

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**JUZGADO TREINTA Y CINCO (35) ADMINISTRATIVO  
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
- SECCIÓN TERCERA -**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicado	110013336035201300536 00
Medio de Control	Reparación Directa
Demandante	Jorge Arturo Hernández Sarmiento
Demandado	Nación - Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial

**SENTENCIA**

Agotadas las etapas procesales, sin que se advierta irregularidad o vicio que invalide lo actuado y acreditados los presupuestos procesales de este medio de control, se procede a dictar sentencia dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. LA DEMANDA**

Mediante libelo introductorio el señor Jorge Arturo Hernández Sarmiento, presentó demanda de reparación directa en contra de la Nación - Ministerio de Justicia y del Derecho y la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que sean declaradas patrimonialmente responsables por los perjuicios causados por la privación injusta de la que fue objeto.

En audiencia inicial se vinculó oficiosamente a la Nación – Rama Judicial por tratarse de un tema de privación injusta de la libertad.

**1.2. PRETENSIONES**

La parte demandante solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*"1.- Se declare civilmente responsable al ministerio de Justicia y del Derecho y a la Fiscalía General de la Nación por los daños materiales y morales ocasionados al señor Jorge Arturo Hernández Sarmiento, daños que se estiman en cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000.oo).*

*2.- Se indemnice a mi poderdante por parte de las entidades demandadas, con la suma de cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000.oo) por los daños materiales y morales a él causados con motivo de la injusta privación de su libertad en centro carcelario, concretamente en la cárcel nacional la modelo de Bogotá, por espacio de trece (13) meses, daños que comprenden*

*el lucro cesante y el daño emergente, y los gastos en que tuvo que incurrir como fueron los honorarios de abogado, prestamos, la venta de elementos o bienes de su propiedad, todo con el animo de procurarse una debida defensa técnica y su manutención y la de su familia.*

*3.- los perjuicios morales los tazará en su oportunidad el Despacho a su digno cargo.”*

### **1.3. FUNDAMENTO FÁCTICO**

El fundamento fáctico de la demanda en síntesis es el siguiente:

- El señor Jorge Arturo Hernández Sarmiento fue acusado de la comisión del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado y pornografía con personas menores de 18 años.
- El proceso penal se adelantó bajo el radicado CUI 110016000019201007282 NI 128164, proceso dentro del cual se ordenó la privación de su libertad, motivo por el cual estuvo detenido 13 meses en la cárcel nacional La Modelo de Bogotá, del 03 de agosto de 2010 al 21 de agosto de 2011.
- El señor Jorge Arturo Hernández Sarmiento fue absuelto mediante sentencia proferida por el juzgado octavo penal del circuito de conocimiento de Bogotá, el 19 de enero de 2012.
- Señala que el demandante tuvo que incurrir en gastos como los honorarios de los profesionales en derecho que le garantizaron una defensa técnica en el proceso penal. Además, tuvo que vender algunos elementos que formaban parte de su patrimonio, solicitó prestamos y cerró un almacén de mascotas y peces ornamentales del cual era propietario.

### **1.4. ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDANTE**

La parte demandante, como argumentos de sus pretensiones, invoca los fundamentos constitucionales, contenidos en la Constitución Política en los Artículos 2, y 90.

Advierte que se incurre en responsabilidad de tipo indirecto que se evidencia con la falla en el servicio, pues el demandante fue detenido en centro carcelario por 13 meses sin haberle probado su responsabilidad penal sobre los hechos que se le imputaron. Por ende, es incuestionable que la detención sufrida fue causada por una falla en la administración de justicia ya que su detención fue ordenada por un operador judicial a solicitud de un fiscal.

Por lo anterior, sostiene que es fundamento suficiente para demostrar que el hecho dañoso es imputable única y exclusivamente al Estado, sin que exista causal que exonera de responsabilidad a las entidades demandadas porque el daño no se produjo por culpa de la víctima ni por la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito.

### **1.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

#### **1.5.1. Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho**

Contestó la demanda proponiendo la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, señalando que no existe relación real entre la entidad y las pretensiones que formula el demandante. Que los fundamentos concretos que expone la parte demandante tienen que ver en esencia con actuaciones judiciales de un fiscal y no del ministerio de justicia y del derecho, ya que dicho ministerio no tiene la representación legal de esa entidad.

### **1.5.2. Nación – Fiscalía General de la Nación**

No contestó la demanda

### **1.5.3. Nación – Rama Judicial**

Se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda en su contra, precisando que no se demuestra con la portada del proceso que la privación de la libertad de Jorge Arturo Hernández Sarmiento haya sido producto de la actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de procedimientos legales, para entender que la privación haya sido atentatoria del ordenamiento jurídico.

