad penal, tenga que soportar, por cualquiera otra razón, el encarcelamiento y las consecuencias que ello trae para su familia inmediata, así la conducta del encarcelado preventivamente haya sido imprudente, o merecedora de reproche jurídico, en el ámbito civil, pero en este otro campo del derecho, las penas son de otra naturaleza.

Con apoyo en lo anterior, reiteramos a esa Honorable Corporación que se digne acceder a resarcir a los accionantes, en la forma pedida en las respectivas demandas, o acumuladas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En este acápite se realizará lo siguiente: (i) el análisis de los presupuestos procesales, (ii) se establecerá el problema jurídico a resolver, (iii) se precisará el régimen de responsabilidad aplicable al caso y (iv) se estudiará el caso concreto.

1. Presupuestos procesales

1.1. Competencia

La Sala es competente para decidir el asunto de conformidad con el numeral 6 del artículo 132 del CCA, en armonía con el literal f del numeral 2 del artículo 134D y artículo 134E de la misma codificación.

1.2. Procedibilidad de la acción

Considera la Sala que la acción de reparación directa es procedente para el caso, pues se pretende la declaratoria de responsabilidad del Estado y la indemnización de los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la presunta privación injusta de la libertad del señor Jorge Humberto Donoso Hernández.

1.3. Caducidad

La acción que la parte demandante ejerció fue la de reparación directa, cuyo cómputo para la figura jurídica de la caducidad se encuentra consagrado en el artículo 136 del CCA y regula dicha contabilización así:

Artículo 136. Caducidad de las acciones.

(...)

8. La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa.

(...)

El 25 de septiembre de 2009, el Tribunal Superior de Bogotá profirió sentencia de segunda instancia en la que resolvió revocar la decisión del a qui y, en consecuencia absolvió al señor Jorge Humberto Donoso Hernández en aplicación del principio *in dubio pro reo*. Dicha providencia cobró ejecutoria el 18 de enero de 2010, según constancia proferida por el centro de servicios visible al reverso del folio 29 del cp1, por lo que se tiene que, en principio el medio de control caducada el 19 de enero de 2012.

El demandante del proceso 2011-1430 (principal), esto es, el señor Jorge Humberto Donoso Hernández radicó solicitud de conciliación prejudicial el 22 de septiembre de 2011, es decir, cuando faltaban 4 meses para que caducara el medio de control y, la constancia de conciliación fallida se expidió el 5 de diciembre de 2011, por lo tanto, la parte demandante tenía hasta el 5 de abril de 2012 para presentar la demanda, hecho que ocurrió el 12 de diciembre de 2011, por lo que es lógico concluir que la misma se presentó dentro del término contemplado en el literal i del numeral 2 del artículo 164 del CPACA.

Ahora bien, frente a los demandantes en el proceso 2011-1431 (acumulado), esto es, los señores Jorge Humberto Donoso Vargas y Blanca Flor Hernández Tobito, se tiene que no acreditaron el cumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación como exigido para demandar, según el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, de forma tal que se configura la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, pues a pesar de que se les dio la oportunidad de allegar el documento faltante (fl. 39, c5), presentaron como cumplimiento del requisito, la constancia de no acuerdo del 5 de diciembre de 2011 en la que figura como convocante única y exclusivamente Jorge Humberto Donoso Hernández (fls. 40-51, c5), motivo por el cual, no se estudiará el fondo de las pretensiones presentadas por ellos.

1.4. Legitimación en la causa

Por activa

El señor **Jorge Humberto Donoso Hernández**, se encuentra legitimado en la causa por activa, en calidad de víctima directa, por ser la persona que fue privada de la libertad de conformidad con los antecedentes de la actuación procesal penal reseñada por el Tribunal Superior de Bogotá (fls. 51-95, c4) y la certificación emitida por el INPEC el 2 de agosto de 2014 (fl. 284, c5).

Ahora bien, en lo que se refiere a los señores **Jorge Humberto Donoso Vargas** y **Blanca Flor Hernández Tobito**, es pertinente destacar que en lo que se refiere a la legitimación de la causa como familiares de la víctima directa, ésta no se acreditó en el proceso, pues no se aportó registro civil de nacimiento del que fue privado de la libertad, por consiguiente no acreditaron el vínculo de consanguinidad con Jorge Humberto Donoso Hernández. Así las cosas, se declarará la falta de legitimación en la causa por activa respecto a estas personas, al no aportar los elementos probatorios que acreditaran en vinculo de consanguinidad con la víctima directa.

Por pasiva

La Nación - **Fiscalía General de la Nación** y La Nación – **Rama Judicial** se encuentran legitimadas en la causa por pasiva, por cuanto fueron las entidades que solicitaron e impusieron la medida de aseguramiento que privó de la libertad al señor Jorge Humberto Donoso Hernández.

El **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario** se encuentra legitimado en la causa por pasiva por cuanto fue la entidad en la que estuvo recluido el señor Jorge Humberto Donoso Hernández y donde presuntamente sufrió perjuicios reclamaos en la demanda.

2. Problema jurídico

En los términos de la impugnación, la Sala deberá determinar i) si le asiste o no responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial, por la presunta privación injusta de la libertad de la que fue víctima el señor Jorge Humberto Donoso Hernández y; ii) si le asiste o no responsabilidad al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, por los presuntos daños sufridos por Donoso Hernández en el periodo que estuvo privado de su libertad y recluido en centro carcelario.

3. Régimen de responsabilidad aplicable

La responsabilidad extracontractual del Estado encuentra sustento en el artículo 90 de la Constitución Política que consagra la obligación de aquel, de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de la autoridad pública.

Del contenido de la norma constitucional mencionada, derivan los elementos que deben estar presentes al momento de declarar la responsabilidad del Estado, siendo ellos la existencia de un daño antijurídico y que el mismo sea imputable a la entidad pública demandada.

En este caso, se tiene que el daño antijurídico alegado por la parte actora consiste i) en la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor Jorge Humberto Donoso Hernández y, ii) la falla del servicio prestado por el INPEC.

3.1. Responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad

La responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad está regulada por el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que dispone:

Privación Injusta de la Libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado en reparación de perjuicios.

La palabra “injustamente” contenida en la norma precitada, fue definida en la Sentencia C-037/96¹, como aquella “*actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal, que se torne en evidente, que la privación de la libertad no ha sido propia ni razonada, ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria (...)*”.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado² (2007) ha sostenido diferentes tesis con relación a la privación injusta de la libertad, a saber:

- En una primera etapa se sostuvo que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamentaba en el error judicial, que se producía como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previo una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso; por lo que resultaba irrelevante el estudio de la conducta del juez, es decir, no interesaba averiguar si aquél actuó con o sin culpa o dolo.

¹ Corte Constitucional, sentencia del 5 de febrero de 1996, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, expediente 73000 23 31 000 1997 15879 01 (15989), consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

- En una segunda dirección, la carga procesal de demostrar el carácter injusto de la detención para obtener indemnización de perjuicios era para el actor. El deber de probar la existencia de un error de la autoridad jurisdiccional al ordenar la medida privativa de la libertad fue reducida tan solo a los casos de detención diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, porque en relación con los tres eventos allí señalados se estimó que la Ley había calificado que se estaba en presencia de una detención injusta y que, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios con ella causados.
- En tercer término, se reiteró el carácter injusto de los tres casos que preveía el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal y por consiguiente, se sostuvo que frente a la reclamación de perjuicios fundada en alguno de los tres supuestos consignados, resultaba indiferente establecer si en la providencia que ordenó la privación de la libertad se incurrió o no en error judicial, por lo que compromete la responsabilidad no es la antijuridicidad de la conducta del agente del Estado, sino la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima, quien no tiene el deber de soportarlo.
- En un cuarto momento se amplió la posibilidad de poder declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente, a aquellos eventos en los que se causa al individuo un daño antijurídico, es decir, que resulta indiferente establecer si en la providencia que ordenó la privación de la libertad se incurrió o no en error judicial, por lo que ahora se aplica la responsabilidad objetiva, siempre y cuando el detenido haya sido absuelto o se haya precluido la investigación a su favor, aún en casos de in dubio pro reo, siempre y cuando no se establezca el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.
- Adicional a lo anterior, debe tenerse en cuenta que, en los casos de privación injusta de la libertad que no se enmarquen en ninguno de los anteriores eventos, la reparación solo procederá siempre y cuando se acredite que existió una falla del servicio al momento de decretarse la medida de aseguramiento, es decir, que no se cumplían los requisitos legales para la restricción de la libertad³.

³ Al respecto, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, Rad. 18.960, consejero ponente: Enrique Gil Botero y sentencia del 10 de diciembre de 2015, Rad. 39.468, consejero ponente: Guillermo Sánchez Luque.

Por otra parte, el Consejo de Estado⁴ ha precisado que **salvo que se demuestre la culpa exclusiva de la víctima**, la privación de la libertad de una persona que ha sido absuelta constituye por sí misma un daño antijurídico en su contra, por cuanto al Estado le corresponde la carga de demostrar la culpabilidad del procesado, debiendo desvirtuar la presunción de inocencia del mismo.

En la actualidad, la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se fundamenta en lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política, es decir, que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, de manera que si una persona es privada de la libertad en desarrollo de una investigación penal y luego es puesta en libertad mediante una providencia judicial, en la que se absuelve de responsabilidad penal, en principio, los daños que se demuestre dentro del proceso y que se deriven de la detención, deberán ser indemnizados, por cuanto la víctima no estaba en el deber de soportarlos, salvo que se demuestre culpa exclusiva de la víctima en la detención.

A efectos de establecer la responsabilidad en el presente caso, el Consejo de Estado⁵ ha señalado:

(...) Se agrega, además, que resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia hubiere sido ajustado o contrario a Derecho, pues si las víctimas no se encuentran en el deber jurídico de soportar el daño que les fue irrogado, será intrascendente –en todo sentido– que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, se habrá irrogado un daño especial a un individuo, ello en la medida en que mientras la causación de ese daño habrá de redundar en beneficio de la colectividad, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se privó de la libertad, sin que se hubiere podido establecer o determinar su responsabilidad penal y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esas víctimas tendrán derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el aludido artículo 90 constitucional. (...)

Quiere decir lo anterior, que en los casos de privación injusta de libertad, lo determinante para la declaratoria de responsabilidad no es establecer si la administración de justicia en ejercicio de su poder, desarrolló sus funciones con apego a la ley, es decir, si la orden de captura o medida de

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 1994-09817 (13168), sentencia del 4 de diciembre de 2006, consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ Los anteriores planteamientos han sido expuestos por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado frente a casos similares al presente, tal como quedó consignado en las sentencias proferidas el 12 y 26 de mayo de 2011, expedientes 20.665 y 18.895, respectivamente, reiteradas, en forma reciente, en proveído de 21 de marzo de 2012, exp. 40.455.

aseguramiento reunieron los requisitos de ley para ser decretada, sino establecer si la víctima de la privación, se encontraba realmente en el deber jurídico de soportarla, puesto que esta conlleva la producción de daño intrínseco al derecho de libertad que gozan todas las personas.

En efecto, todos los ciudadanos en cumplimiento del numeral 7° del artículo 98 de la Constitución Política, deben colaborar con el buen funcionamiento de la administración de la justicia, para lo que se encuentran parcialmente en el deber de soportar cualquier investigación que se le siga en su contra, que debe estar enmarcada dentro de un parámetro de legalidad y proporcionalidad al fin perseguido.

Sin embargo, no por cualquier hecho se tiene el deber de ser investigado, sino por aquellos por los cuales realmente existen indicios en su comisión. Así, la investigación no debe soslayar el deber que se le impone, es decir, no se deben imponer cargas adicionales a estas, como lo sería una medida restrictiva del derecho a la libertad. Las medidas de aseguramiento solo deben proceder en aquellos casos en los cuales existe un grado de certeza en cuanto a la comisión, o porque por circunstancias particulares, la persona ejerció actos que conllevaron a presumir la comisión de los hechos delictivos.

No obstante lo anterior, se configura la responsabilidad del Estado en los casos en los que, impuesta una medida de aseguramiento, no se pudo determinar la responsabilidad penal del sujeto investigado, independientemente que la investigación y posterior proceso penal se hubiera sujetado al procedimiento legal, salvo que se acredite que el sujeto estaba en el deber legal de soportarla, en el caso que se demuestre una culpa exclusiva de la víctima.

Recientemente, el Consejo de Estado⁶ precisó:

(...) Siguiendo ese orden, aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que este no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos, cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la medida de detención preventiva. (...)

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2017, exp.49.686, criterio reiterado en sentencias del 4 de diciembre de 2006, exp 13.168, 2 de mayo de 2007, exp. 15.463, 26 de mayo de 2011, exp 20.299, todas estas últimas con ponencia del doctor Mauricio Fajardo Gómez.

Así mismo, en reciente **sentencia de unificación**⁷, el Consejo de Estado reiteró que aun cuando la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad tenía fundamento en el artículo 90 constitucional, lo cierto es que no basta con la comprobación del daño antijurídico para generar automáticamente la obligación estatal de reparación, sino que es necesario que en cada caso se analice la conducta de la persona privada de la libertad, a la luz de los postulados civiles de culpa grave y dolo. Al respecto, se cita lo pertinente:

(...) En otras palabras, bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es per se antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

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

(...)

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

En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el

⁷ Sentencia del 15 de agosto de 2018, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente N° 66001233100020100023501 (46.947), magistrado ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el 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, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

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

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio iura novit curia, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello (...)” (subrayado y negrilla fuera de texto).

Ahora bien, en el marco de la acción constitucional de tutela, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en fallo del 15 de noviembre de 2019 dejó sin efectos el precedente citado en precedencia en lo referente a la valoración de la culpa del accionante frente a los hechos que originaron la privación de su libertad, pues consideró que para el caso de la sentencia en cita dicho análisis vulneró la presunción de inocencia que le atañe al reclamante, como pasa a verse a continuación:

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso de Martha Lucía Ríos Cortés, Fidernando Sigifredo Rosero Gómez, Juan Diego Rosero Ríos, Michell Andrea Ríos Ríos, Gustavo Ríos Velásquez; Luz Stella, Maria Paula, Fernando, Fabián y Jairo Ríos Cortés; Mayra Yiset y Gustavo Ríos Salgado vulnerando por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia objeto de tutela.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del 15 de agosto de 2018, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del proceso tramitado bajo número de radicado No. 2011-00235-01 (46947) y ordenar a dicha autoridad judicial que, en el término de 30 días, profiera un fallo de reemplazo en el que, en el término de 30 días, profiera un fallo de reemplazo en el que, al resolver el caso concreto y teniendo en cuenta las consideraciones que sustentan esta decisión valore la culpa de la víctima sin violar la presunción de inocencia de la accionante. (...) ⁸

⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, sentencia del 15 de noviembre de 2019, Radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01 C.P.; Martín Bermúdez Muñoz

En ese orden de ideas, el Juzgador debe determinar si la víctima de la privación de la libertad se expuso con una conducta dolosa o gravemente culposa en la generación del daño, bajo el entendido de que no se debe vulnerar la presunción de inocencia, y en el evento en que así lo resuelva deberá negar las pretensiones de la demanda.

