|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420180012400** |
| DEMANDANTE | **JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA, ANGELA MARCELA BARGAR RIVERA, PAOLA ANDREA VARGAS RIVERA, MARIA ANGELICA VARGAS MORA, MARLENE GARCIA** |
| DEMANDADO | **RAMA JUDICIAL - FISCALIA GENERAL DE LA NACION** |
| MEDIO DE CONTROL | **REPARACIÓN DIRECTA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso de REPARACIÓN DIRECTA iniciado porJOSE DE JESUS VARGAS GALICIA, ANGELA MARCELA BARGAR RIVERA, PAOLA ANDREA VARGAS RIVERA, MARIA ANGELICA VARGAS MORA, MARLENE GARCIA contra la RAMA JUDICIAL - FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

* 1. **ANTECEDENTES:**
  2. **La DEMANDA**
     1. **PRETENSIONES**
        1. *Que se declare responsable administrativa y patrimonialmente a La Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, por la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor JOSÉ DE JESÚS VARGAS GALICIA, desde el* ***2° de enero de 2015 hasta el 14 de abril de 2016****, dentro del proceso penal que se adelantó por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, que terminó con sentencia absolutoria en el Juzgado 8º Penal del Circuito con función de conocimiento de BOGOTÁ, bajo el radicado 110016000013-2015-00026 (número interno 228.655), con fecha 13 de abril de 2016, quedando en firme la sentencia absolutoria de primera instancia, el* ***21 de abril de 2018****.*
        2. *Que, en consecuencia, se condene a la demandada La Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, a pagar solidariamente a favor de los demandantes los perjuicios materiales y morales, conforme a la estimación razonada de la cuantía así:*

*Por* ***perjuicios materiales*** *a* ***JOSE DE JESÚS VARGAS GALICIA****,**la suma de nueve millones cuarenta y siete mil sesenta y tres pesos m.cte ($9.047.063).*

*Por concepto de* ***perjuicios inmateriales o morales SUBJETIVOS****, a favor de* ***JOSE DE JESÚS VARGAS GALICIA*** *y su núcleo familiar,**los siguientes rubros:*

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| *Ord* | ***Nombre*** | ***Parentesco*** | ***Nivel*** | ***Salarios*** |
| *1* | *JOSÉ DE JESÚS VARGAS GALICIA* | *Víctima* | *Primer (100%)* | *90* |
| *2* | *PAOLA ANDREA VARGAS RIVERA* | *Hija* | *Primer (100%)* | *90* |
| *3* | *ÁNGELA MARCELA VARGAS RIVERA* | *Hija* | *Primer (100%)* | *90* |
| *4* | *MARÍA ANGÉLICA VARGAS MORA* | *Hija* | *Primer (100%)* | *90* |
| *5* | *MARLEN GARCIA* | *Hermana* | *Segundo (50%)* | *45* |
| ***TOTAL PERJUICIOS*** | |  |  | *405* |

*Son: cuatrocientos cinco (405) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que a la fecha de esta convocatoria, vigente para el 2018 ($781.242), serían equivalentes a trescientos dieciséis millones cuatrocientos tres mil quinientos diez pesos m.cte ($316.403.010)*

* + - 1. *Que se condene a las demandadas a pagar los gastos del presente proceso, así como las sumas que por costas deban erogar mis representados judiciales para hacer efectiva la protección de sus derechos.*
      2. *Que se condene a las demandadas a pagar las agencias en derecho, sumas que se liquidarán de acuerdo a las tarifas de honorarios aplicables para estas actuaciones por los colegios de abogados y de conformidad con la normatividad legal vigente.*
      3. *Las sumas a que resulte condenada la Nación Colombiana –Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial- serán actualizadas de conformidad con lo previsto en el CPACA y se reconocerán los intereses legales liquidados conforme a la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta cuando se dé cumplimiento de la sentencia, es decir, al pago efectivo de esta suma por parte de las autoridades responsables.*

*Igual tratamiento se dará a las sumas acordadas en acuerdo conciliatorio, desde la ocurrencia de los hechos hasta el cumplimiento del mismo.*