En relación con la medida de aseguramiento se debe tener en cuenta que su imposición era necesaria dado el carácter especial del caso concreto, pues se trataba de una investigación por el delito sexual contra un menor de 14 años. Señala que cuando se trata de delitos sexuales contra menores no se aplican los requisitos del artículo 308 de la ley 906 de 2004, toda vez que para esta clase de delitos existe norma especial del artículo 199 de la ley 1098 de 2009, en la que por expresa prohibición no se puede otorgar al autor de delitos contra menores de edad el subrogado penal de suspensión condicional de la pena por la gravedad que reviste para la sociedad.

Aunado a lo anterior, señala que el juez de control de garantías a partir de las pruebas y la denuncia hecha por la madre de la menor que daban cuenta de que el aquí demandante había sido el autor de los hechos punibles y los elementos materiales de prueba allegados por el representante, se impuso la medida de aseguramiento, pero porque le era prohibido conceder los beneficios de subrogados penales.

Adicionalmente, propuso la excepción de hecho de un tercero solicitando el estudio de la conducta de la denunciante la señora Ana María Hernández ya que fue ella quien activó la jurisdicción penal del Estado. Se evidencia así que el resultado dañoso resulta imputable a la confabulación orquestada entre la madre y la menor para presentar la denuncia cuyos móviles, como quedó demostrado en el proceso penal, estuvieron orientados a ejercer presión para obtener un interés económico, toda vez que la señora Ana María Hernández pretendía obtener la administración de una microempresa, la cual fue dada a su hermano. Y al no haber podido conseguir dicho propósito, denunció a su padre; y al haber estado preso no hizo presencia en el proceso penal por miedo a ser procesada por falsa denuncia.

## **1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **1.6.1. Parte demandante**

Vencido el término para presentar alegatos de conclusión no hubo pronunciamiento por la parte demandante.

### **1.6.2. Nación - Rama Judicial**

No presentó escrito de alegatos de conclusión una vez vencieron los 10 días para radicarlos.

### **1.6.3. Nación - Fiscalía General de la Nación**

En escrito radicado el 18 de noviembre de 2019, señaló que nos encontramos frente a la falta de legitimación en la causa por pasiva ya que a la Fiscalía General de la Nación no le corresponde imponer la medida de aseguramiento. El único asunto de su competencia es

adelantar la investigación para, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, solicitar la medida preventiva si lo considera conveniente, correspondiéndole entonces al juez de garantías estudiar dicha solicitud.

Adicionalmente, considera que se encuentra acreditada la excepción de culpa exclusiva de la víctima ya que el demandante Jorge Arturo Hernández fue absuelto por duda más no porque fuera totalmente inocente, pues la conducta desplegada frente a los menores no fue la más digna, quedando en entredicho ya que ni su propia defensa pudo demostrar su inocencia.

Aunado a lo anterior, resalta que el asunto tratado en el proceso penal fue un delito en el cual las víctimas eran menores de edad y que dada su condición tienen protección especial por la Constitución y el Código de Infancia y Adolescencia lo que imponía la obligación de actuar en pro de su protección. Así que no puede hacerse un juicio de reproche a la Fiscalía General de la nación, pues su actuación estuvo ajustada a las normas legales y jurisprudenciales que propugnan por velar y proteger los intereses del menor; pero, además, al procesado se le respetaron todas sus garantías constitucionales y legales sobre su derecho de defensa. es.

Finalmente, frente a los perjuicios señala que no se encuentran acreditados, pues no se aportan los soportes tributarios, comprobantes de retención en la fuente o las declaraciones de renta que hacen la cuenta del ingreso de dicho capital al patrimonio del beneficiario y de su salida de la víctima por lo anterior consideran que se debe negar las pretensiones de la demanda.

#### **1.6.4. Ministerio Público**

No presentó concepto.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA**

El artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo<sup>1</sup>, (CPACA), consagra un criterio mixto para establecer los litigios que debe conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

De un lado, fijó el criterio material, disponiendo que son de conocimiento de esta jurisdicción las controversias originadas en actos, contratos, hechos, omisiones u operaciones sujetos al derecho administrativo y las actuaciones de los particulares cuando ejerzan funciones administrativas, es decir, aquellos que se causen por el ejercicio de dicha función; y de otro lado, un criterio orgánico, según el cual basta la presencia de una entidad sujeta al derecho administrativo para que el proceso sea tramitado ante esta jurisdicción.

Igualmente, conforme al numeral 1º del artículo 104 ibídem, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de aquellos procesos en que se debate la responsabilidad extracontractual del Estado, asunto sobre el que versa el *sub judice*. Así las cosas, basta que se controvierta aquella respecto de una entidad pública, para que se tramite la controversia ante esta jurisdicción, por estar sometido al derecho público.

---

<sup>1</sup> CPACA artículo 104

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable [...]

Este Juzgado es competente para conocer el presente asunto, de acuerdo con el artículo 155 del CPACA<sup>2</sup>, que dispone que los juzgados administrativos son competentes en los casos de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de 500 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

## **2.2. PROBLEMA JURÍDICO**

Tal como se indicó en la audiencia inicial, se resolverá si son administrativa y extracontractualmente responsables las entidades demandadas Nación- Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial por los perjuicios ocasionados al demandante, con ocasión de la privación de la libertad a la que estuvo sometido el señor Jorge Hernández, por un periodo de 13 meses, por el delito de acto sexual con menor de 14 años agravado y pornografía con personas menores de 18 años.