3.2. Falla del servicio

El Consejo de Estado ha establecido sobre la falla del servicio, lo siguiente⁹:

La Sala, de tiempo atrás, ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho y continúa siendo el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete - por principio - una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.¹⁰

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, de que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades..., “ *debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera.*”¹¹

Es que las obligaciones que están a cargo del Estado - y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión -, han de mirarse en concreto, frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.¹²

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; si el daño ocurre, a pesar de su diligencia, no podrá quedar comprometida su responsabilidad.

Finalmente se recuerda que el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo señaló que “... *la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por*

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de junio del 2008, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, Radicación 15263.

¹⁰ Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163.

¹¹ Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

¹² Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787

ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía, en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como es lo esperado o lo normal, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan; y la ineficiencia se configura cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar ese servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía.”¹³

En torno a este tema, y a efectos de establecer un marco conceptual dentro del cual se analicen los argumentos de la demanda en relación con la responsabilidad que se pretende atribuir al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, por las presuntas lesiones padecidas por el señor Donoso Hernández, debe decirse que la jurisprudencia constitucional ha expuesto:

Lo esencial del cambio introducido por el artículo 90 de la Constitución radica entonces en que ahora el fundamento de la responsabilidad no es la calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa. No se trata de saber si hubo o no falla en el servicio, es decir, una conducta jurídicamente irregular aunque no necesariamente culposa o dolosa, sino de establecer si cualquier actuar público produce o no un “daño antijurídico”, es decir un perjuicio en quien lo padece, que no estaba llamado a soportar.

El daño antijurídico no es, entonces, aquel que proviene exclusivamente de una actividad ilícita del Estado, y así ha sido entendido reiteradamente por el Consejo de Estado que ha definido el concepto como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar”, por lo cual “se ha desplazado la anti juridicidad de la causa del daño al daño mismo”, de donde concluye esa corporación que “el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva.

Este nuevo fundamento de la responsabilidad estatal, radicado ahora en la noción de daño antijurídico, ha sido considerado como acorde con los valores y principios que fundamentan la noción de Estado Social de Derecho, especialmente con la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la Administración, a la que este modelo de Estado propende; también con la efectividad del principio de solidaridad y de igualdad de todos ante las cargas públicas.

Obviamente, el nuevo fundamento de la responsabilidad estatal conlleva a su vez que no todo daño deba ser respetado, sino sólo aquel que reviste la connotación de antijurídico, es decir, no se repara el daño justificado, esto es aquel que quien lo padece tenga la obligación de soportar. Además, como en todos los casos de responsabilidad, debe tratarse de un daño que tenga un vínculo causal con la actividad de un ente público. Esta actividad, ha dicho la Corte, no es solamente la que se da en el

¹³ Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880.

ámbito extracontractual de la actividad estatal, sino que también puede provenir de las relaciones contractuales de la Administración.¹⁴

El Consejo de Estado también ha dicho:

(...) Ha sido criterio reiterado de la Corporación, que el daño, para su reparación, además de antijurídico debe ser cierto, sin que haya lugar a reparar aquellos que constituyan una mera hipótesis o sean eventuales, y en todo caso, los que no pudieren llegarse a comprobar fehacientemente en el proceso respectivo.¹⁵

Así entonces, en este régimen la parte demandante sólo se verá avocada a probar la ocurrencia del hecho, la existencia del daño cuya reparación se reclama y el nexo de causalidad entre el hecho y el daño; en tanto que la parte demandada, para eximirse de responsabilidad, tiene la carga de probar uno de los factores que destruyeron el nexo de causalidad¹⁶.

4. Caso concreto

Para resolver los problemas jurídicos planteado la Sala estudiará (i) la privación injusta de la libertad y (ii) la falla en el servicio, en ambos casos revisando los requisitos de existencia del daño y la imputabilidad del daño a las demandadas.

4.1. De la privación de la libertad (FGN y RJ)

4.1.1. Daño

El daño antijurídico es entendido jurisprudencialmente como *“el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación”*.¹⁷

De acuerdo con lo anterior, se tiene acreditado el daño alegado en la demanda, esto es, la privación de la libertad del señor Jorge Humberto Donoso Hernández, así:

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-043 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera. Sentencia de Junio 15 de 2000. Expediente (11614) C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹⁶ Sobre el particular, consúltese in extenso la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera. Sentencia del 13 de abril de 2016. Expediente (51561) C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁷ Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero del 2000. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

El accionante fue capturado y privado de su libertad el 27 de septiembre de 2007 y, con ocasión de la sentencia del 25 de septiembre de 2009, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en la que se absolvió, fue dado en libertad y materializada mediante boleta de libertad No. J008375 de la misma calenda (fl. 284, c5).

Con lo anterior, se tiene acreditado que el señor Donoso Hernández, estuvo privado de la libertad 2 años y 1 día.

Probado el daño, la Sala estudiará la imputabilidad del mismo a la actividad de la administración en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial.

4.1.2. Imputación del daño

En primer lugar, la Sala precisa que, en materia de privación injusta de la libertad, la responsabilidad del Estado surge de la condición de antijuridicidad del daño, de manera que resulta indiferente establecer si en la orden de la privación de la libertad se incurrió o no en error.

En efecto, si una persona no resulta condenada penalmente, es obligación del Estado indemnizar los perjuicios irrogados al particular que es privado de su libertad, pues aun cuando la medida restrictiva de la libertad puede irrogar un beneficio para la sociedad, solo se ve perjudicada la persona privada de la libertad, lo que constituye una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas.

De conformidad con la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, citada en el acápite de régimen aplicable, para imputar el daño a la actividad del Estado no basta que se profiera una decisión absolviendo de responsabilidad penal a la persona privada de la libertad, sino que además se debe realizar un control oficioso de la conducta de la víctima directa, para establecer si el sujeto se encontraba o no en la condición de soportar el daño que padeció.

Así las cosas, en orden a establecer el comportamiento del señor Donoso Hernández, la Sala trae a colación algunas actuaciones penales relevantes reseñadas en la *actuación procesal* por el Tribunal Superior de Bogotá (fls. 51-95, c4):

1. En desarrollo del plan metodológico, la Fiscalía Seccional de Bogotá solicitó orden de captura contra Jorge Humberto Donoso Hernández, a lo cual accedió el Juez 20 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, en audiencia del 27 de septiembre de 2007.

2. Materializada la aprehensión de Donoso Hernández, ante el Juzgado 46 Penal Municipal de Control de Garantías, el 27 de septiembre de 2007, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de control de legalidad de la captura, allanamiento de inmueble, incautación de elementos (*discos duros de computador y memoria USB del procesado*), toma de muestras al implicado, imputación e imposición de medida de aseguramiento.

El mencionado Despacho judicial legalizó la captura y los restantes procedimientos. Fue tramitada la imputación por el delito de *acceso carnal violento* tipificado en el artículo 205 del Código Penal (*Ley 599 de 2000*), con punibilidad modificada por la Ley 890 de 2004.

DONOSO HERNÁNDEZ no admitió responsabilidad en el presunto delito y fue afectado con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

3. Adelantada la investigación, el 25 de febrero de 2006, el Fiscal 17 Seccional envió al Juez Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá (*Reparto*) escrito de acusación, contra JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ.

En dicho documento se describen los acontecimientos según la reseña anterior. Con relación a la conducta desplegada sobre A ... G ... C ..., se afirma que el implicado *"la tomó a la fuerza, la acostó en la cama, la despojó de sus prendas de vestir y la accedió carnalmente por vías anal, vaginal y oral, con eyaculación en la víctima"* y se reitera que el delito imputado. es *acceso carnal violento* previsto en el artículo 205 del Código Penal.

En documento anexo, la Fiscalía anunció varias evidencias, elementos materiales probatorios, entrevistas, testimonios y experticias que pretendía hacer valer en juicio como respaldo de su teoría del caso.

4. En otra audiencia preliminar, el 6 de diciembre de 2007, el Juez 52 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías legalizó la información recuperada de los sistemas computacionales e internet.

5. El asunto correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bogotá, autoridad que convocó a *audiencia de formulación de acusación*, llevada a cabo en sesiones del 13 de diciembre de 2007 y 22 de enero de 2008, en los términos del artículo 339 del Código de Procedimiento Penal (*Ley 906 de 2004*).

Se reconoció a la menor A ... G ... C ..., la condición de víctima; a la señora Marina Castañeda Ojeda (*progenitora*), la calidad de representante legal; y a un profesional del derecho, en como su apoderado. Se formalizó la acusación; e inició el proceso de descubrimiento probatorio.

6. En la audiencia preparatoria efectuada el 4 de marzo de 2008, el acusado no aceptó su responsabilidad; las partes enunciaron la totalidad de las pruebas que pretendían hacer valer en el juicio oral, entrevistas, informes periciales, documentos, experticias y testimonios. El funcionario judicial accedió al decreto y práctica de las pruebas solicitadas.

Entre las pruebas descubiertas por la Fiscalía se encuentran las diversas historias clínicas que refieren los trastornos emocionales de la menor; algunas de ellas serían introducidas por testigos de acreditación o peritos. Por la defensa se destacan los hallazgos que hizo en Internet un especialista en sistemas, referentes a la manera como A ... G ... C ..., se

presenta en la red mundial, para ofrecer una idea sobre sus inclinaciones y su personalidad.

Las partes celebraron estipulaciones probatorias sobre la identidad del implicado, el registro civil de nacimiento de la menor afectada y los informes de genética sobre los hallazgos de semen.

7. La audiencia del juicio oral se realizó los días 1 o de abril, 30 de octubre y 9 de diciembre 2008; 16 y 17 de abril de 2009, 25 de junio y 13 de julio de 2009; donde el Fiscal y la defensa presentaron sendas teorías del caso; el acusador, en el sentido de que la menor A . . . G ... C ... , fue sometida por la fuerza; y el defensor, con la pretensión de demostrar que las relaciones sexuales fueron voluntarias y consentidas.

Se practicaron las pruebas decretadas y fueron expuestas las alegaciones finales en el mismo sentido.

8. Culminado el debate, el 13 de julio de 2009, el Juez de conocimiento anunció el sentido condenatorio del fallo en contra de JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ, por el delito de *acceso carnal violento*.

La sentencia de primera instancia fue condenatoria bajo los siguientes argumentos (fls. 35-49, c4):

HECHOS

El 1° de septiembre de 2007, AGC, de 16 años de edad para ese entonces, aproximadamente a las 10:00 de la mañana arribó al lugar donde residía **JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ**, ubicado en inmediaciones de la carrera 15 con calle 82 de esta capital, persona a la cual deseaba conocer ya que previamente habían sostenido conversaciones vía chat a través de internet, materializándose el interés que ella tenía de conocer y aprender el arte del tatuaje corporal en el que, sabía la misma, **DONOSO HERNÁNDEZ**, decía ser experto.

Allí, luego de esperar largo rato que se le abriera la puerta, a la postre en un apartamento ubicado en un nivel superior de la edificación, inicialmente en el estudio o antesala del mismo, se desarrolló una conversación entre ambos; varios minutos después **DONOSO HERNÁNDEZ** tomó a la joven por uno de sus brazos, la levantó agresivamente de la silla que ocupaba y la llevó a una habitación contigua donde la arrojó boca arriba sobre una cama; acto seguido le bajó el pantalón y la ropa interior que vestía y procedió a accederla vía vaginal y anal, repetitivamente, asó, como oralmente, eyaculando en una oportunidad, al menos, sobre el abdomen de la joven, sin que ella pudiera oponerse a tales actos pues no pudo reaccionar, no obstante que en cierto momento la menor le dijo a **DONOSO HERNÁNDEZ**, ante un interrogante hecho por él mismo, que parara lo que estaba haciendo, infructuosamente.

Culminada la relación por **DONOSO HERNÁNDEZ**, pronunció palabras groseras y humillantes contra **AGC**, que tras vestirse solo pudo salir del inmueble cuando aquél se lo permitió, pues la puerta del recinto estaba cerrada. Desconcertada por lo ocurrido, la joven se dirigió al instituto de aprendizaje en que esa mañana debía asistir a clases, localizado en sitio cercano, y llamó telefónicamente a su progenitora María Castañeda Ojeda, para que la recogiera lo que en efecto ocurrió cerca del medio día de esa fecha, encaminándose en el vehículo familiar a su residencia.

En el trayecto, la adolescente lloraba sin pronunciar palabra alguna a su madre sobre lo que había sucedido y al arribar a su morada se encerró en su habitación infringiéndose más tarde, ella misma cortadas en las muñecas, empero, JCO, prima de la joven, en el transcurso de la tarde del mismo día, de visita en la casa, sipo de lo acontecido por propia voz de **AGC**, trasmitiéndole a la vez a la progenitora de aquella y dandi cuenta, así mismo, a las autoridades competentes que tras la verificación de la información recibida y establecida la identificación personal del agresor, produjeron su captura varios días después.

Así mismo, se sabe que la joven fue internada en un establecimiento asistencial debido al trauma y a la auto agresión subsiguiente a los referidos hechos, lo que se repitió posteriormente en el tiempo, siendo tratada sicológica y psiquiátricamente.

(...)

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

I. Para el proferimiento de sentencia de carácter condenatorios e reclama según lo prevé en los artículos 372 y 381 de la Ley 906 de 2004, un conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, sin que pueda basarse la decisión de manera exclusiva en pruebas de referencia.

II. A partir de la acusación formulada por la Fiscalía delegada en contra de **JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ**, se ha establecido que el comportamiento incriminado corresponde al de Acceso carnal violento, que se describe en el artículo 205 de la Ley 599 de 2000, Código Penal, con la modificación en el ámbito punitivo introducida por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

III. En desarrollo de la fundamentación fáctica, jurídica y probatoria de la sentencia, en primer lugar se hará mención de manera sucinta a la práctica probatoria incorporada a través de los principios de la inmediación, concentración y contradicción en juicio oral, los siguientes medios de conocimiento:

1. Por vía de estipulación, en primer término, se establece la individualización e identificación plena del acusado **JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ**.
2. En segundo lugar, la plena identidad de AGC, anexando al efecto el registro civil de nacimiento (...).
3. En tercer lugar, el resultado del examen de investigación de semen emanado del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, suscrito por la profesional universitario forense **Yolima I. Gutiérrez**, en el cual se evidencia como resultado que en la muestra de frotis de fondo vaginal efectuado a la víctima, permitió observar un espermatozoide a través de la técnica de preparación; la muestra de frotis oral, ropa interior muestra No, 2. Protector muestra Ni, 1. Arrojó resultado negativo para espermatozoides, mientras que en muestras de frotis anal, pantalón interior muestra No. 1 y protector muestra No, 2, se observan espermatozoides.
4. En cuarto lugar se incorpora el resultado del informe pericial de genética forense emanado del Instituto Nacional de Medicina Legal y

Ciencias Forenses, suscrito por la profesional universitaria forense **Mayda Navarrete Calderón**, en el que se concluye que **JORGE HUMBERTO DONOSO HERNANDEZ** no se excluye como el origen de los espermatozoides detectados en las pruebas del fragmento de tela No. 1 tomado del pantalón interior perteneciente a AGC, arrojándose como conclusión que en cantidad de 18.023 trillones, es más probable que los espermatozoides pertenezcan a **JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ** a que pertenezcan a otro individuo, tomado al azar de la población de la referencia.

Así mismo, se recaudaron de manera efectiva los testimonios de AGC, víctima del reato; JCO, prima de la víctima y primera persona a quien aquella le comentó de la agresión sexual de la que había sido objeto, **Marina Castañeda Ojeda**, madre de la mejor afectada; el médico **Ernesto Castellanos Rodríguez**, legista que practica examen médico legal sexológico a la ofendida; el testimonio del investigador del CTI, Grupo de Informática Forense de la Fiscalía General de la Nación, **Edwin Alexander Cifuentes Bastidas**, quien efectuara el análisis de los elementos recolectados en la diligencia de allanamiento realizada al inmueble donde residía el acusado, teatro del acontecer del ilícito, a saber: discos duros de los computadores allí encontrados; el psiquiatra **Carlos Andrés González Zambrano**, quien labora en la Clínica Inmaculada y fue el primer profesional de dicha especialidad que atendiera a la víctima una vez acaecidos los hechos motivo de juzgamiento; el psiquiatra forense **Servio Ricardo Tamayo**, quien valoró a la víctima el 13 de febrero de 2008 y le diagnosticó trastorno de estrés postraumático; la psicóloga de la Fiscalía General de la Nación, **Nidia Lucila Cabeza Blanco**, profesional que realizara entrevista tanto a la víctima como a su señora madre.

Así mismo como prueba de descargo se escucharon las declaraciones vertidas por el ingeniero de sistemas **Víctor Fernando Amaya Moreno**, quien realizó análisis a la información recaudada por el ente investigador y que proviene de los discos duros de los computadores incautados en diligencia de allanamiento en el inmueble de residencia del acusado, para la fecha de ocurrencia de los hechos, la psicóloga **Adriana Patricia Espinosa Becerra**, quien hace una detallada relación de los requisitos que han de cumplir las entrevistas, las valoraciones y las evaluaciones psicológicas, según su experticia; y por último se escuchó la propia versión del acusado sobre lo ocurrido, quien aceptando los hechos en cuanto a los contactos previos a través de comunicaciones vía “chat” por internet con **AGC**, así como la concertación de, al menos, dos citas para que se conocieran personalmente; finalmente se produce ello el día de autos, 1° de septiembre de 2007, asumiendo, igualmente, como cierto que se produjo una relación sexual entre ellos pero en desarrollo de la cual no hubo violencia alguna sino por contrario el acto fue consentido por ambas partes.

IV. De acuerdo con lo estipulado en el artículo 205 del Código Penal, debe señalarse que por definición el delito de Acceso carnal violento consiste en realizar acceso carnal con otra persona mediante violencia, lo cual se debe verificar en concordancia con el artículo 212 del ordenamiento penal, pues allí se señalan las diversas formas de acceso carnal posibles, entre ellas, la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral; y el acceso vaginal o anal por otra parte del cuerpo humano u otro objeto.

Se ha reconocido en la doctrina y jurisprudencia nacionales que la violencia en este tipo de conductas no debe ser cuantificada sino cualificada, es decir, que ha de ser suficiente para vencer la resistencia de la víctima, para lo cual ha de considerarse, entre otras, la fragilidad de la

propia persona afectada sin exigirle actos desesperados de heroísmo o martirio, ni a la violencia connotación de gravedad o brutalidad, siendo suficiente probar la seriedad del ataque, la desproporción de fuerzas, la vulnerabilidad psíquica de la persona agredida que solo puede acudir en defensa de sus propios intereses a una resistencia mínima a la presión que en su contra se provee.

Entonces la violencia es aquella fuerza, constreñimiento, presión física o síquica, intimidación o amenaza que el agente despliega sobre la víctima para hacer o reducir sus posibilidades de oposición o resistencia a la agresión que ejecuta.

(...)

Retomando el examen de los elementos probatorios que se han dado a conocer en el desarrollo de la audiencia de juicio oral, para esta sede judicial es importante partir de la acreditación de los presupuestos de la naturaleza del comportamiento ilícito y la responsabilidad penal, precisamente de la declaración testimonial de la propia víctima **AGC**; al efecto, debe señalarse que ella ha sido clara, coherente y puntual al describir las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentaron los hechos anteriores, concomitantes y subsiguientes al reato en su perjuicio cometido, aduciendo que efectivamente se contactó con **JORGE HUMBERTO DONOSO HERNANDEZ** a través de Internet, significando que él mismo se presentaba como uno de los tatuadores más famosos de Colombia y que, consecuentemente, se despertó su interés de aprender dicha especialidad; anotando incluso que en las conversaciones desarrolladas entre ellos hubo alusión a preferencias sexuales, a imágenes explícitas sobre los tatuajes, piercings, perforaciones y otros, que tanto **DONOSO HERNANDEZ** como ella divulgaron a través de esas comunicaciones.

Así mismo, que mencionó distintas y diversas características de su desenvolvimiento personal ajenas a la verdad, señalándole a **DONOSO HERNANDEZ** que se trataba de una persona de mayor edad a la que realmente tiene; que se dedicaba o tiene por actividad otra, esto es, que a pesar de ser estudiante mencionó hacerlo pero como consecuencia de una carrera profesional y no como estudiante de bachillerato, etc.

Admitió, igualmente, haber concertado al menos dos citas con **DONOSO HERNANDEZ** para su contacto personal; que la primera de ellas la incumplió por cuanto se trataba de una persona que no conocía, generándose cierta desconfianza, pero que a la postre, llegado el 1 o de septiembre de 2007, su interés por el tema de los tatuajes y las perforaciones, la llevó a aceptar la concurrencia en la dirección suministrada por su interlocutor como el lugar donde tatuaba, al afecto, la Avenida Carrera 15 No. 80 – 61 apartamento 301 de esta ciudad; allí siendo aproximadamente las 11 :00 de la mañana de esa fecha, **DONOSO HERNANDEZ** le permitió el ingreso a su dependencia interna, es decir, a su apartamento y luego de conversar con ella frente a un computador por cerca de 10 ó 15 minutos, haciendo referencia incluso a las actividades por él cumplidas la noche anterior; de forma inesperada lo vio levantarse de la silla que ocupaba, dirigirse a otra habitación y regresar para tomarla por un brazo, llevarla al cuarto donde la tiró sobre una cama, la despojó agresivamente de sus pantalones y ropa interior, procediendo a accederla vía anal, vaginal y aún oral, recordando que hubo eyaculación encima de su abdomen así como masturbación de **DONOSO HERNANDEZ**.

Situación ante la cual manifiesta la declarante que de forma inexplicable

no pudo reaccionar a pesar de que era conciente (sic) de lo que le estaba sucediendo a su alrededor; no pudo en manera alguna repeler a **DONOSO HERNANDEZ** y aún cuando éste le preguntó si quería que cesara en su empeño, esto es, en el ejercicio de los actos de connotación erótico sexual y ella manifestó que sí, que ese era su deseo, que culminara esa actividad, no se produjo tal cesación.

De igual forma, indica **AGC** que **JORGE HUMBERTO DONOSO HERNANDEZ** una vez logró su cometido se incorpora y tras ir al baño le arroja un rollo de papel higiénico, le dice que se limpie, lo cual ella en efecto hace, optando por levantarse, subirse los pantalones y dirigirse a la puerta principal del inmueble; allí no logró abrirla ni salir del recinto y tuvo que esperar que el agresor **DONOSO HERNANDEZ** la dejara salir del lugar, lo que ocurrió en efecto minutos más tarde. Por último, señala que la agresión sexual de la cual se le hizo víctima, culminó además con maltrato verbal, pues entre otras expresiones recuerda "... para eso venía puta, cuando es que va a volver", como las últimas frases que le dijo **DONOSO HERNANDEZ** antes de que ella saliera del lugar.

La testigo indica cómo una vez fuera del teatro de los hechos se dirige al instituto donde estudiaba inglés y en el cual su señora madre la había dejado horas, atrás, reconociendo que en momento alguno le comentó a su progenitora la visita que pensaba realizar ni mucho menos la comunicación establecida con un extraño a través de Internet; al llegar al recinto educativo llama a su madre, quien más tarde la recoge y la conduce a la casa de habitación; en el camino llora y silenciosamente revive lo ocurrido sin dar cuenta de ello a su progenitora ni a ninguna otra persona; más tarde en su habitación continúa llorando, toca el piano y se infringe heridas ella misma, que son consecuenciales, dice, a su estado anímico posterior a la agresión referida, pues, se sentía sucia y además de ello ultrajada y humillada.

Frente a todo lo relatado por la víctima **AGC** debe confrontarse la existencia de otros elementos de orden probatorio que han sido acopiados en el investigativo y que permiten corroborar la esencia de su narración; al respecto, **Marina Castañeda Ojeda** relata cómo ese día en efecto, en primer lugar, llevó a **AGC** al instituto donde para esa época estudiaba inglés, tal como era su costumbre los días sábados, quedando de pasar a recogerla hacia el medio día para ir a almorzar juntas; hablaron por teléfono aproximadamente a las 11 :50 de la mañana, momento desde el cual notó alguna actitud extraña en su hija y al llegar a recogerla se dio cuenta que ésta lloraba sin que le informara lo que le ocurría; no insistió pensando que se trataba de algún problema propio de su adolescencia; situación que empero se prolongó por todo el camino e incluso estando en la casa, donde llega directamente a su habitación y solo hasta bien caída la tarde se incorpora para pedirle permiso de salir a la tienda; más tarde aún, recibe una llamada de su sobrina **Johhanna**, en la cual se le hace saber que no permitiera salir de la casa a **AGC**, por cuanto había sucedido algo delicado que tenía que ser informado. Así fue como se enteró a la postre a través de **Johhana Castañeda** de lo que le había ocurrido a su hija.

Por su parte, la propia **Johhana Castañeda Ojeda**, prima de la afectada, acepta haber sido la primera persona que conversó con la ofendida sobre lo ocurrido; señala que el día 1° de septiembre de 2007, acudió en visita a la casa donde reside **AGC** y así mismo su tía **Marina Castañeda** e incluso su abuela; aproximadamente a la una de la tarde hizo presencia en el lugar y en ese momento tuvo un corto encuentro con **AGC**, que no pasó del simple saludo; su prima se encontraba tocando el piano e incluso notó que lloraba, lo cual le causó inquietud pero no le dio importancia ya que como

sicóloga que es y por el contacto que tiene frecuente con adolescentes, conoce que en esa etapa de la vida ellos son muy sensibles y reaccionan de esa manera ante múltiples situaciones.

No obstante, hacia las seis de la tarde, cuando se dirigía hacia su casa en compañía de su mascota, encontró a **AGC** en la calle y en ese momento fue cuando ella le informó que un individuo que había conocido por Internet había abusado sexualmente de ella y que las lesiones que tenía en los brazos, las cuales enseñó en ese momento, se las había auto infringido; así mismo, se desencadenó toda la información de los hechos a la madre de la víctima y con su asesoría la correspondiente presentación de la noticia criminal ante las autoridades competentes.

Al respecto, cabe anotar que con estas declaraciones lo que se denota es cómo **AGC**, en efecto, es corroborada en cuanto a la forma de ocurrencia en general de los hechos acontecidos y que ella misma dio a saber en audiencia de juicio oral, a través de los cuales se afectaron su libertad, integridad y aún formación sexuales y que en momento alguno intentó ocultar información respecto de su personalidad, de su afición por los tatuajes, por los piercings, por las perforaciones corporales, por el arte, por la música, etc.; tampoco ocultó que ella misma se lesionó los brazos, exactamente a nivel de las muñecas con el fin de terminar con su vida para olvidar de esa manera lo que le había sucedido, ya que según sus propias palabras, no solamente se sintió afectada física sino moralmente.

(...)

Sobre lo primero, no hay motivo para pensar que **AGC** la verdad porque de la revisión de su testimonio surge que no posee ni se ha demostrado que para efectos de rendir el mismo esté afectada por alguna clase de trastorno psicológico o limitación en sus capacidades cognitivas que le impidan expresar un relato válido; por contrario sus capacidades en el orden lingüístico, intelectual, de memoria, de percepción y de evocación, así como de narración se observaron al momento de su exposición oral conservadas, de manera tal que el relato que manifestó lo hizo en un contexto comprensible, lógico y coherente. Nada se desdice de su capacidad para percibir los hechos y en cambio los narra de manera precisa, tampoco para retenerlos en su memoria ni menos aún para comunicarlos en el desarrollo de la audiencia de juicio oral y, por contrario, en ella se nota, como lo significan los estudios psicológicos, su lenguaje corporal incluso es correlativo al verbal, manifestando depresión, llanto, temor, ansiedad, incluso rencor, pero no por ello desvirtuándose la legitimidad de lo que ella misma manifiesta.

La percepción de su dicho lleva a colegir que el acontecimiento narrado por ella, en lo fundamental, así como el papel o actividad que desempeñó en ese actuar tanto ella como su agresor, esto es, las personas que participaron directamente en los hechos y la ubicación de espacio y tiempo son coherentes, y de ninguna manera se desvirtúan por algún otro elemento de convicción acopiado en las diligencias; no puede significarse, entonces, que tuviese motivaciones para informar en falso o bien que existieran motivos para tergiversar lo que había ocurrido y, en cambio, como se ha dejado entrevisto, existen otros medios probatorios que le dan consistencia a su declaración.

(...)

Es así, que a pesar del origen inicial de una crítica sensible al testimonio único, hoy no se puede considerar como una máxima de valoración

probatoria en sistemas como el de la apreciación racional, la vieja y socorrida tesis del *testis unus testis nullus*, pues se desvirtúa así la posibilidad de impartir sentencia de carácter condenatorio a partir de la única versión de la víctima; en cambio, en el contexto del análisis conjunto, crítico, sopesando las circunstancias que narran cada uno de los medios de prueba acopiados al investigativo sobre la forma de ocurrencia de los acontecimientos y su corroboración con otros más de los obrantes en el juicio oral, en este caso se llega a establecer que las declaraciones, que en principio se han tocado, conducen a una conclusión certera acerca de que la víctima, testigo directa e inmediata de los hechos ocurridos es digna de mérito y credibilidad.

Más aún cuando los dictámenes periciales llevan a corroborar todo lo dicho por **AGC**; así, el médico legista **Ernesto Castellanos Rodríguez**, profesional que efectúa el examen médico legal sexológico, indica que efectivamente la examinada, Alexandra, presentaba múltiples heridas lineales superficiales en cara anterior de antebrazos en sus dos tercios inferiores, causadas con elemento cortante y las cuales fueron auto infringidas; que al examen genital presenta himen anular desgarrado, desfloración antigua; situaciones que son concordantes, como ya se dijo, con lo narrado por ella y en lo cual se encuentra conforme, en todo caso, la defensa.

Pero ya cuando el perito se remite a las fisuras presentadas a nivel de los meridianos de las once y de la una del ano, compatibles con manipulación a ese nivel de carácter reciente, los reparos que se hacen son respondidos por el mismo perito ya que se descarta, en todo caso, un hecho reciente de la trascendencia del aquí objeto de juzgamiento que pudiera haber implicado una consecuencia de tal significación; en todo caso, se acepta por la ofendida **AGC**, que para el 28 de agosto de 2007 sostuvo relaciones sexuales con su novio, es decir, pocos días antes del ilícito que aquí se investiga, sin embargo que tales relaciones en manera alguna comprometieron su esfínter anal.

Por otra parte, se ha descartado el padecimiento de cualquier clase de afección o dolencia que implicara que su funcionamiento fisiológico viera comprometido también ese esfínter anal; la testigo ofendida lo descarta y ningún otro medio de comprobación lo reporta. Además, debe tenerse en cuenta cómo una apreciación conjunta de los elementos probatorios, tal como se viene realizando, permite establecer, entonces, que lo informado por **AGC** se encuentra, en el punto de la agresión por vía anal que sufrió, corroborado a satisfacción.