## **2.3. EL TRAMITE PROCESAL**

- La demanda fue radicada ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá el día 18 de diciembre de 2013.
- El 15 de enero de 2014 se inadmitió la demanda para que se realizara la estimación razonada de la cuantía (Fol. 29); y mediante escrito radicado el 30 de enero de 2014, fue subsanada. (Fol. 30-34).
- La demanda fue admitida el día 12 de febrero de 2014, ordenando notificar su admisión a la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Justicia y del Derecho. (Fol. 36-37)
- La parte demandada Nación - Ministerio de Justicia y del Derecho, contestó la demanda y formuló excepciones, el día 19 de noviembre de 2014.
- El día 13 de mayo de 2016, se celebró audiencia inicial, donde se resolvieron las excepciones previas planteadas, considerando que se encontraba demostrada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Justicia y del Derecho, por lo que se ordenó su desvinculación del proceso. Adicionalmente y atendiendo a que se trata de una privación injusta de la libertad, se consideró que debía vincularse a la Nación – Rama Judicial, por lo que se ordenó la notificación personal de la demanda a esa entidad. (Fol. 80-83).
- El 22 de septiembre de 2016 la Nación – Rama judicial contestó la demanda proponiendo la excepción de hecho de un tercero. (Fol. 105-113)
- El 18 de abril de 2018, se celebró audiencia inicial en donde se fijó el litigio, se resolvieron las excepciones previas, y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 180 del CPACA. (Fol. 155-160)
- La audiencia de pruebas se llevó acabo el día 12 de diciembre del 2018, en donde se recibió el testimonio de la señora Jenny Paola Hernández Baldeleón y se incorporaron los documentos decretados. (Fol. 165-169). Dicha audiencia continuó el 05 de noviembre de 2019, en donde se incorporó la copia del proceso CUI 110016000019201007282, se decretó el cierre de la etapa probatoria y se corrió

---

<sup>2</sup> "Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en única instancia 6. De los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes..."

traslado para presentar alegatos de conclusión. (Fol. 224-225)

- La Nación – Fiscalía General de la Nación presentó los alegatos de conclusión, el día 18 de noviembre de 2019. (fol. 226-234)
- El día 08 de junio del 2020 ingresa el presente asunto al despacho para proferir la decisión de mérito que corresponda. (Fol. 235)

## 2.4. DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

El artículo 90<sup>3</sup> de la C.P. constituye la cláusula general de responsabilidad del Estado, de acuerdo con el cual se acogió la teoría del daño antijurídico, entendiéndolo no como *"aque/ que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo"*, siempre y cuando exista título de imputación por acción u omisión a una autoridad pública<sup>5</sup>.

De esta manera, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, se deben cumplir varios presupuestos, a saber: que el daño exista, sea antijurídico e imputable por acción u omisión al Estado. En consecuencia, se procederá a realizar el estudio de todos los elementos dentro del presente caso, a fin de fundamentar la decisión a adoptar.

### 2.4.1. Del daño y sus elementos

El daño se entiende como *"la lesión del derecho ajeno, consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrido por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que lo acongoja"*<sup>6</sup>.

Ahora bien, respecto del daño como elemento estructural de la responsabilidad, Juan Carlos Henao<sup>7</sup> señala:

*... "El daño, es entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio. La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene por qué ser favorecida con una condena que no corresponda, sino que irá a enriquecerse sin justa causa. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil."*<sup>8</sup>

Se colige, entonces, que el daño debe ser entendido como la lesión, menoscabo, aminoración o detrimento que sufre una persona y que genera una consecuencia negativa en su patrimonio material o inmaterial.

Sobre los elementos del daño, el Consejo de Estado<sup>9</sup> ha indicado que este existe en la medida que cumpla varias características, una de ellas es que sea cierto; es decir, que no puede ser hipotético o eventual; así mismo debe ser personal, en atención a que lo haya sufrido quien manifieste el interés sobre su reparación y subsistente, en razón a que no haya sido reparado.

<sup>3</sup> El artículo 90: El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que les sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales años, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste"

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>5</sup> Ibidem:

"Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del año a alguna de ellas:"

<sup>6</sup> Derecho Civil obligaciones. Pág. 538

<sup>7</sup> Jurista Colombiano, Magistrado de la Corte Constitucional y Rector de la Universidad Externado de Colombia.

<sup>8</sup> El Daño. Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Universidad Externado de Colombia. Págs. 36-37.