De otra parte, el peritaje emanado por el médico especialista en psiquiatría del Instituto Nacional de Medicina Legal, **Ricardo Tamayo Fonseca**, esboza que **AGC** para el 13 de febrero de 2008, en todo caso, presenta signos y síntomas de un trastorno por estrés postraumático, lo cual configura una secuela mental como consecuencia, se dice, de los hechos investigados; así mismo, confirma; que el relato aportado por la víctima es similar al vertido en reiteradas y anteriores oportunidades; significa de especial trascendencia el respaldo afectivo, coherencia y ausencia de contradicciones, ameritándole igualmente credibilidad. Pero en lo que importa, su conclusión al momento final de su valoración es que **ACG** presentó como consecuencia del miedo que sufrió para la fecha de los hechos, una desorganización mental que la colocó en incapacidad de resistir, recomendando incluso el tratamiento psico-farmacológico y psicoterapéutico para procurar su mejoría, toda vez que sin duda alguna presenta una perturbación psicológica de carácter permanente.

Este elemento probatorio confrontado con la narración de **AGC**, su progenitora y su prima, ya referidos anteriormente, conducen a significar cómo ciertamente en momentos subsiguientes a la agresión sexual de que fue objeto la aquí víctima, se presentaron en su persona múltiples y variadas reacciones que, llevaron desde el auto daño hasta la afección psicológica y siquiátrica e incluso el tratamiento esas esferas.

Situación que no descarta en manera alguna, como se viene construyendo, que el relato suministrado por **AGC** sea fidedigno a la forma como se presentaron los hechos, a la manera en que ella, independientemente de la naturaleza del actuar que pudiera haber opuesto frente a la pretensión de **DONOSO HERNANDEZ**, finalmente la condujo a la imposibilidad de realizar cualquier clase de reacción defensiva o de evitación del resultado propuesto por el agresor, precisamente por cuanto sus esferas de desenvolvimiento psíquico-volitivo se vieron sumidas por las circunstancias, en el ámbito de la denominada violencia moral, que como se ha indicado precisamente por las circunstancias y condiciones de carácter personal de **AGC**, la llevaron a reprimirse y simplemente permitir la agresión.

Debe tenerse en cuenta, también, que para valorar el testimonio de la víctima es necesario mirar la naturaleza del objeto percibido, mirar la sanidad de los sentidos por medio de los cuales se captaron los hechos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se percibió y por supuesto la propia personalidad del declarante, la forma como se condujo en el desarrollo del juicio oral ante el interrogatorio directo de la Fiscalía delegada, las propias preguntas formuladas por la defensa aún por el mismo procesado e incluso por la sede judicial, de manera que siempre fue coherente, precisa, puntual, en señalar el desenvolvimiento del acontecer ilícito del que fue objeto.

(...)

Todo lo que se ha expuesto en este caso no permite señalar el descrédito en la versión de la ofendida; por contrario, se reitera que la percepción que se ha tenido de la testigo en el debate oral acerca de la existencia de una actividad ilícita y las circunstancias en que ocurrieron los acontecimientos investigados, especialmente de la forma en que fue asumida la agresión por conducto de **JORGE HUMBERTO DONOSO HERNANDEZ** en el momento mismo en que la toma por el brazo y la conduce a la dependencia o habitación donde hay una cama contra la cual la tira, la despoja de sus prendas de vestir, deviene como creíble.

La conclusión que se extracta de su testimonio surge de la forma como sus respuestas son presentadas de manera rápida, no reflexivas o ideadas, a la vez que los acontecimientos que ella informa son corroborados por otros medios de conocimiento; tampoco se puede establecer de lo informado en el debate oral, que haya realizado una declaración sesgada, que tienda a magnificar o eludir la verdad, pues, por otra parte, debe señalarse que los demás medios de prueba expuestos en el debate pueden llevar a una conclusión en tal sentido.

El testimonio de la propia ofendida en este asunto, para esta sede judicial, es lo suficientemente contundente para establecer la forma del acontecer ilícito, su percepción directa e inmediata sobre lo acontecido, la exposición narrada de manera detallada de ello permite señalar que es digna de crédito y que en cambio de establecerse susceptible de criticar o menguar su credibilidad, lo alegado por las partes conduce a que esta sede judicial en la valoración que realiza, encuentre que el contenido de lo expresado

por ella no es merecedor de censura ni crítica alguna que desdiga de la verdad.

(...)

Sobre el particular no hay mérito para desestimar lo referido por la víctima porque en desarrollo del juicio oral, se insiste, ningún elemento probatorio ha refutado su credibilidad acerca de la forma en que los hechos previos, concomitantes y subsiguientes al actuar ilícito fueron por ella presentados; ello es así, porque incluso la prueba de descargo que presenta la bancada de la defensa, en especial las declaraciones del ingeniero de sistemas **Víctor Fernando Amaya Moreno** y la psicóloga **Adriana Patricia Espinosa Becerra**, lo único que hacen es ratificar los hallazgos que dentro del proceso se realizan por conducto de otros elementos probatorios.

En concreto y en cuanto a lo primero, la información aportada al juicio por medio del informe de **Edwin Alexander Cifuentes Bastidas**, que en su condición de perito de la Unidad de Informática Forense del C.T.I., de forma clara, técnica y muy detallada dio a conocer que efectivamente existió comunicación vía "chat" a través de internet entre **JORGE HUMBERTO DONOSO HERNANDEZ** y **AGC**, que ello se inició días antes del acontecer ilícito que se investiga y que aquí es objeto de juzgamiento; que dentro de esas conversaciones se trataron temas referentes, entre otros, a la edad, la ocupación de cada uno de los extremos del diálogo, las preferencias sexuales; incluso situaciones que no tienen discusión, pues, ni víctima ni victimario lo han negado y, muy por el contrario, ambos coinciden en asegurar que esta fue la forma como se contactaron e iniciaron conversaciones; ella, se dice, motivada por el deseo de aprender a tatuar, mientras que él, según los temas propuestos con su interlocutora, simplemente como una persona más que deseaba conocer de su trabajo.

En cuanto a la psicóloga de la Defensoría Pública, en manera alguna su declaración testimonial y la labor por ella cumplida en el ámbito pericial conduce a desvirtuar que **AGC** padeciera como consecuencia de los hechos investigados una agresión sexual; tampoco que con relación a los mismos sufriera estrés postraumático o que no presentara la perturbación de carácter psíquico que el galeno experto en esa materia dio a conocer en la vista pública. Por contrario; lo que se realiza por su conducto, esto es, de la testigo **Espinosa Becerra**, es referir la forma en que de manera ideal deben realizarse informes, valoraciones, exámenes de carácter psico lógico, sin que en todo caso ello lleve a un ataque directo a la declaración testimonial vertida en juicio por **AGC** o a desvirtuar la significación que se le está dando a la misma.

También hay que destacar cómo **JORGE HUMBERTO DONOSO HERNANDEZ**, previa renuncia a su derecho a guardar silencio, adujo ante la audiencia que **AGC** era una persona que contaba con doble personalidad, que lo único que él hizo el día de los hechos fue dejarse llevar por las insinuaciones pretensiones de aquella y que muy por el contrario a lo aducido en la audiencia de juzgamiento por la ofendida, ella manifestaba un gran placer por lo que había sucedido en el encuentro sexual y que incluso hubo expresiones amorosas de su parte. Sin embargo, apunta la defensa en una de sus alegaciones conclusivas a señalar que quizás alguna de las motivaciones que tuvo **AGC** para declarar en contra de **DONOSO HERNANDEZ**, como lo ha hecho, es precisamente que aquel encuentro sexual no fue lo gratificante y fructífero que ella podría haber esperado, contradiciendo de esta manera en gran evidencia lo que su propio patrocinado re lata de manera testimonial.

Por otra parte, debe señalarse que si las situaciones que se han expuesto por el acusado o más aún por la defensa hubieran ocurrido de la forma en que se plantea para los intereses propios de la contraparte del ente acusador, no se explica entonces cómo se dio lugar, casi de inmediato a la ocurrencia de los hechos, al proceso de auto-lesión por conducto de la víctima, las heridas longitudinales en ambos brazos; tampoco cómo surge en ella un proceso tanto psicológico como psiquiátrico de desajuste que la lleva a internaciones reiterativas en centros de tratamiento específico para esos padecimientos, como se sabe ha ocurrido y así quedó clarificado en la vista pública, a partir de lo mencionado por la propia **AGC**, su progenitora, su prima e incluso alguno de los médicos tratantes en distintos momentos de sus padecimientos de salud.

Un análisis contextual, integral, no sesgado de los elementos probatorios, conduce a señalar que no existe algún elemento de comprobación que lleve a indicar que los hechos ocurrieron de manera distinta a la forma en que fueron presentados, por cuanto estas conclusiones surgen del análisis de las propias declaraciones de la afectada y los medios probatorios que correlativamente permiten reconstruir de manera fidedigna, para esta sede judicial, el desarrollo previo, concomitante y posterior del acontecer objeto de investigación.

En estas condiciones el juicio de reproche surge contundente como quiera que esta determinado que el comportamiento desplegado por el acusado representa un juicio negativo de valor respecto de la ejecución de una conducta típica y anti-normativa que pugna con el ordenamiento jurídico penal y los principios fundamentales de la organización política y social, de manera que es dable afirmar que la conducta asumida por él ha representado una lesión efectiva para el bien jurídicamente tutelado; véase como los medios dispuestos para la ejecución del punible y la forma en que se actuó de consuno por el acusado, informan que no había lugar a equívoco acerca de cuál era la naturaleza del fin ilícito pretendido.

Por esta misma vía debe señalarse cómo la antijuridicidad del delito en examen, surge de la constatación de que ese actuar típico o anti-normativo, no está permitido por ningún precepto del orden jurídico penal, afecta desde la perspectiva de la antijuridicidad formal; y, así mismo, permite establecer que la contrariedad del comportamiento desarrollado por el acusado frente a la prohibición legal de atentar contra el bien jurídico tutelado, en este caso, la sexualidad ajena, induce al daño en el ámbito material, esto es, por el principio de lesividad, por el resultado socialmente dañoso que afectó de manera específica a la víctima objeto de vejámenes de naturaleza erótico sexual.

Por lo mismo, se denota la culpabilidad a título de dolo, ya que según el artículo 22 de la Ley 599 de 2000, es incuestionable cómo el acusado conocía sin duda los hechos constitutivos de la infracción penal y no obstante quiso su realización libre y voluntariamente; al efecto debe tenerse en cuenta que no se ha alegado y menos aún comprobado la existencia de alguna clase de alteración o circunstancia extraña en su ámbito volitivo que le llevaran a desconocer lo que hacía o carecer de comprensión sobre la naturaleza de su actuar, reflejando en cambio, mediante su comportamiento la voluntad de obrar contrariamente a la prohibición legal.

Por último, debe señalar esta sede judicial que no se ha acreditado tampoco alguna clase de inmadurez psicológica o trastorno mental permanente o transitorio en el acusado, que llevare a darle un tratamiento frente a la ley penal distinto al que asume como persona imputable de la

ejecución de un hecho típico, antijurídico y culpable, por manera que para esta sede judicial se encuentran estructurados a satisfacción los fundamentos para la declaración de responsabilidad penal predicable del acusado y consecuentemente la sentencia de carácter condenatoria anunciada al concluir el juicio oral.

La anterior decisión fue recurrida y, el Tribunal Superior de Bogotá, profirió sentencia de segunda instancia el 25 de septiembre de 2009, en los siguientes términos (fls. 51-95, c4):

Analizados los argumentos de los impugnantes y la intervención de los no recurrentes, a la luz de las pruebas practicadas en el juicio, las normas jurídicas y la jurisprudencia relacionada con el asunto debatido, se anticipa que la sentencia de primera instancia será revocada, para en su lugar absolver a JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, integrado al ordenamiento jurídico por el artículo 29 de la Constitución Política y erigido en principio rector del procedimiento penal colombiano, en el artículo 7° de la Ley 906 de 2004; como pasa a explicarse.

1. Por mandato del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado.

Tales exigencias no convergen en el presente asunto, donde las pruebas periciales y testimoniales practicadas a solicitud de los adversarios, con la pretensión de respaldar sendas teorías del caso, dejó espacios demasiado grandes para la incertidumbre, la perplejidad y la duda.

Para demostrar el aserto anterior, se hará una remembranza de las pruebas admitidas y practicadas en el juicio oral, se aludirá a las inferencias que el *A-quo* derivó de ellas y se verificará el fundamento de las glosas que hace la defensa.

2. La joven A....G....C ..., tanto en las entrevistas como en su testimonio se presenta como una víctima desprevenida e inocente que sucumbió en algo así como una celada urdida por JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ, hasta que logró su cometido de violarla.

En su testimonio, vertido en audiencia pública, A....G....C ..., asegura que él se presenta en Internet como uno de los tatuadores con más prestigio del país y que ella se aproximó a él con el fin de aprender ese oficio; que hablaron de sus preferencias sexuales, intercambiaron fotografías; que pactaron dos citas, una de las cuales ella incumplió porque le producía cierta desconfianza.

Sobre los hechos en concreto, asegura que ya en el apartamento del implicado de repente él se levantó de una silla, se fue a su habitación, la tomó del brazo por la fuerza, la llevó a un cuarto, la tiró en la cama, la desnudó agresivamente y la accedió por vías vaginal, anal y oral; todo en medio de insultos y humillaciones; y mientras todo, ocurría, inexplicablemente ella no pudo reaccionar.

Refiere que después de ello fue a su clase de inglés, donde le pidió a su mamá que la recogiera, pues estaba muy deprimida; así ocurrió y ya en su casa, en horas de la tarde, sumida en la desesperanza se hizo varias cortaduras en los brazos; le comentó a su prima Johana Castañeda Ojeda

lo que había ocurrido; de ese modo, su progenitora, señora Marina Castañeda Ojeda, se enteró de todo; y decidieron denunciar el caso y llevarla a un centro asistencial.

En sus testimonios, Johana Castañeda Ojeda (*tía*) y Marina Castañeda Ojeda (*madre*) ratificaron lo que a ellas les comentó y aportaron detalles sobre lo acontecido posteriormente.

3. En cambio, JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ, quien renunció a su derecho a guardar silencio y compareció como testigo en su propio juicio admite las relaciones sexuales con A....G....C ..., las cuales -asegura- ocurrieron por la voluntad consciente de ambos.

Explicó que, como se puede constatar en las conversaciones por vía internet, que fueron recuperadas en su computador, él fue claro con ella en explicarle que el sábado por la mañana sólo aceptaba "*plan arrunchis*", esto es meterse en la cama, porque los viernes traspasaba, por lo general trabajando en bares; y como antes habían hablado abiertamente de sexo, ella sabía a qué iba ese sábado primero de septiembre a su apartamento.

Afirma que fue ella quien inició la relación sexual, con un acto consistente en bajarle la sudadera y practicarle sexo oral; todo en medio de una relación amistosa sin utilización de palabras soeces; pues es ella la que utiliza esos términos en las conversaciones vía internet.