<sup>9</sup> Entre otras: Sentencia 14 de marzo del 2012. Rad. 21859 C.P. Enrique Gil Botero. Sentencia 1 de julio del 2015. Rad. 30385 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

## 2.4.2. De la imputación fáctica y jurídica del daño

La imputación fáctica o material del daño se predica cuando se encuentra demostrado el nexo de causalidad entre el actuar de la entidad demandada, bien sea por acción u omisión, y el daño sufrido por la víctima.

En la actualidad, la imputación fáctica del daño se construye habitualmente desde la perspectiva de la identificación de la causa adecuada del mismo; teoría por medio de la cual se establece cuál fue la acción u omisión que concretó el daño por parte de la entidad demandada, o si por el contrario dicha concreción le es atribuible a la víctima, a un tercero o el azar.

Sobre los criterios a tener en cuenta para identificar la causa del daño, el Consejo de Estado ha señalado:

*(...) "2. Aunque en el tema de definir si determinado daño puede imputarse a una autoridad pública, estudiado como el elemento "relación de causalidad", cuando el perjuicio ha sido producto de causas concurrentes, no pueden señalarse reglas absolutas, ni desecharse el peso que tiene en el punto la valoración subjetiva del juzgador, sí estima la sala que sobre él pueden establecerse las siguientes pautas generales:*

*a. No puede determinarse, como única causa de un daño, aquella que corresponde al último suceso ocurrido en el tiempo. Este criterio simple, que opone la causa inmediata a la causa remota, implicaría, en últimas, confundir la causalidad jurídica con la causalidad física y no tomar en cuenta hechos u omisiones que, si bien no son la última causa del daño sí contribuyeron a determinar su producción.*

*A objeto de diferenciar las causas físicas de las jurídicas, el profesor Soler, enseña:*

*"Así, no debe sorprendernos que la solución jurídica concreta de tal cuestión se detenga, a veces, en un punto determinado, situado más acá de donde iría el examen físico de una serie causal, y se desinterese de causas anteriores. Otras veces, en cambio, va más allá de la verdadera causación física y hace surgir responsabilidad de una relación causal hipotética, basada precisamente en la omisión de una causa." (Soler, citado por Ricardo Luis Lorenzetti, en la obra De la Responsabilidad Civil de los médicos, Rubinzal, Culzoni, editores, 1.986, pag. 257.)*

*b. Tampoco puede considerarse que todos los antecedentes del daño son jurídicamente causas del mismo, como se propone en la teoría de la equivalencia de condiciones, o de la causalidad ocasional expuesta por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de septiembre de 1.935, según la cual "en estos casos si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido", a la cual se refiere también un salvamento de voto del Dr. Antonio J. de Irisarri del 8 de octubre de 1986 (exp. 4587), en el cual se expresa que "con fines simplemente analíticos, para verificar esa relación de causa a efecto, puede examinarse qué ocurriría o habría ocurrido, si el suceso - causa no se hubiera dado. Si la respuesta es en el sentido de que el efecto no habría sucedido, ha de admitirse que aquél sí constituye causa de éste, porque justamente para que el efecto se dé en la realidad, tiene que ocurrir aquél. En la hipótesis contraria no existiría esa relación de causalidad."*

*Tal posición llevaría a que en el clásico ejemplo citado por José Melich, el sastre que retrasa por negligencia la entrega de un abrigo de viaje, tendría que responder por el accidente ferroviario que sufrió su cliente que debió por tal motivo aplazar su viaje. Como lo señala el doctor Javier Tamayo Jaramillo, "deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría absurdamente, buscar responsables hasta el infinito."*

*Lorenzetti puntualiza aquí:*

*"No basta, según esta idea, la mera supresión mental hipotética, esto es borrar mentalmente la causa para ver si el resultado se produce o no sin ella. Es necesario emitir un juicio acerca de la regularidad con que se producen los fenómenos (constancia posible) lo que nos proporciona la noción de "causa adecuada". (ob. citada p. 261).*

*c. Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquellas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones." (...)*

Ahora bien, el criterio jurídico de la imputación es sin lugar a dudas indispensable para la

determinación de la responsabilidad, dado que no basta con establecer la relación fáctica entre el daño y la acción u omisión del demandado, sino que además es necesario identificar el régimen jurídico aplicable.

## **2.5. DEL CASO EN CONCRETO**

### **2.5.1. Hechos relevantes probados**

De acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, se encuentran demostrados los siguientes hechos relevantes:

- Constancia de creación técnica de un porta celulares ante la Notaría Tercera del Circuito de Villavicencio (Fol. 9)
- **Manuscrito que indica que se hacen abonos por concepto de un préstamo**
- Contrato de compraventa de vehículo automotor. (Fol. 8)
- Copia del proceso penal con radicado CUI 110016000019201007282 NI. 128164 (Fol. 171-213) adelantado en el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento del cual se resalta lo siguiente:
  - Informe técnico médico legal sexológico practicado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses con radicación interna: 2010C-01010113426 realizado a la menor Nicol Ximena Orozco Hernández.
  - Informe pericial de entrevista psicológica a la menor Nicol Ximena Orozco Hernández el 30 de julio de 2010.
  - Acta de audiencia de solicitud de orden de captura en contra del señor Jorge Arturo Hernández Sarmiento del día 1 de agosto de 2010.
  - Acta de audiencia preliminar ante el Juzgado 42 Penal Municipal con Función de Control de Garantías.
  - Del 04 de agosto de 2010, donde se le imputa al señor Jorge Arturo Hernández Sarmiento los delitos de actos sexuales con menor de 14 años agravado y se impone medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión.
  - Boleta de detención No. 072 del 04 de agosto de 2010.
  - El 06 de octubre de 2010 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación en contra de Jorge Arturo Hernández Sarmiento.
  - Acta de audiencia preparatoria donde se realizó la solicitud de las pruebas de las partes.
  - Acta de Audiencia de Juicio Oral del 24 de agosto de 2011, en donde se cerró la etapa probatoria, se corrió traslado para alegar a las partes y se profirió el sentido del fallo de carácter absolutorio, por lo que se ordenó la libertad inmediata del señor Jorge Arturo Hernández Sarmiento.
  - Boleta de libertad No. 0576 del 24 de agosto de 2011.

- Sentencia del 19 de enero de 2012, mediante la cual se absuelve al señor Jorge Arturo Hernández Sarmiento de los delitos de actos sexuales con menor de catorce años agravado y pornografía con personas menores de 18 años.
- Acta de individualización de la penal donde se deja constancia de la firmeza de la sentencia proferida el 19 de enero de 2012.

### **2.5.2. Del daño y su acreditación**

Recuérdese que el daño es entendido como la lesión, menoscabo, aminoración o detrimento que sufre una persona y que genera una consecuencia negativa de índole material o inmaterial. En cuanto a los elementos del daño, el Consejo de Estado<sup>10</sup> ha indicado que esté existe en la medida que cumpla varias características, una de ellas es que sea cierto; es decir, que no sea hipotético o eventual; así mismo, debe ser personal, en atención a que quien lo haya sufrido sea quien manifieste interés en su reparación; y subsistente, en razón a que no haya sido reparado.

Con las pruebas allegadas al expediente, se tiene que efectivamente al señor Jorge Arturo Hernández Sarmiento se le impuso medida de aseguramiento el 04 de agosto de 2010 consistente en detención preventiva por el delito de acto sexual en menor de 14 años. (fls. 209-210) y que estuvo privado de la libertad hasta el 24 de agosto de 2011 cuando se le expidió la boleta de libertad al proferirse sentido del fallo absolutorio. Por lo anterior, se tiene por acreditada la existencia del daño por cuanto se tiene certeza que el demandante estuvo cobijado con medida de aseguramiento en centro carcelario durante el tiempo previamente referenciado.

Pero si bien se indicó lo anterior, el hecho de aparecer demostrado el daño, ello per sé no es suficiente para declarar la responsabilidad de la entidad demandada, pues hace falta verificar si su actuación de las entidades demandadas tiene nexo de causalidad con el daño reclamado.

### **2.5.3. De la imputación del daño en el caso concreto**

La imputación del daño se predica cuando se encuentra demostrado el nexo de causalidad entre el actuar de la entidad demandada, bien sea por acción u omisión, y el daño sufrido por la víctima, y que en palabras del profesor Juan Carlos Henao es *"la atribución jurídica de un daño a una o a varias personas que en principio tienen la obligación de responder"*.

La imputación fáctica se construye desde la perspectiva de la identificación de la causa adecuada<sup>11</sup> del daño, la cual permite establecer cuál fue la acción u omisión que concretó el daño por parte de la entidad demandada; o si por el contrario, dicha concreción le es atribuible a la víctima, a un tercero o al azar. En tanto que la imputación jurídica tiene relación con la identificación del régimen jurídico aplicable; esto es, si el daño se concretó por una falla del servicio, por la concreción de un riesgo o de una actuación lícita del Estado que generó el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas.

Ahora, en materia de responsabilidad del Estado por la actuación o funcionamiento de sus órganos jurisdiccionales, la Ley 270 de 1996, en el artículo 65 dispuso que el Estado es patrimonialmente responsable en los siguientes eventos: i) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia; ii) error jurisdiccional y iii) privación injusta de la libertad.

Y en cuanto a la responsabilidad por los daños antijurídicos derivados de la privación injusta

<sup>10</sup> Entre otras: Sentencia 14 de marzo del 2012. Rad. 21859 C.P. Enrique Gil Botero. Sentencia 1 de julio del 2015. Rad. 30385 C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de del 11 de septiembre de 1997; Sentencia Sección Tercera del 8 de marzo del 2007. Expediente 27434. CP. Mauricio Fajardo.

de la libertad de las personas, el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, consagró que "*Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios*".