Trata de explicar la denuncia y el comportamiento posterior de A....G....C ..., quizá en su arrepentimiento por razones familiares, o en los desarreglos emocionales, de los que él se enteró en curso del proceso, tales como su crianza en un hogar desestructurado, con abandono del padre, intentos de suicidio y la pertenencia a subculturas como los "emos", según su propia madre lo dijo. Y de igual manera, en la capacidad de mentir y manipular que ella demostró, inclusive a la justicia, pues se presentó como una mujer de 18 ó 19 años, estudiante de medicina, o de artes manuales, como se lo dijo a la psicóloga, sin que nada de ello corresponda a la verdad.

Con relación a una cita incumplida, A....G....C ..., dice en el proceso que fue por cierto temor; en cambio a él, como consta en las conversaciones transcritas, le dijo que tuvo que acompañar a su mamá a un control del tratamiento de un cáncer que estaba padeciendo.

Explica que como A....G....C ..., tiene perforaciones (*pearsings*) en pezones y vagina, de ser cierto que él le hubiese aplicado una fuerza como la requerida para una violación, le hubiera producido lastimaduras o rasgados fáciles de detectar; pero ninguna evidencia fue registrada en los exámenes.

Con relación a las fisuras anales, agrega que tampoco son producto de una violación, sino que se trata de lesiones leves generadas por la falta de lubricación.

Recuerda que A....G....C ..., mide 1.65 metros y pesaba 65 kilos al tiempo de los hechos, según lo anotado en los exámenes, lo que indica que no es una mujer pequeña o fácil de someter por la fuerza, por una persona como él, que es delgado y mide 1.70 metros; y resalta que si fuese cierto que ella lo quitó, votó y tumbó de la cama, como lo dijo al psiquiatra, tales acciones no concuerdan con el supuesto estado de shock que dice haber padecido, extrañamente sólo durante la relación sexual, porque después continuó actuando con normalidad.

4. De entre las dos versiones diametralmente opuestas, el *A-quo* tomó partido por la de A...G...C ..., al encontrarla coherente y creíble, con apoyo en lo expresado por los expertos médicos y psiquiatras.

No empeece, como se verá, un análisis detallado y conjunto del recaudo probatorio conduce a encontrar varias razones que desdibujan la aparente imagen de absoluta inocencia con la que se presenta A...G...C ..., ponen en entredicho sus relatos y le restan credibilidad; y lo mismo ocurre con la "experticia" a cargo del psiquiatra Servio Ricardo Tamayo Fonseca, quien no conoció todos los antecedentes sobre la insanidad mental de la menor, antes de rendir su dictamen.

5. El investigador Edwin Alexander Cifuentes Bastidas, adscrito a la Unidad de Informática Forense del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía general de la Nación (*quien acudió como testigo*) se encargó de recuperar la información contenida en el computador y en la USB del procesado; introdujo y ratificó el informe que va de los folios 281 a 338 de la carpeta anexa.

En la transcripción de las comunicaciones vía Internet se verifica que A...G...C ... y JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ establecieron diálogos por correo electrónico "Chat" o Messenger, entre el 15 y el 29 de agosto de 2007. (*Los hechos ocurrieron el 1 o de septiembre del mismo año*).

En una conversación A...G...C ..., dice que es una "*suicide girl colombiana*"; y DONOSO HERNÁNDEZ le comenta que él es tatuador profesional. Ella le envía unas fotografías, con la advertencia de que "*son un poco porno*"; y le explica que en ella tiene dos piercings genitales, uno en el clítoris y otro en el labio; que ella sabe hacer las perforaciones.

Ella le dice en alguna de las charlas "*Me gustaría pasarme por tu home para hablar un ratito que te parece?*" ... (*Me pareces una persona muy sincera y legal en tu trabajo*).

El 24 de agosto de 2007, se ponen una cita para ella ir al apartamento de él. Él le dice que lo llame primero y le da un número de teléfono celular, para que le informe antes y no lo encuentre en paños menores, porque si lo ve así ella se puede enamorar.

Entonces ella contesta "*see, me trago de todo lo que tenga pipi y buena espalda y culito ... no mentiras, sino que soy muy afectiva y la gente piensa que me enamoro de todos jijiji*".

Él le pregunta cómo es su orientación sexual y ella responde: "*pues es que el, que come de todo no muere de hambre jejeje*"; y le cuenta que ella tuvo una novia con la que hicieron "*de todo*"

En otro paraje del dialogo A...G...C ..., comenta:

"pues sí, hay que hacerse desear para que cuando llegue el momento le pequemos duro jeje ... esa yo soy terrible" "mk no te lo niego yo veo un pipí y allá cae mi boca, no se pero me encanta mamarle el pipí a mi novio soy muy obsesiva con eso".

En otra oportunidad dialogan sobre sexo anal y "*juguetes*" para esa modalidad; ella dice "*uish pero que pena, y primero muerta que descocida ... antes muerta que me vayan a dar por el c ...*"; conversaciones que tuvieron lugar sobre las doce de la noche y el principio de la madrugada.

Otro día ella le dice “*y tu cómo vas querido, oye te he estado pensando demasiado*”.

También hubo intercambio de fotografías de cuerpos desnudos con tatuajes y piercings.

Tocan abiertamente el tema del sexo, como si fuesen adultos con mucha experiencia. La Sala no menciona ni transcribe más apartes de las comunicaciones vía Internet, para no saturar la providencia de ese lenguaje explícito, bajo el entendido que lo descrito permite formarse una idea clara acerca de cómo era, o aparentaba ser A...G...C ... en su intimidad sexual; que lejos está de compaginar con una inocente niña de dieciséis años que sólo quería aprender a realizar tatuajes sobre el cuerpo humano.

De manera contraria a como es presentado el asunto por la Fiscalía, no se percibe al implicado tendiendo una trampa a la menor; sino una serie de charlas abiertas entre personas que tienen intereses afines.

Mírese que el procesado no ocultó su identidad, ni la dirección real de su apartamento, ni sus números de teléfono celular. Fue la información que sirvió para su captura. Su correo electrónico se compone de su nombre y apellido: donosojorge@hotmail.com; en cambio ella no suministra sus datos personales, sino que se presenta como ositadepocholate@hotmail.com.

La experiencia enseña que, por lo general, alguien que tiende una celada a una mujer que se presenta como adulta con el fin de agredirla sexualmente, suele engañarla, le distorsiona la realidad; no le entrega todos sus datos reales para su localización, no la convida a su propio apartamento; no la deja marcharse después de los hechos sin amenazarla para lograr su silencio y no permanece en su misma rutina cotidiana, viviendo en el mismo lugar, como si nada hubiese pasado.

De igual manera, por experiencia se logra inferir que alguien que ha cavilado la comisión de un delito, la mayoría de las veces no entrega todos los datos para ser ubicado, máxime si estos corresponden a la realidad. En este caso, las citas se concertaron en el apartamento de DONOSO HERNÁNDEZ y no en un lugar distinto; como una cafetería, un restaurante, un hotel, motel, residencias, la casa de un amigo, etc. Y es obvio que conservando inalterado su *modus vivendi* después del “delito” iba a ser localizado, lo cual torna menos probable que la conducta ilícita se hubiese cometido.

Tampoco se percibe en DONOSO HERNÁNDEZ un ser temerario y desafiante que con absoluto descaro hubiera decidido continuar su vida con total indiferencia.

Desde otro punto de vista, la conducta posterior del procesado, quien no se ocultó, ni huyó, también podría indicar que él tenía el convencimiento de que su actuar no constituía delito alguno.

No debe restarse importancia al hecho de que A...G...C ..., sí faltó a la verdad cuando en sus conversaciones vía Internet con DONOSO HERNÁNDEZ, le dijo que ella era mayor de edad y que estudiaba una carrera universitaria, cuando en realidad iba a cumplir 17 años y se encontraba aún en el bachillerato.

6. En testimonio rendido en el juicio oral, el médico forense Edgar Castellanos Rodríguez introdujo y ratificó el Informe técnico médico legal sexológico, primer reconocimiento practicado a A...G...C ..., el día de los hechos, sábado 1° de septiembre de 2007 a las 23:44 horas, suscrito por él mismo.

En la anamnesis, A...G...C ..., refiere que sobre las 11 de la mañana del mismo día se encontró con una persona que conoció por Internet, "*este individuo la tomó por la fuerza le quitó el pantalón y la ropa interior, la penetró por la vagina, por el ano y en la cavidad oral.*"

Afirma que la menor tiene una actividad sexual positiva, con última relación voluntaria el 26 de agosto de 2007.

Como lesiones presenta múltiples heridas lineales superficiales autoinfligidas en cara anterior de antebrazos, con mecanismo cortante.

Al examen genital reveló: genitales femeninos de aspecto normal sin lesiones; himen desgarrado cicatrizado con desfloración antigua.

"Tono anal normal, forma anal normal presenta fisuras: dos fisuras hacia el meridiano de las 11 y la 1."

(...)

"A nivel del esfínter anal se observan dos fisuras en los meridianos de las 11 y la 1, compatible con manipulación a ese nivel de carácter reciente."

En su testimonio, el doctor Ernesto Castellanos Rodríguez (*CD No. 4 juicio*), ratificó esencialmente su informe pericial previo. Aclaró A...G...C ..., no presentaba lesiones físicas, diferentes a las cortaduras en sus brazos que ella misma se hizo.

Con relación a las fisuras en el esfínter anal, explicó: i) se trata de una "*lesión superficial, muy superficial*;" que compromete la continuidad del tejido; ii) existe una altísima probabilidad de que sean "*compatibles con manipulaciones de carácter reciente*"; iii) pueden producirse con múltiples elementos; iv) no puede precisar específicamente con cuál elemento se causaron las del presente asunto; v) cicatrizan en condiciones normales entre cuatro y cinco días, o más o menos; y vi) una relación anal consentida "*seguramente*" también puede generar fisuras en el esfínter; y vi) la menor examinada no padecía patologías diversas como estreñimiento que le hubiesen podido generar fisuras y es poco probable que a su edad se tenga ese tipo de enfermedades.

7. Llama la atención de la Sala que en el examen médico realizado a A...G...C ..., antes resumido, el forense no detectó huellas de violencia compatibles con la toma por la fuerza de los brazos y el cuello, hasta su inmovilización; y tampoco lesiones que eventualmente derivasen de maniobras defensivas.

En ausencia de rastros de esa estirpe, el *acceso carnal violento* se hizo depender, en buena medida, del hallazgo de fisuras en el esfínter anal de la menor. Ese *indicio contingente*, se tomó como un *indicio necesario e inequívoco* de la violación.

Y se afirma que se trata de un *indicio contingente*, porque en atención a lo explicado por el mismo galeno, la aparición de fisuras en el ano puede suceder no sólo por penetraciones sin consentimiento, sino también cuando la persona accedida ha consentido en ello; pues no es la aceptación

o el rechazo de ese hecho por la persona accedida lo que determina la presencia de las fisuras, sino que éstas pueden presentarse por el hecho mismo del ingreso del miembro viril por la cavidad anal, que no está naturalmente destinada a ese fin.

Es lo que ocurre, *mutatis mutandi* y guardadas las proporciones, con una relación sexual consentida por vía vaginal, por una mujer que presta su consentimiento por primera vez. La desfloración del himen suele conllevar a sangrado, desgarros y lesiones que cicatrizan con el tiempo. En esas condiciones, tales hallazgos no necesariamente indican un *acceso* delictivo, sino que pueden ser el reflejo de un hecho admitido.

Ahora bien, si las fisuras que tenía A...G...C ..., en su esfínter anal se produjeron en las relaciones sexuales con su novio, pocos días antes de la denunciada violación; o si por el contrario, quedaron como huella de su contacto con DONOSO HERNÁNDEZ, porque o sino, por el paso del tiempo ya hubiesen cicatrizado, es un tema alrededor del cual se ha especulado; máxime que el médico forense sólo refiere términos aproximados o probables para la cicatrización en condiciones normales, de cuatro o cinco días, más o menos, no interrumpidos por otra penetración ni maniobras diversas.

Por manera que el examen médico sexológico y el reporte de fisuras anales, en el marco de las circunstancias que rodearon los hechos, no son un indicador confiable en el sentido de la presunta violación, dado que, lleva un amplio margen de discusión y duda.

8. Es cierto que en las conversaciones por medio de Internet A...G...C ..., se mostró contraria al sexo anal. De ahí deduce la Fiscalía, con eco en el Juzgador, que esa era una postura definitiva de ella y que, por lo mismo, la penetración por esa vía no fue consentida, sino que es el resultado de una violación.

No es apropiado aislar y sacar de contexto esa apreciación para fincar ahí la razón del presunto delito. Con las transcripción de esas conversaciones se demostró también que ella falta a la verdad cuando finge ser una mujer adulta y estudiante de medicina; tampoco se puede pasar por alto que ella misma se describe como una *Suicide Girl (chica suicida)*, subcultura de la que se ha afirmado promueve el *pomo alternativo*.

Entonces, por qué pensar que en ese aspecto -el del rechazo al sexo anal ella sí estaba expresando su verdadero parecer? Esa afirmación aislada tampoco resulta confiable ni determinante en materia penal, donde para condenar se exige demostrar la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del procesado más allá de toda duda.

En criterio de la Sala, revisado el marco probatorio, tal expresión de A...G...C ..., no debe aceptarse sin beneficio de inventario como la negativa rotunda de ella a tener relaciones sexuales anales, toda vez que, al contextualizar las conversaciones, esas frases concretas también es posible que se inscriban en la ausencia de verdad que caracterizaba a la menor para algunas cosas en los distintos pasajes de sus charlas, donde, en otras oportunidades, hacía gala de sus sus experiencias sexuales y con lenguaje explícito hablaba de sus poses favoritas.

9. Con el testimonio de la psicóloga judicial del Cuerpo Técnico de Investigación, Nidia Cabeza Blanco quien entrevistó a A...G...C..., se incorporó el informe del 6 de septiembre de 2007, esto es, cinco días después de los hechos denunciados.

Es curioso que en esta entrevista A...G...C..., se refiere a DONOSO HERNÁNDEZ con términos tales como “un tipo”, “el tipo ese”; muy distinto a la manera como le hablaba en el Chat; esto es, prácticamente un amigo en quien pensaba mucho.

De acuerdo con lo que se transcribe entre comillas, en esta entrevista A...G...C ..., comentó que ella fue al apartamento de DONOSO HERNÁNDEZ y narró lo sucedido de esta forma:

"El se paró del computador y se fue para la pieza, no se demoró nada y se devolvió y fue cuando me cogió del brazo y me dijo "venga y se acuesta conmigo yo le dije ¡qué le pasa!, y traté de quitarle el brazo pero él me jaló (sic) y me acostó en la cama, se subió encima mío me sujetó muy fuerte con las piernas de él y los brazos de manera que yo quedaba boca arriba y él de medio lado sujetándome ... Me dijo deme un beso" y le dije ¡qué le pasa ni siquiera lo conozco!, entonces me dijo "por eso para que nos conozcamos mejor ". Después no se cómo logró hacerse encima mío y me bajó los pantalones con pantys y todo, y me voltió de medio lado y él se hizo detrás de mí. todo eso lo hacía con mucha fuerza y como con odio. Entonces me penetró por el ano durísimo ... y de hecho no pude hacer nada, porque sabía que si ponía resistencia, me hacía más duro y me lastimaba ... yo sabía que era capaz de pegarme ... yo me fui como a otro mundo, como si yo no estuviera ahí, yo no decía nada..."

Con base en lo anterior, en el acápite destinado a las conclusiones, la psicóloga del Cuerpo Técnico de Investigación señaló:

"La joven A ... G ... C... de 16 años de edad, para el momento de la entrevista, refiere vivencia de abuso sexual por parte de un. señor conocido a través de interne! llamado JORGE DONOSO. Realizando un relato de los hechos, de una manera lógica y coherente, cuya narración posee circunstancias lógicas, abundantes detalles de contexto, igualmente tiene elementos específicos del abuso sufrido. describiendo las motivaciones para que se diera el evento; aspectos que dan un alto referente de realidad.

De igual manera, es relevante tener en cuenta un factor fundamental en la narración expuesta por la joven A ... G ... , y es un aspecto emocional, en el cual para el momento de la entrevista. se encuentra trastornado, presentando síntomas como ideas concurrentes de repetición. del evento traumático, sentimientos de minusvalía, pensamientos intrusos del evento vivido, reacciones emocionales que pueden estar indicando un trastorno postraumático, por lo cual se sugiere en forma respetuosa ser valorada por Psiquiatría Forense de Medicina Legal, con el fin de determinar secuelas."

Las conclusiones de dicha entrevista derivan de la versión ofrecida por A...G...C ..., sin referente a las evidencias ni elementos materiales probatorios, dado que se llevó a cabo pocos días después de los hechos; y describe un trastorno emocional, como si fuese un episodio novedoso y sobreviniente a la supuesta agresión sexual.

Tal aseveración no ha debido recibirse como una verdad científicamente revelada, toda vez que, como más adelante se verificará, el estado mental de A...G...C ..., ha sufrido desequilibrios por causas anteriores y muy diversas, que inclusive la llevaron a intentar suicidarse en por lo menos quince oportunidades.

10. Rindió testimonio el doctor Servio Ricardo Tamayo Fonseca, médico especialista en psiquiatría del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien examinó a A...G...C ..., el 13 de febrero de 2008 y rindió el informe el 18 de febrero siguiente, que fue incorporado en juicio oral a estas diligencias. (CD No. 9)

Según se lee en el informe, sobre los hechos, la afectada relató al especialista que después que ella llegó al apartamento de DONOSO HERNÁNDEZ dialogaron por un momento y ocurrió lo siguiente:

“se paró se fue a otro cubículo volvió como a los cinco minutos y me agarró del brazo y me dijo "venga que le voy a mostrar algo" ... me cogió del brazo muy fuerte ... me agarró en la cama y me sujetó con una mano en el cuello y la otra en la cadera y yo le dije no me vaya a hacer nada y él empezó a reír y me dijo "para eso era que venía para que yo le hiciera rico, empecé a llorar y se me fue el aire, traté de forcejear con él pero quedé en shock, no podía gritar porque me tenía agarrada del cuello y me daba miedo que me fuera a hacer más daño o a matar y no me podía mover -cuando tenía 11 años me dio un accidente cardiovascular y quedé paralizada, no me podía mover y tuve como esa misma sensación como el mismo miedo y la misma incapacidad de moverme- y lloré y lloré, me metió una mano en el jean y en la vagina, y me quitó los pantalones y luego me cogió y me voltió pero me tenía sujetas las piernas con una mano y la otra en el cuello y me penetró por la vagina y luego volvió y me penetró por el ano y luego volvió a penetrarme por la vagina ... cuando estaba encima mío intenté quitarlo, hubo un momento en que me alcancé a quitarlo y se cayó de la cama y luego se volvió a sentar ... empecé a reaccionar y me fui al baño y me limpié ...”

En cuanto a su “*historia personal*” el informe de psiquiatría sólo destaca un accidente cardiovascular, no alude a desarreglos mentales antecedentes; dice que tiene inclinaciones artísticas y “*Refiere que tiene un tatuaje en el coxis, 16 piercings (perforaciones), en la lengua, orejas: “me gusta porque no todo el mundo es capaz de hacerlo, muestra como valentía, fuerza”*”.

En un aparte denominado “*Discusión*” el psiquiatra expresa.

“De acuerdo con lo conocido la examinada es una adolescente que proviene de un núcleo familiar desestructurado. monoparental, con una figura paterna ausente y desvinculada desde su infancia temprana y con una relación cercana con su madre a quien definió como sobreprotectora. A pesar de lo anterior la menor estructuró y desarrolló una adaptación normales que nos permiten hacer un diagnóstico de normalidad hasta antes de los hechos, en su proceso de desarrollo se aprecia armonía hasta la ocurrencia de los hechos, como lo atestiguan los marcadores de desarrollo psicomotor anotados y una adaptación global a su entorno sociofamiliar acorde con sus condiciones socioculturales”.

El doctor Tamayo Fonseca (*psiquiatra evaluador*), llega a las siguientes conclusiones

“1. La examinada A...G...C ..., para el momento de la presente valoración presenta signos y síntomas de un Trastorno por Estrés Postraumático, lo cual configura una secuela mental como consecuencia de los hechos investigados.

2. *El relato que presentó la examinada A....G....C ...en la presente valoración es similar a los realizados en otras oportunidades, cuenta con un respaldo afectivo acorde a lo expresado, es coherente y ausente de contradicciones lo que le da credibilidad.*

3. *Para el momento de los hechos la examinada A....G....C ...a consecuencia del miedo intenso presentó una desorganización de su funcionamiento mental que la colocó en incapacidad de resistir.*

4. *Dado el compromiso funcional que presenta en la actualidad la examinada A....G....C ..., se recomienda que continúe en tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico para procurar su mejoría”.*

Cabe anotar que en su testimonio el psiquiatra Tamayo Fonseca, ratificó todas las conclusiones vertidas en el informe pericial.

Explicó que no encontró indicios de simulación; y que la sensación de angustia extrema puede impedir a una persona coordinar una respuesta motora acorde con lo que le está sucediendo; ello explicaría por qué A....G....C ..., dice que no podía moverse. Aclaró que los intentos de suicidio en los estados de estrés postraumático son frecuentes y ese estado puede derivar del *acceso camal violento*.

Como se observa, a partir de los elementos de estudio que tuvo a su alcance, el psiquiatra forense concluye que antes de la agresión sexual A....G....C ..., era una niña emocionalmente sana y que todos sus trastornos afectivos son una consecuencia de la violación que dice haber padecido.

Resulta sin embargo, que antes de entrevistar a A....G....C ..., de confeccionar el informe pericial y de rendir el testimonio en el juicio oral, el psiquiatra forense no conoció todas las historias clínicas de ella, donde contrariamente a lo vislumbrado por dicho especialista, se menciona que ella intentó suicidarse pluralidad de veces, conjunto de hechos no es difícil deducir que quien así actúa, al parecer, no está precisamente en un estado de normalidad emocional.

11. En efecto, en el interrogatorio durante el juicio oral, la defensa preguntó al doctor Tamayo Fonseca (*forense especialista en psiquiatría*), si A....G....C ..., le comentó acerca de su ingreso a la página de internet *suicide girl (chica suicida)*; y él respondió que no; de igual manera contestó que ella no le comentó que antes de los hechos ya había tenido intentos de suicidio.

En concreto, el defensor le pregunto al psiquiatra si conoció la historia clínica de A....G....C ..., elaborada el 2 de septiembre de 2007, día siguiente al de los hechos, en la Clínica Universitaria Colombia, donde se refiere que antes de la supuesta agresión sexual ella había intentado suicidarse durante quince oportunidades.

El defensor aclaró que esa historia clínica le fue entregada por la Fiscalía entre los documentos descubiertos; y el Juez permitió que el psiquiatra lo leyera para que emitiera una opinión como experto en la materia.

La Fiscalía se opuso, aduciendo que no forma parte del caudal probatorio la historia clínica confeccionada en la Clínica Universitaria Colombia, donde se llevó a A....G....C ..., al día siguiente de los hechos. El Juez, sin embargo, pidió al psiquiatra que leyera el documento y que luego

conceptuara o emitiera su opinión experta y así se hizo, a la par del interrogatorio cruzado.

De ese modo, quedó zanjada cualquier discusión sobre la entidad probatoria de esa historia clínica y no ha lugar la petición que hace la Fiscalía, inclusive en su alegato como no apelante, en el sentido que se tengan por existentes las referencias a su contenido.

Se reitera, en medio de su testimonio y con la autorización del Juez, el psiquiatra Tamayo leyó ese documento, esa historia clínica, elaborada por un médico general; y emitió una “*opinión pericial*”.

Después de la lectura -dice el doctor Tamayo Fonseca- puede confirmar lo mismo, es decir, básicamente que A...G...C ..., estaba mentalmente sana antes del contacto sexual con DONOSO HERNANDEZ; conclusión que mantiene; pero sin hacer ningún análisis ni emitir ~ concepto o explicación alguna sobre la realidad según. la cual, con anterioridad a la supuesta agresión sexual la menor ya había tenido intentos de suicidio “*en más de quince oportunidades*”. (CD No. 9, 1 hora 45 minutos).

(...)

Si una historia clínica puede cumplir un papel tan importante en el cometido de irradiar con la aproximación racional a la verdad una investigación penal, con la mirada puesta en el *principio de lealtad* (artículo 12 de la Ley 906 de 2004), norma rectora según el cual “*todos. los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en. el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe*”, no se entiende por qué la Fiscalía no se preocupó por cerciorarse de que el perito psiquiatra conociera de antemano la documentación completa, que contuviera todas las historias clínicas de A...G...C ...; y tampoco se vislumbra cuál es su marcado interés en que no se ventile procesalmente la historia clínica confeccionada en la Clínica Universitaria Colombia, donde se alude a los plurales intentos de suicidio de ella, con anterioridad al delito sexual denunciado.

Similar crítica cabe a la defensa, pues con ese documento descubierto, en la oportunidad procesal oportuna, bien pudo haber promovido una experticia para mejor interpretar su alcance y contenido.

Pero es claro que el mayor deber de proactividad recae sobre la Fiscalía. Ese es el sentido del *principio de objetividad* (artículo 115 *ibidem*), en cuya virtud la Fiscalía General de la Nación ((*adecuará un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la Ley*”).

En cambio, para la defensa su estrategia puede diseñarse de modo distinto, al punto que por disposición del artículo 125 de la Ley 906 de 2004, en su texto original y como fue modificado por la Ley 1142 de 2007, el defensor tiene derecho a:

(...)

“8. No ser obligado a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral.”

13. Con todo y aún así, el especialista en psiquiatría, con una lectura rápida de la historia clínica de la Clínica Universitaria Colombia, se aventuró a decir que confirmaba su dictamen, según el cual A...G...C ..., era completamente normal en su emotividad antes del delito denunciado y

que todas las complicaciones mentales de ella se deben a la violencia sexual de que fue víctima.

No se requiere ser experto con mejor acreditación para entender que dicho profesional de la medicina actuó de manera por lo menos apresurada, al opinar sobre un tema tan complejo con base en las anotaciones simples de una historia clínica de recepción de una paciente; sin profundidad de ninguna especie y sin explicar cuáles son las razones científicas que lo llevaban a pensar que ninguna afección anterior padece una persona que ha intentado quitarse la vida tantas veces.

Una confirmación diagnóstica así concebida no mueve a convicción a esta Sala del Tribunal, puesto que no consultó la realidad clínica de A....G....C ..., no se fundamenta en la etiología de sus depresiones, no auscultó las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentó cada uno de esos -por lo menos quince- autoagresiones descritas intentos de suicidio; y se desconoce si por ello fue sometida a algún tratamiento.

Por lo demás, esta omisión sirve para constatar otra vez que A....G....C ..., no cuenta toda la verdad, o por lo menos se reserva detalles de suma importancia; y al quedar en descubierto, su credibilidad se ve más menguada aún.

14. Así las cosas, se tornan deleznable los dos pilares de la sentencia condenatoria: la versión de la pretendida víctima y la experticia que la describe como absolutamente normal en su vida emocional antes de la violación denunciada y con trastorno postraumático después.

Ni uno ni otro brindan la confianza necesaria como para suscribir confinamiento de JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ en una prisión durante un periodo superior a los doce años, como si fuese autor responsable de un delito de *acceso carnal violento*.

15. Como si fuera poco, el psiquiatra forense no comprobó a través de alguna historia clínica la existencia y naturaleza del accidente cardiovascular que A....G....C ..., dice haber padecido; máxime si lo menciona para advertir que se tipo de dolencias puede afectar la capacidad mental de quien lo sufre.

16. En la sentencia de primera instancia no se da un manejo claro al tema de la violencia que A....G....C ..., dice se cometió en contra de ella.

Si como ella se lo narró a la psicóloga forense, en medio de las acciones sexuales prácticamente se fue para otro mundo y no podía decir nada - lo que el psiquiatra forense interpreta como un estado de indefensión- en la sentencia de primera instancia no se define si JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ sabía que ella había quedado en ese estado; y no se cuenta con elementos de juicio para determinar si el implicado habría interpretado ese silencio y esa inmovilidad -relativa como una manifestación de asentimiento o consentimiento.

Recuérdese que en la entrevista a A....G....C ..., con la psicóloga judicial del Cuerpo Técnico de investigación, doctora Nidia Cabeza Blanco, poco después de los hechos, la menor no refiere haber llorado mientras todo sucedía, ni describe el despliegue de maniobras de reacción o defensa, pues "*Yo me fui como a otro mundo, como si yo no estuviera ahí, yo no decía nada*".

La investigación no profundizó con relación a la manera como DONOSO HERNÁNDEZ pudo haber interpretado una actitud de esa naturaleza, si él ignoraba que A ... G ... C ... , había sufrido un accidente cardiovascular, no estaba al tanto de sus antecedentes psiquiátricos (*multitud de tentativas de suicidio previas*) y creía que estaba en un trato sexual con su amiga de Internet, aquella que se presentó como una mujer adulta con basta experiencia en ese tema y le comentó varios aspectos de su intimidad sexual.

En cambio, frente al psiquiatra forense (*doctor Tamayo Fonseca*), más de seis meses después, A...G...C ..., dio una versión distinta:

"me cogió del brazo muy fuerte... me agarró en la cama y me sujetó con una mano en el cuello y la otra en la cadera y yo le dije no me vaya a hacer nada y él empezó a reír y me dijo "para eso era que venía para que yo le hiciera rico, empecé a llorar y se me fue el aire, traté de forcejear con él pero quedé en shock ... cuando estaba encima mío intenté quitarlo, hubo un momento en que me alcancé a quitarlo y se cayó de la cama y luego se volvió a sentar ... empecé a reaccionar y me fui al baño y me limpié"

Como se evidencia, el despliegue de maniobras reactivas para evitar el contacto sexual sólo se menciona al psiquiatra -seis meses después de los hechos no la psicóloga del Cuerpo Técnico de Investigación, que realizó la entrevista casi de inmediato.

17. Aún así, en la sentencia confutada, que toma sin ninguna crítica la conclusiones del perito psiquiatra, al parecer, se infiere que DONOSO HERNÁNDEZ doblégo a A... G... C... hasta llevarla a un estado de indefensión, lo que habría aprovechado -según el delegado Fiscal-para hacer con su cuerpo lo que quiso.

Surge nuevamente el interrogante, no resuelto, que consiste en dilucidar si el procesado tenía la intención de colocar a A... G... C...en estado de indefensión o en inferioridad psíquica; si él supo que ella había quedado en esas condiciones o si se aprovechó de tales circunstancias.

Si alguna respuesta fuere afirmativa, el delito cometido no sería acceso carnal violento (*artículo 205*), sino acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (*artículo 207*), tipo penal éste que contiene ingredientes normativos tales como poner a una persona en incapacidad de resistir o en estado de inconciencia, o en condiciones de inferioridad psíquica, que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento.