Respecto de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado en sentencia reciente<sup>12</sup> ha señalado que:

*Con relación al modelo de responsabilidad aplicable a los casos de privación injusta de la libertad, la Constitución de 1991 no privilegió ningún título de imputación en particular, por lo que en aplicación del principio iura novit curia, dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, el régimen aplicable y la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que se habrá de adoptar. Como corolario de lo anterior, los títulos de imputación aplicables por el juez deben guardar sintonía con la realidad probatoria que se presenta en el caso concreto, de manera que la solución que se ofrezca atienda realmente los principios constitucionales que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado, así como a los fines y deberes de éste.*

*Bajo la óptica de la cláusula general de responsabilidad contenida en la Constitución, no existe fundamento para favorecer un régimen de tinte marcadamente objetivo como el previsto en la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013 (Rad.23354), con la cual fundamentalmente se buscaba proteger el derecho ambulatorio de las personas y restablecer el desvalor patrimonial sufrido por quien fue objeto de la medida de restricción de la libertad cuando el sindicado recobraba el pleno goce de su derecho al resultar sobreseído o absuelto por alguno de los supuestos desarrollados por la jurisprudencia, para los cuales se reservaba la asignación objetiva de responsabilidad al Estado cuando: (i) el detenido no cometió el delito, (ii) el hecho no existió, (iii) la conducta por la cual fue detenido no es típica o, (iv) por aplicación del principio in dubio pro reo; eventos en cuya ocurrencia la antijuridicidad del daño se consideraba de antemano presente y por tanto el análisis de la responsabilidad se simplificaba y con ello el de los elementos estructurales de la responsabilidad, debiendo probarse únicamente la ocurrencia del daño mismo, es decir, de la privación material de la libertad, dejando de lado verificar si con la medida se contradice el ordenamiento jurídico o si esta se produjo al margen del derecho, régimen bajo el cual la única manera para el Estado de librarse de una condena era lograr probar alguna causal de justificación y, en particular, la culpa o hecho de la propia víctima, rompiendo la imputación de la responsabilidad y desestimando el deber de responder para la Administración. Es en ese aspecto que se ha encontrado necesario reconducir esta fuente de responsabilidad buscando mayor cercanía y armonía con la teleología del artículo 90 Constitucional y por ello el análisis debe partir no solo de la verificación de la existencia del daño bajo su condición de elemento estructural, sino también de su antijuridicidad como condición sine qua non de la lesión indemnizable, que de suyo implica consultar el apego al ordenamiento jurídico de la orden de detención o privación, así como de la conducta de quien padece el daño en carne propia, para luego acreditar, si ello llega a hacerse necesario, los demás elementos de la responsabilidad, sin que de antemano, en tal juicio, deba privilegiarse alguno de los títulos de atribución en particular, que lo escogerá el juez en cada caso dependiendo de las particularidades del proceso en concreto.*

*En otras palabras, **en cuanto al necesario examen de la antijuridicidad del daño que se discute en el juicio de responsabilidad por una privación injusta de la libertad, se exige constatar si la orden de detención y las condiciones bajo las cuales esta se llevó a cabo se apegaron a los cánones legales y constitucionales o no, e igualmente si el término de duración de la medida de restricción fue excesivo, así como si la medida era necesaria, razonable y proporcional, de donde, si la detención se realizó de conformidad con el ordenamiento jurídico, se entenderá que el daño carece de antijuridicidad y por lo tanto quien lo sufrió no tendrá derecho a que se le indemnicen los perjuicios por su padecimiento.** Así, cuando el operador jurídico o el ente acusador levanta la medida restrictiva de la libertad que pesaba sobre una persona, independientemente de la causa de dicha decisión, debe realizarse el análisis pertinente bajo la óptica del artículo 90 Superior, con el fin de identificar la antijuridicidad del daño que se discute.*

*En el anterior sentido, el primer examen debe hacerse sobre la medida cautelar misma, pues su apego a la normatividad implica la juridicidad de la afectación, que tiene un efecto definitorio de la solución jurídica que se otorgue a la demanda en la medida en que en el régimen colombiano de responsabilidad del Estado, este responde únicamente por los daños antijurídicos que cause en desarrollo del principio alterum non laedere pero no de aquellos que hallan amparo en el ordenamiento. Deberá establecerse si el detenido causalmente contribuyó y determinó con su actuar doloso o gravemente culposo la detención, para estimar si debe asumir las consecuencias de su actuación que pudo sentar las bases para que se adoptara la medida restrictiva de su libertad.*

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 29 de noviembre de 2019. Radicación número: 76001-23-31-000-2005-05112-01(49192) CP: Nicolás Yepes Corrales.