La conducta en uno y otro caso es diversa; también el dolo, entendido como conocimiento de los hechos y voluntad de realizarlos (*artículo 22 Ley 599 de 2000*); el entorno fáctico jurídicamente relevante varía y la calificación jurídica es distinta.

En ese orden de ideas, si se da por sentado que a través de una violencia significativa ejercida sobre los brazos, en cuello, las piernas y las prendas de vestir de A... G... C... el procesado la colocó en estado de shock e inferioridad psíquica, hasta producirle inmovilidad, aparentemente se estaría ante un caso de error en la calificación jurídica de la conducta, pues lo hecho por el implicado podría corresponder a acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (*artículo 207*) y no a acceso carnal violento (*artículo 205*).

En la sentencia objeto de impugnación no se analiza esa problemática, desde ningún punto de vista dogmático ni científico, y esa carencia o ausencia de fundamentación contribuye a acrecentar la presencia de las dudas insalvables, dado que esa alternativa se muestra cuando menos discutible.

18. En síntesis, las conjeturas, suposiciones, pálpitos o corazonadas no equivalen a los indicios, ni pueden reemplazarlos. Aquellas parten de sentimientos, preferencias o percepciones a priori del observador; éstos son un proceso inteligente por el cual, a partir de un hecho conocido a través de la prueba, con el tamiz de la sana crítica, se infiere o deduce racionalmente otro hecho, hasta entonces desconocido.

Todo ese ejercicio intelectual de la construcción indiciaria debe plasmarse en la sentencia. De lo contrario, el deber de fundamentación se incumple y se obstruye el derecho a la defensa.

Las consideraciones precedentes son suficientes para activar la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

(...)

Tal parámetro jurisprudencial contempla la posibilidad de absolver al implicado, por declaración de inocencia, únicamente bajo el supuesto de que en el proceso las pruebas así lo indiquen; y reserva la aplicación del principio *in dubio pro reo*, para los eventos donde el caudal probatorio genera un estado de incertidumbre en el fallador acerca de la inocencia o la responsabilidad penal del acusado.

La segunda de esas hipótesis es la que se verifica en el presente asunto, razón por la cual JORGE HUMBERTO DONOSO HERNÁNDEZ será absuelto, no porque la Corporación se haya formado una idea compatible con la declaración de inocencia, sino porque no tiene elementos de juicio que le permitan arribar a la convicción, más allá de toda duda, de que él es responsable del acceso carnal violento por el que fue acusado (Subrayado fuera de texto).

Visto lo anterior, se concluye que la privación de la libertad del demandante devino en injusta una vez se toma la decisión de absolver al acusado del delito de acceso carnal violento por cuanto es a partir de ese momento que se tiene certeza que no había razón jurídica para que el actor estuviera privado de la libertad por un tiempo tan prolongado. Máxime si se tiene en cuenta que la razón principal de la decisión fue la falta de certeza en la comisión del delito por parte del accionante, tal y como se refirió en los apartes trascritos de la sentencia del proceso penal que se adelantó.

En ese sentido, encuentra esta Subsección que hay elementos suficientes para declarar la responsabilidad del Estado representado por la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, por la privación injusta de la libertad del señor **Jorge Humberto Donoso Hernández**, pues la Sala considera que en los procesos penales tramitados bajo la Ley 906 de 2004, tanto la Fiscalía General de la Nación como la Rama Judicial influyen en la

producción del daño. En tanto, es la Fiscalía General quien en su papel de ente acusador solicita al juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario, y por su parte, es competencia del juez de control de garantías decidir, con base en el material probatorio presentado por la Fiscalía General de la Nación, si impone o no la medida privativa de la libertad.

Así las cosas, para imposición de la restricción a libertad es necesario la concurrencia de actuaciones tanto de la Fiscalía General de la Nación como de la Rama Judicial, sin que sea posible escindir la relación que existe entre estas y la privación de la libertad.

De la culpa exclusiva de la víctima

Encuentra la Sala que por un lado la jurisprudencia mayoritaria del Consejo de Estado ha sido concordante en considerar que el único eximente de responsabilidad en caso de privación injusta de la libertad, es la culpa exclusiva de la víctima, en aplicación del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, por lo que se procederá a analizar el citado eximente de responsabilidad en el caso en concreto, así:

La jurisprudencia de esta Corporación ha definido los parámetros con base en los cuales resulta forzoso reconocer que la responsabilidad del Estado no puede quedar comprometida como consecuencia de la actuación de la autoridad pública en el caso concreto, en consideración a que el carácter de hecho causalmente vinculado a la producción del daño no es predicable de aquélla, sino del proceder —activo u omisivo— de quien sufre el perjuicio. Por otra parte, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder —activo u omisivo— de aquélla tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. Y ello como quiera que la Sala ha señalado que el hecho de la víctima, como causal de exoneración de responsabilidad o de reducción del monto de la condena respectiva, debe constituir, exclusiva o parcialmente, causa eficiente del perjuicio reclamado. Para la Sala no ofrece duda alguna el hecho de que la señora Adielia Molina Torres no obró en la forma debida o, mejor, en la que le era jurídicamente exigible en el desempeño de sus funciones como almacenista. Por el contrario, actuando con negligencia e imprudencia máximas, dado el desorden, la impericia, el desgreño y la incuria con las cuales manejó los bienes y haberes a su cargo, dio lugar a que, cuando se practicó la experticia correspondiente dentro de la investigación penal, apareciera comprometida por los faltantes encontrados en el almacén, lo cual la implicaba seriamente en la comisión del presunto delito que se le imputaba y que dio lugar a que, con el lleno de los requisitos legales -se insiste- se profiriera la referida medida de aseguramiento en su contra. La reprochable conducta de la víctima, en el caso sub examine, hace que la decisión adoptada por la autoridad judicial aparezca como plenamente proporcionada como resultado del juicio de ponderación entre los intereses jurídicos colisionantes en el caso concreto: efectividad de las decisiones a

adoptar por la Administración de Justicia, de un lado y esfera de derechos y garantías fundamentales del individuo, de otro.¹⁸

El artículo 63 del Código Civil define la culpa grave y el dolo así:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios (...).

Dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o a la propiedad de otro.

En conclusión de lo anterior el Consejo de Estado precisó que: *“la culpa de la víctima se configura cuando se encuentra probado que el afectado actuó con temeridad dentro del proceso penal o incurrió en comportamientos irregulares que ameritaban la respectiva actuación y, de manera consecuyente, justificaban la imposición de una medida restrictiva de la libertad, circunstancias que no se encuentran acreditadas en el sub lite”*¹⁹.

Según se ha explicado en precedencia, la Sala resalta que del estudio de la investigación, se observa que tampoco se configura un eximente de responsabilidad en favor de las demandadas, puesto que en el trámite del proceso se concluyó que no fue posible probar la comisión del presunto delito imputado del accionante en los hechos investigados y contrario a ello, se tiene probado que en el presente caso se impuso una carga que el demandante no tenía el deber jurídico de soportar.

Recuerda esta Corporación que no se está ante una tercera instancia, conforme lo estableció el Consejo de Estado en los siguientes términos²⁰:

34.- La regla de la presunción de inocencia que aparece expresamente prevista en la Constitución Política como una garantía del derecho fundamental al debido proceso²¹ impone a todos -sobre todo a las

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente. Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 2 de mayo de 2007, N. Rad. 15463, Actor, Edelia Molina.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Decisión del 24 de mayo de 2018, radicado: 56371. C.P. Martha Nubia Velázquez Rico.

²⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, sentencia del 15 de noviembre de 2019, Radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01 C.P.; Martín Bermúdez Muñoz.

²¹ <<ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

autoridades públicas (dentro de las cuales principalmente están los Jueces)- la obligación de *tratar como inocente* a quien no haya sido *condenado* penalmente por un delito, punto en el cual la Ley 600 de 2000 establece en su artículo 7° que <<*toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal*>> y que el artículo 7° de la Ley 906 de 2004 consagra en los siguientes términos <<*toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal*>>.

35.- Esa regla se desconoce al tratar como sospechosa a la demandante, y por tal razón negarle el derecho a la reparación del daño sufrido con su privación de la libertad. Si bien la sentencia en el acápite 4.3 estudió la presunción de inocencia, lo hizo en el marco del proceso penal, pero no la garantizó en el proceso contencioso administrativo. Al determinar que la víctima fue culpable de su detención, con base en la misma conducta que el juez penal ya había considerado atípica, la propia sentencia sí violó su presunción de inocencia; no bastaba anunciar teóricamente que la presunción de inocencia de la demandante seguía *intacta*: era necesario *tratarla* como inocente, pues ese ese el alcance de este derecho que nuestra Constitución Política consagra como *derecho fundamental*.

36.- Nuestra jurisprudencia señala que <<*el detenido preventivamente debe seguir siendo tratado como una persona inocente en todos los ámbitos pues el hecho de que en su contra se haya dictado una medida de aseguramiento privativa de la libertad no equivale en modo alguno a una condena*>>. ²²

(...)

40.- La regla de presunción de inocencia exige un *esfuerzo de imparcialidad* del Juez de la responsabilidad y, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional, le impone la prohibición de dudar de la inocencia de la víctima de la privación de la libertad que ha sido exonerada en una sentencia proferida por el Juez Penal.

Ahora bien, sobre la prolongación en el tiempo de la medida de aseguramiento y, en consecuencia de la privación de la libertad -en este caso por un término de dos años-, el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con ponencia del Doctor Alberto Montaña Plata refirió lo siguiente:

33. En este caso, por la fecha de los hechos denunciados, la investigación penal fue adelantada bajo las previsiones de la Ley 600 de 2000. De acuerdo con el artículo 354 de dicha normativa, la situación jurídica se define solo en aquellos casos en que es procedente la detención preventiva. Asimismo, de conformidad con los artículos 355 al 357 *ibidem*, la detención preventiva se impondrá: 1) cuando se trate de un delito que tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de 4 años, si se encuentra dentro del listado indicado por la ley o cuando estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada proferida por ciertos delitos; 2) si aparecen, por lo menos, dos indicios graves de responsabilidad y 3) si resulta necesaria para el cumplimiento de alguno de sus fines.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.>> (Subrayado y resaltado en negrilla por fuera del texto original)

²² C-289-12

34. En el caso concreto, la Sala advierte que la fiscalía, si bien tenía distintos medios de prueba que le permitían inferir la responsabilidad penal del entonces sindicado, no sustentó la necesidad de imponerle medida de aseguramiento de detención preventiva, conforme a sus fines constitucionales y legales.

(...)

39. Sala encuentra que la fiscalía hizo un análisis probatorio en conjunto, que le permitió construir varias inferencias acerca de la materialidad de la conducta imputada y la presunta responsabilidad de Cipriano Cáceres en los hechos investigados. En efecto, el proceso contaba con varios elementos de juicio que permitieron identificar a Cipriano Cáceres como presunto miliciano del ELN y que corroboraban la información aportada por los testigos, quienes, según lo informado, si pertenecieron a dicho grupo armado.

(...)

44. De lo anterior se advierte que la fiscalía, apoyada solo en la misma gravedad del delito imputado, dedujo la necesidad de dicha medida cautelar penal con el fin de asegurar la comparecencia de los procesados y proteger la comunidad. Sin embargo, la Sala observa que la fiscalía, a diferencia de lo que ocurrió cuando analizó la existencia de los indicios de la responsabilidad penal, se limitó a señalar la existencia de dichas causales previstas por la ley para referirse enseguida de manera genérica a la situación de todos los sindicatos (18 en total), sin ofrecer razones específicas sobre los motivos que, en relación con cada uno de ellos, le permitían concluir que la medida de aseguramiento cumplía con una de las finalidades que justificaban su imposición.

45. Si bien se investigaba a varias personas por la comisión del mismo delito, no por ello podía entenderse que la necesidad de la imposición de la medida era la misma en todos los casos. Además, la aludida medida se soportó fundamentalmente en la presunta existencia de otros comportamientos (daños contra la infraestructura o atentados en contra de la población civil) que hasta el momento no estaban demostrados, toda vez que el delito investigado era solo el de rebelión, concretado en aquellos actos dirigidos a quebrantar la institucionalidad del Estado.

46. Por tanto, la sola gravedad del delito, y por lo cual el legislador había previsto una pena considerable que lo hacía susceptible de una medida de detención preventiva, no le permitía a la fiscalía asumir que el sindicato podía eludir la acción de las autoridades o atentar en contra de la comunidad. Al estar de por medio el derecho a la libertad, su privación precautelada solo es legal cuando existan argumentos sólidos que permitan concluir que el riesgo de reincidencia, la posibilidad de evadir la acción de las autoridades o de afectar el desarrollo de la investigación son reales y efectivos, o por lo menos altamente probables, según las condiciones acreditadas de un caso determinado. De modo que la argumentación de la necesidad de la medida no se agota con las valoraciones realizadas en torno a los indicios graves de responsabilidad, por más evidentes o categóricos que parezcan.

47. En consecuencia, dado que la fiscalía no sustentó de manera adecuada la necesidad de la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de Cipriano Cáceres, la Sala concluye que se inobservaron los requisitos previstos por la ley procesal penal para su imposición, por lo que la Sala confirmará la declaratoria de responsabilidad de la Fiscalía General

de la Nación, solo que a título de falla del servicio, por los daños causados a los demandantes con ocasión de la privación injusta de la libertad de Cipriano Cáceres.

(...)

51. Como se explicó anteriormente, en este caso no se presentó una justificación adecuada acerca de las razones por las cuales debía imponerse una medida de detención preventiva como única opción posible para garantizar los fines del proceso y los intereses de la sociedad. Además, en la sentencia absolutoria se hizo alusión a diferentes pruebas practicadas en la etapa de juicio que permitieron advertir que *“no todos los negocios, todas las actividades fueron permeadas por la subversión, si bien es cierto la presencia era constante, aquí se llegó a demostrar que la gran mayoría de la comunidad Salinera continuó con la vida propia de la región”*.

52. Si los anteriores elementos de juicio permitieron hacer un pronóstico favorable del entonces procesado, no existe una razón que explique la prolongación de la detención por todo el curso del proceso. Téngase en cuenta que, según la certificación expedida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Socha, el 6 de julio de 2006 se ordenó la sustitución de la detención preventiva por domiciliaria.

53. El artículo 38 del Código Penal, vigente para ese momento, permitía dicha sustitución cuando *“el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena”*. Estos mismos fines (riesgo de no comparecer al proceso y peligro a la comunidad) fueron los invocados por la fiscalía para aducir la necesidad de la medida, por lo que no parece coherente que, a pesar de existir pruebas indicativas de un comportamiento adecuado del procesado, que descartaba dichas obstrucciones y riesgos -mismos que justificaron su imposición-, se hubiere mantenido la medida de aseguramiento, así fuere domiciliaria, en lugar de disponer su revocatoria²³.

Por lo anterior, la Sala accederá a las pretensiones de la demanda, en el sentido declarar la responsabilidad de las demandadas Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor Jorge Humberto Donoso Hernández, en consecuencia se liquidarán los perjuicios después de analizar la falla del servicio.

4.2. De la falla del servicio (INPEC)

4.2.1. Daño

Afirmó el demandante que, durante su permanencia en los diferentes establecimientos carcelarios, recibió maltratos físicos y psicológicos dirigidos a su dignidad debido a que estuvo compartiendo con delincuentes, compartió baños en mal estado, durmió en el piso en condiciones climáticas difíciles, no fue atendido médicamente lo que le

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. sentencia del 28 de agosto de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata, Rad. 46911 y 56380.

generó una bronquitis y, fue víctima de hurtos violentos por parte de los reclusos.

Sea lo primero indicar que en materia de responsabilidad del Estado cuando un individuo privado de la libertad sufre algún daño, está amparado en la especial relación de sujeción del interno y el Estado, pues aquellos están restringidos legítimamente en algunos de sus derechos fundamentales, pero el Estado debe garantizar la protección de los derechos que, por su naturaleza, son necesarios para la dignidad humana. Sobre el particular el Consejo de Estado ha dicho:

3.2.3 Al respecto, esta Corporación ha precisado que las personas reclusas en establecimientos carcelarios o de detención se encuentran en una situación de indefensión y vulnerabilidad manifiesta que se deriva de la existencia de una relación de especial sujeción al Estado. Situación ésta, sostiene la jurisprudencia, que proviene de la limitación legítima de algunos derechos y libertades de los presos y de la reducción o eliminación de sus posibilidades “de ejercer su propia defensa frente a las agresiones de agentes estatales o de terceros de que puedan ser víctimas al interior del establecimiento carcelario”.

De esta manera, se concluye que el Estado asume la reparación por los daños antijurídicos causados a las personas privadas de la libertad en establecimientos carcelarios o de detención. Esto, porque a la relación de especial sujeción referida subyace la responsabilidad del Estado por la lesión de los bienes jurídicos que no son susceptibles de limitación durante la reclusión, como la vida, la integridad y seguridad personales. Así, los reclusos no están obligados a soportar cargas diferentes a las que se desprenden de las propias condiciones de privación de la libertad y, por tanto, el Estado es responsable de los daños causados por los hechos dañosos que excedan dichas condiciones.²⁴

En la sentencia transcrita, el Consejo de Estado citó un pronunciamiento anterior donde se especificó sobre la imputación al Estado en caso de daños a reclusos cuando está acreditado el daño y más adelante definió el régimen de responsabilidad cuando la conducta está basada en la presunta falla del servicio y los casos en los que se aplica el régimen subjetivo de falla probada, en los siguientes términos:

De acuerdo con lo dicho hasta el momento, las relaciones de especial sujeción que nacen entre las personas privadas de la libertad y el Estado, implican que algunos de sus derechos queden sometidos a ciertas restricciones. Sin embargo, otros derechos fundamentales no pueden ser limitados ni suspendidos; el total sometimiento al Estado, que la Corte Constitucional ha identificado como un estado de indefensión o debilidad manifiesto, implica que el Estado tiene el deber de respetarlos y garantizados plenamente; es decir, que todo agente estatal debe abstenerse de conducta alguna que los vulnere y debe prevenir o evitar que terceros ajenos a dicha relación lo hagan.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2012, Exp. 25216, C.P.- Stella Conto Díaz del Castillo.

En esa situación se encuentran los derechos a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de la libertad, dado que su seguridad depende por completo de la administración y ésta debe garantizarla. En efecto, la llamada por la doctrina obligación de seguridad, se concreta en el deber que tienen las autoridades de evitar que las personas detenidas o presas sufran algún daño, durante el tiempo que permanezcan en tal condición o, dicho de otra forma, el Estado tiene el deber de preservarlas de los daños que con ocasión de su situación pueda ocurrirles. La misma obligación comprende la de ‘custodia y vigilancia’ pues se busca la garantía de la seguridad personal del detenido. Las autoridades estatales tienen a cargo el deber de tomar las medidas necesarias para evitar cualquier atentado contra la vida o integridad personal de los detenidos o presos.

En efecto, el carácter particular de esta situación implica que corresponde al Estado garantizar la seguridad de las personas privadas de la libertad y la asunción de todos los riesgos que, en esa precisa materia, se creen como consecuencia de tal circunstancia. Bajo esta óptica, demostrada la existencia de un daño antijurídico causado, en su vida o en su integridad corporal, a quien se encuentra privado de la libertad puede concluirse que aquél es imputable al Estado, salvo en los casos en que éste haya ocurrido por una causa extraña, cuya demostración corresponderá a la parte demandada.²⁵

Así las cosas y teniendo en cuenta el régimen de responsabilidad aplicable que se explicó en el acápite correspondiente, considera la Sala que en el caso concreto si bien se alegó desde la demanda la omisión y negligencia por parte del INPEC de su obligación de protección a un interno de centro penitenciario y carcelario, aduciendo que esa omisión le generó lesiones, dicha circunstancia no se acreditó, de manera que no se evidencia daño antijurídico ni nexo causal entre la omisión reprochable de la entidad demandada y las presuntas lesiones de las cuales fue víctima.

Basta traer a colación pronunciamiento reciente del Consejo de Estado²⁶, respecto a la carga de la prueba:

Al respecto, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil establece que las partes tienen la carga de la prueba; postura frente a la cual esta Subsección ha sido enfática respecto de los efectos que su inobservancia acarrea:

*“La noción de carga ha sido definida como ‘una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto’. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir—incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente— con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que **simplemente faculta —la aludida carga—, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una***

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2006, Exp. 20125, C.P. Alier Hernández Enríquez.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 25 de julio de 2019, Exp: 50522, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.

*“En ese orden de ideas, el concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) **en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que despliegan en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo**”²⁷ (subrayas y negrilla por fuera del original).*

Así entonces, no se puede estructurar una sentencia condenatoria sin el debido respaldo probatorio, el cual le correspondía a la parte demandante, de conformidad con lo previsto en el artículo 164 del Código General del Proceso, que dispone *“toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”*, ello acompañado con el artículo 167 del mismo cuerpo normativo que dispone que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, pues se reitera, dentro del plenario, si bien está acreditado que la víctima estaba recluida en un centro carcelario, no se logró establecer el daño antijurídico alegado.

De manera que, al no haberse demostrado el daño antijurídico, no es dable declarar la responsabilidad del Estado (INPEC) ya que por falta del primero de los presupuestos necesarios para que ésta se configure; y ante la ausencia de tal presupuesto, huelga cualquier consideración sobre el segundo de dichos presupuestos, es decir, sobre la imputación, pues, esta supone como presupuesto la existencia del daño antijurídico que, como se explicó en el *sub iudice*, no fue demostrado.

5. De la liquidación de perjuicios por la privación injusta de la libertad

5.1. Perjuicios materiales

- Daño emergente

La parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de los gastos en los que tuvo que incurrir el señor Donoso Hernández por concepto de gastos médicos y tratamientos psicológicos, sin embargo, no reposa prueba en el proceso con la cual se acredite el pago de los gastos en los que

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 27 de marzo de 2014, Exp: 29732, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

presuntamente incurrió el accionante, motivo por el cual, no será reconocido el perjuicio material en la modalidad de daño emergente.

- ***Lucro cesante***

El apoderado de la parte demandante en el escrito de demanda solicitó se reconozcan los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a favor de Jorge Humberto Donoso Hernández como víctima directa por lo que no percibió en el tiempo que estuvo privado de la libertad.

Respecto al lucro cesante, recuerda esta Corporación que el Consejo de Estado Unificó su criterio, en los siguientes términos²⁸:

Se reconocerá el lucro cesante en favor de la persona privada injustamente de la libertad, siempre que se solicite de manera expresa por la parte demandante, de modo que no procederá ningún reconocimiento oficioso al respecto.

Para hacer tal reconocimiento, debe haber prueba suficiente que acredite que, con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos. Cuando quien se haya visto privado injustamente de su libertad haya sido la persona encargada del cuidado del hogar tendrá derecho a que se le indemnice el lucro cesante, conforme a los términos y condiciones consignados en la sentencia de unificación 500012331000200037201 (33945) del 27 de junio del 2017.

La liquidación del lucro cesante, que deberá solicitarse en la demanda, comprenderá el valor de los ingresos ciertos que, de no haberse producido la privación de la libertad, hubiera percibido la víctima durante el tiempo que duró la detención y, además, podrá comprender, si así se solicita en la demanda, el valor de los ingresos que se acredite suficientemente que hubiera percibido la víctima después de recuperar su libertad y que se frustraron con ocasión de la pérdida de esta.

El ingreso base para la liquidación será el que se pruebe de manera fehaciente que percibía el afectado directo con la medida de aseguramiento.

El ingreso base para la liquidación del lucro cesante se incrementará en un 25 % por concepto de prestaciones sociales solo si se pide como pretensión de la demanda y se acredita suficientemente la existencia de una relación laboral subordinada al tiempo de la detención.

Evidencia esta Colegiatura medio probatorio documental que acredita que la víctima al momento en que fue privado de la libertad percibía como ingresos la suma de \$4.000.000 (fl.10, c3) por las actividades de tatuador, manejo de artes gráficas y corporales, documental que tiene pleno valor probatorio por cuanto no se tachó de falsa en el asunto estudiado.

²⁸ Ibidem.

Ahora bien, precisa la Sala que si bien obra dictamen pericial liquidando los perjuicios en la modalidad estudiada (lucro cesante), el mismo tuvo como fundamento certificaciones de lo obtenido por el señor Donoso Hernández hasta enero de 2007 (fls. 12-13, c3), de manera que no es posible sumar esos valores por cuanto fueron ingresos percibidos antes de la fecha en que fue capturado (27 de septiembre de 2007).

Para efectos de fijar la renta que servirá de base de liquidación de la indemnización, se tomará la suma de los ingresos que percibía el señor Castillo Cortés para el año 2007 (año en que ocurrió el hecho dañoso), equivalente a la suma de 4.000.000, monto que deberá actualizarse a la fecha de la presente sentencia y una vez actualizada, se le sumará el 25% de prestaciones sociales, y, posteriormente, al resultado se le restará un 25% como presunción de lo que el privado de la libertad utilizaba para su propio sostenimiento.

$$Ra = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde:

Ra	=	Renta actualizada a establecer
Rh	=	Renta histórica que se va a actualizar \$4.000.000
IPC (f)	=	Índice de precios del consumidor que corresponde a la fecha de la sentencia (agosto 2021 ²⁹)
IPC (i)	=	Índice de precios del consumidor que corresponde a la fecha de los hechos (septiembre de 2007)

$$Ra = \$4.000.000 \times \frac{109,62}{64,20}$$

$$Ra = \$6.829.907$$

A dicho valor se le sumó el 25% por concepto de prestaciones sociales (\$8.536.250) y a dicha suma se le restó 25% por gastos propios del privado de la libertad (\$6.402.187,5), siendo este último el valor de la renta para el caso concreto.

Conforme a lo anterior, se liquidará este perjuicio por el tiempo en que estuvo privado de la libertad el señor Jorge Humberto Donoso Hernández, esto es, a partir del 27 de septiembre de 2007 hasta el 25 de septiembre de 2009 (2 años y 1 día = 24,03 meses) y además, se liquidará teniendo en cuenta el lapso que, según las estadísticas emitidas por el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), una persona requiere en Colombia para conseguir

²⁹ Fecha del último IPC publicado a la fecha de la sentencia.

trabajo luego de haber obtenido su libertad, o acondicionarse en una actividad laboral³⁰, periodo equivalente a 35 semanas (8.75 meses).

Lo que equivale a 24.03 + 8.75 meses = 32.78 meses

Deberá aplicar la siguiente fórmula:

$$S = RA \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S	=	Suma a obtener.
RA	=	Renta actualizada \$6.402.187,5
I	=	Tasa mensual de interés puro o legal, es decir, 0,004867.
N	=	Número de meses que duró la privación más el lapso que una persona tarda en emplearse, es decir 32.78 meses.
1	=	Es una constante

$$S = \$6.402.187,5 \frac{(1 + 0.004867)^{32.78} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$226.934.525,93$$

De conformidad con la fórmula aplicada, la suma a reconocer por perjuicios materiales en modalidad de lucro cesante asciende a **\$226.934.525,93** a favor del señor Jorge Humberto Donoso Hernández, siempre y cuando se verifique que no se haya pagado o acreditado el monto del pago.

5.2. Perjuicios morales

En los casos de privación injusta de la libertad en sentencia del 28 de agosto de 2013, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativa -Radicación No. 25.022- se establecieron reglas para liquidar el monto a indemnizar por perjuicios morales, en los siguientes términos:

³⁰ En sentencia del 28 de agosto de 2013, del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero señaló: En efecto, acerca del período a liquidar en eventos de privación injusta de la libertad, la sala ha sostenido: “En cuanto al tiempo que, en promedio, suele tardar una persona en edad económicamente activa en encontrar un nuevo puesto de trabajo en Colombia, la Sala se valdrá de la información ofrecida por el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), de acuerdo con la cual dicho período equivale a 35 semanas (8.75 meses).”

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

Teniendo en cuenta la jurisprudencia anterior y, que el señor Jorge Humberto Donoso Hernández estuvo privado de la libertad por el lapso de tiempo de 2 años y 1 día, la indemnización a otorgar por perjuicios morales es la de 100 SMLMV.

El Decreto 1 de 1984 (CCA) reguló en el Título XXII todo lo concerniente al contenido de la sentencia, cumplimiento y ejecución de la misma, por lo tanto, esta providencia deberá cumplirse en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del decreto mencionado.

COSTAS

De conformidad con lo señalado en el artículo 171 del CCA y numeral 6 del artículo 392 del CCA, como se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, la Sala se abstendrá de condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR administrativamente responsable a la Nación - Rama Judicial y a la Nación - Fiscalía General de la Nación, por la privación de injusta de la que fue objeto el señor Jorge Humberto Donoso Hernández, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la Nación - Rama Judicial y a la Nación - Fiscalía General de la Nación de manera solidaria al pago de las siguientes sumas de dinero:

BENEFICIARIO	DAÑO MATERIAL	DAÑO MORAL
Jorge Humberto Donoso Hernández	\$226.934.525,93	100 SMLMV

*Estos valores deberán ser liquidados con base en el salario mínimo mensual vigente a la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

*El valor reconocido por lucro cesante se efectuará siempre y cuando no se haya pagado o acreditado el monto del pago.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: La precedente providencia **SE CUMPLIRÁ** en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Decreto 1 de 1984 (CCA).

QUINTO: SIN CONDENAS EN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: Por Secretaría de la Subsección **NOTIFICAR** la presente decisión en los términos del Decreto 1 de 1984.

SÉPTIMO: DEVOLVER el expediente al despacho de origen, advirtiéndose a las partes que las notificaciones posteriores a esta providencia estarán a cargo del mencionado despacho.

OCTAVO: ADVIÉRTASE a las partes que contra esta providencia procede recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 351 del CCA.

NOVENO: Líquidense por Secretaría del juzgado los gastos del proceso. En caso de que, pasados dos años, no hayan sido reclamados por la parte actora, la Secretaría del juzgado declarará la prescripción a favor del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial o de la entidad que haga sus veces.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Aprobado en sesión de la fecha)

FRANKLIN PÉREZ CAMARGO

Magistrado

Con Salvamento de Voto

HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLÓN

Magistrado

CLARA CECILIA SUÁREZ VARGAS

Magistrada

Constancia: El presente proveído fue firmado electrónicamente por los suscritos Magistrados pertenecientes a la Subsección B, Sección Tercera, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la plataforma SAMAI. Por tanto, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA, modificado por el artículo 46 de la Ley 2080 de 2021.