*Esta concepción de la fuente de responsabilidad en comento, si bien encuentra amplia aplicación y desarrollo en la falla del servicio, que exige el estudio de la adecuada actuación del Estado a la hora de dictar la orden de detención contra una persona y por tanto el apego de dicha medida al ordenamiento jurídico, no excluye la posibilidad de estudiar la responsabilidad derivada de la restricción a la libertad de las personas bajo alguno de los otros títulos de atribución como ocurre con el daño especial, en eventos en los cuales el sindicado sufre injustificada e inmerecidamente los rigores de la medida adoptada en debida forma por el órgano competente, pero, en tales casos, ello resulta de aplicación residual frente a la falla del servicio y puede presentarse en situaciones en las cuales el mismo reo no dio pie a la adopción de la medida dictada en su contra, donde la actuación del Estado se ajustó al ordenamiento jurídico, pero se causó un desequilibrio de las cargas públicas respecto del administrado.*

Así, entonces, para efectos de establecer si hubo privación injusta de la libertad en el caso concreto, es pertinente examinar (i) si la orden de detención y las condiciones bajo las cuales esta se llevó a cabo estuvo ajustada a los cánones legales, (ii) si la medida era necesaria, razonable y proporcional, y (iii) si el término de duración de la medida de restricción fue excesivo. Todo ello analizado bajo la óptica del artículo 90 constitucional.

Para resolver sobre la procedencia y necesidad de la imposición de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro carcelario en contra del señor Jorge Arturo Hernández Sarmiento, el Despacho precisa que si bien se aportó copia del proceso penal con radicado CUI 110016000019201007282 NI. 128164, dentro de las piezas procesales no obran los medios magnéticos para acceder al contenido de las audiencias y solo obran las actas de audiencia, donde se evidencian las decisiones adoptadas de fondo en cada etapa procesal.

Sin embargo, según el proceso penal obrante en el expediente, se observa que la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva estuvo ajustada a la legalidad, dado que estuvo precedida de la solicitud de la orden de captura solicitada por el Fiscal 213 Local ante el Juez 26 de Control de Garantías quien, ante la narración de los hechos expuestos por el Fiscal y el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 297 del C.P.P., ordenó la expedición de la orden de captura en contra de Jorge Arturo Hernández Sarmiento por la presunta comisión del delito de acto sexual abusivo con menor de catorce años. Y efectivamente, el mencionado señor fue capturado y se legalizó su captura el 4 de agosto de 2010 ante el Juzgado 42 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y se le impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión. En dicha audiencia, el hoy demandante estuvo asistido por su apoderado judicial, quien ante la decisión adoptada no presentó recurso alguno (fl 209 vto).

Al respecto, al momento de la imputación de cargos y de imposición de la medida de aseguramiento el Juez de Control de Garantías contaba con dos elementos de prueba, que fueron los que motivaron a la Fiscalía a solicitar la medida de aseguramiento, y a su vez al funcionario judicial a imponerla, que son el Informe Técnico Médico Legal sexológico practicado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y el Informe pericial de entrevista psicológica ambos realizados a la menor Nicol Ximena Orozco Hernández.

En el Informe técnico médico legal sexológico se pone de presente que se llegó a la siguiente: "**CONCLUSIÓN: 1. Nicol hace un relato compatible con abuso sexual**" (Fol. 187). Por su parte, el informe pericial de entrevista psicológica refiere que "*la niña relata lo que le pasó con la persona que conoce como Jorge (abuelo materno) de unos tocamientos en su cuerpo que le generaron inseguridad, además manifestó haber sido expuesta a películas pornográficas.*" (Fol. 190). Según lo anterior, y de acuerdo con el artículo 199, num. 1 de la Ley 1098 de 2006, Ley de Infancia y Adolescencia, la medida era procedente, toda vez que dicha norma prescribe que cuando se trata de delitos sexuales contra menores, la detención preventiva en estos casos siempre será en establecimiento carcelario. En ese sentido las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales estuvieron ajustadas a las normas legales en atención al interés superior de la menor, por lo cual no merece reparo alguno.

De igual forma, se observa que la medida de detención preventiva para el caso concreto era necesaria, razonable y proporcional, no solo por la gravedad del delito, de cuya comisión había serios indicios, sino también por la prevalencia de los derechos de la menor que prevalecen sobre de los demás. Ello sin que con tal medida ipso facto se estuviera prejuzgando o condenando al detenido, pues su presunción de inocencia debía ser desvirtuada en juicio, ante lo cual bien podía, como de hecho lo hizo, ejercer su derecho de defensa material y técnica dentro del proceso penal que se le adelantaba.

Bien lo ha dicho la jurisprudencia penal, constitucional y de lo contencioso administrativo que la medida de aseguramiento no tiene fines condenatorios, sino unos muy concretos y particulares, como son: evitar la obstrucción de la justicia; asegurar la comparecencia del imputado al juicio (riesgo de fuga) y la protección de la comunidad y de las víctimas<sup>13</sup>. Por tanto, al imponer la medida de aseguramiento al señor Hernández Sarmiento se obró conforme lo disponen los cánones constitucionales y legales, sin que por ello se estuviera desvirtuando su presunción de inocencia.

Ahora, que el señor Hernández Sarmiento haya sido absuelto en aplicación del principio de in dubio pro reo, tal decisión obedeció a que en el juicio no se pudo demostrar con las pruebas recaudadas en grado de certeza que el procesado haya cometido la conducta endilgada, y la norma penal señala que, ante la duda, se debe favorecer al procesado. Pero, como lo dice la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la detención preventiva sufrida por un procesado absuelto, no implica por sí mismo un daño antijurídico, básica y fundamentalmente, porque la exigencia probatoria para decretar una medida de aseguramiento es mucho menor a aquella relacionada con proferir una sentencia condenatoria; mientras que la primera comporta solamente a que obren indicios graves de la existencia de responsabilidad penal, la otra está ligada a obtener su certeza más allá de toda duda razonable.

Así, entonces, la medida restrictiva de la libertad sufrida por el señor Jorge Arturo Hernández Sarmiento fue de naturaleza temporal o provisional, con estricta sujeción al principio de legalidad, pues fue proferida con el cumplimiento de los requisitos convencionales, constitucionales y legales que eran exigibles. Además, la detención buscaba preservar los derechos superiores de la menor afectada, asegurar que el aquí demandante compareciera ante las autoridades competentes, cumpliendo así con el mandato legal encomendado a las entidades demandadas. Todo esto demuestra que la medida impuesta fue idónea, ya que las pruebas y/o indicios con que contaba el ente acusador eran suficientes para hacerlo, situación que fue avalada por el juez de control de garantías. Y adicionalmente, pese a que la restricción de la libertad en sí misma es gravosa, el tiempo que el demandante duró privado de la libertad fue por un plazo prudencial para establecer los hechos y juzgar la conducta investigada, lo que evidencia que no existió violación a la garantía convencional y constitucional al plazo razonable, según las garantías judiciales previstas en el artículo 8.1 CADH y el debido proceso judicial (artículo 29 Constitución Política).

En consideración a lo anterior, la medida de aseguramiento impuesta al accionante, desde el ámbito del artículo 90 constitucional se tornó en jurídica, en tanto le correspondía funcionalmente a la Fiscalía adelantar las investigaciones necesarias y a los funcionarios judiciales adoptar las decisiones necesarias para preservar los derechos de la menor, víctima del presunto abuso sexual. Y por lo mismo, dicho daño no puede ser atribuible a las entidades demandadas, en la medida en que actuaron con sujeción estricta a las normas legales que regían el proceso penal adelantado. En consecuencia, se liberará de responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial y se denegarán las pretensiones de la demanda.

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 70001233300020140018601, 03/10/19.

### 3. COSTAS

En cuanto a la condena en costas, en aplicación del criterio objetivo señalado por el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 365 del Código General del Proceso y como quiera que la sentencia es desfavorable a las pretensiones de la demanda, se condenará en costas a la parte demandante.

Dado que en la sentencia debe fijarse el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, el Despacho teniendo en cuenta lo normado para la materia en el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (artículos 2, 3 y 5) condenará al pago de agencias en derecho por el valor que resulte de aplicar el tres por ciento (3%) al valor de los perjuicios solicitados.

Finalmente, se observa que fue allegado mediante correo electrónico memorial por parte de la Rama Judicial donde se indica que le confirió poder al abogado Fredy de Jesús Gómez Puche para que la represente dentro del proceso de la referencia. En la medida en que cumple con los requisitos legales (art. 74 CGP) se le reconocerá personería jurídica al mencionado abogado, y se tendrá por revocado el poder al abogado Jesús Gerardo Daza Timaná.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Treinta y Cinco (35) del Circuito Judicial de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: DENEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte demandante y a favor de la parte Demandada. Líquidense las agencias en derecho en el equivalente al tres por ciento (3%) de los perjuicios solicitados en la demanda.

**TERCERO:** Por Secretaría del Juzgado, procédase a la notificación de la sentencia en la forma dispuesta en el artículo 203 de la ley 1437 de 2011.

**CUARTO:** De no ser apelada la presente providencia y ejecutoriada la misma, por Secretaría procédase a expedir copia auténtica del fallo en mención una vez cancelada la suma pertinente para dicho trámite y realícese el archivo del expediente, haciéndose las anotaciones del caso.

**QUINTO:** En firme esta sentencia, líquidense los gastos por la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá y en caso de existir remanentes entréguese a la parte interesada.

**SEXTO: RECONOCER** personería al abogado Fredy de Jesús Gómez Puche como apoderado de la Rama Judicial, en los términos del poder allegado y que obra en el expediente digital con el número 02. **Téngase** por revocado el poder al abogado Jesús Gerardo Daza Timaná, por lo expuesto.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JOSÉ IGNACIO MANRIQUE NIÑO**  
**JUEZ**

**Firmado Por:**

**JOSE IGNACIO MANRIQUE NIÑO  
JUEZ  
JUEZ - JUZGADO 035 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE  
BOGOTA D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**efbc2cf5cbce8c49dd933dd0eb87a6284705450a3e0b4ae5b9ee31b6c12a779c**

Documento generado en 01/12/2020 04:05:54 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**