* + 1. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:
       1. El 1° de enero de 2015 fue capturado presuntamente en flagrancia el celador JOSÉ DE JESÚS VARGAS GALICIA, cuando se encontraba prestando servicio de vigilancia en el Conjunto Residencial TORRES DE SAN JAVIER ubicado en la carrera 7ª N° 1-A-66 sur, dado que la señora LORENA ANDREA VARGAS DÍAZ denunció que envió a su hija LCAV de 8 años de edad (para entonces) a la tienda con el propósito de recoger unos víveres que había olvidado, momento en el que el guarda de seguridad del conjunto habitacional, le dio dos besos en la boca, luego de invitarle a unos chicles y una gaseosa, comestibles que le menor se negó a recibir
       2. El 2 de enero de 2015 ante el Juzgado 65 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá la Fiscalía **legalizó la captura** de JOSÉ DE JESÚS VARGAS GALICIA, la Fiscalía le imputó cargos por el delito de acto sexual con menor de 14 años agravado (Arts. 209; 211 numeral 8 adicionado Ley 1257 de 2008, art. 30 de la Ley 599 de 2000) , el que no fue aceptado, y finalmente se decretó la medida de aseguramiento pedida por la Fiscalía, consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión, en los términos del Art. 307 literal A numeral 1 de la Ley 906 de 2004, por considerar que se reunían los presupuestos que exigen el Art. 308 numeral 2 Art. 310 numeral 7; y 313-2 y el Art. 199 del código de la infancia y la adolescencia. Se asignó el CUI 110016000015-2015-00026, número interno 228.655**.**
       3. Luego de presentado el escrito de acusación, por reparto le correspondió al Juzgado 8° Penal del Circuito con Función de Conocimiento conocer de la actuación, de manera que la **audiencia de formulación de acusación** por el delito de homicidio, se llevó a cabo el 12 de marzo de 2015.
       4. El 27 de abril de 2015 se realizó la audiencia preparatoria, y habiéndose iniciado el juicio oral, culminó el **13 de abril de 2016 con sentido de fallo absolutorio**, por considerar al acusado **JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA** **INOCENTE** del cargo de actos sexuales por el que fue acusado por la Fiscalía, disponiendo en consecuencia su libertad inmediata.
       5. La sentencia absolutoria tiene fecha del **13 de abril de 2016**, en la que claramente se destaca que la absolución no obedeció al fenómeno de la duda probatoria, sino a la **ATIPICIDAD de la conducta**, pues así concluyó la señora Juez:

*“****Colofón de lo anterior, evidente es la atipicidad del comportamiento por el que fue llamado a juicio JOSÉ DE JESUS VARGAS GALICIA, por ende, no queda alternativa diferente que absolverlo, del delito de actos sexuales con menor de 14 años****”[[1]](#footnote-1).*

Debe clarificarse respecto a la conducta que se le imputó al celador JOSÉ DE JESÚS VARGAS GALICIA aunque cierta, como así lo dice la sentencia absolutoria, esto es, la imputación que se hizo en su contra de darle dos besos a la menor de 8 años, no se acreditó que esa actitud fuera encaminada a la satisfacción de las apetencias sexuales, “*dado que no estuvieron acompañados de caricias o tocamiento de ese corte*” ni hubo intercambio lingual o salivar como lo aclaró la menor, luego entonces no hubo vulneración del bien jurídico tutelado por el tipo penal por el que fue acusado: actos sexuales abusivos.

Remitámonos al texto literal de algunas consideraciones de interés:

*“No obstante, se repite, no se logró probar la connotación sexual de lo que sobre la boca de la niña hizo el acusado, al punto que la Investigadora de la Fiscalía –Eliana Velásquez Vargas- quien amplió la entrevista, señaló que no pudo establecer si los besos tenían contenido apasionado, porque dada la edad de la niña, no le era posible definir ese concepto.*

*….*

*Abundando en consideraciones, el temor que le generaron los picos proporcionados por quien ejercía la vigilancia del conjunto residencial donde habitaba, no es suficiente para comentar que lo acontecido a la postre le ocasionó alteraciones sustantivas en su formación sexual con repercusiones en su vida sexual futura, o por lo menos quedan dudas sobre el particular, pues de un lado, no se le efectuó valoración, de otro, no se le sometió a tratamiento alguno y finalmente, la progenitora señaló que: “*su hija es muy espontánea, iba y saludaba a los vigilantes y después salía*”*

*…*

*En suma dicho relato, se predica en estricto sentido de personas capaces y el de actos sexuales en relación a niños o personas incapaces, siempre y cuando los actos impúdicos tengan connotación sexual, que no fue lo que surgió del material probatorio incorporado legal y regularmente al proceso*”

* + - 1. La sentencia absolutoria quedó ejecutoriada el **21 de abril de 2016**, cuando la señora Juez declaró desierto el recurso de apelación que interpuso la Fiscalía contra la sentencia absolutoria, por no haberlo sustentado.
      2. Como consecuencia de la judicialización, y tal como lo certificado el Director del Establecimiento Carcelario de Bogotá “La Modelo”, el señor VARGAS GALIVIA estuvo privado de la libertad desde el **2 de enero de 2015 hasta el 14 de abril de 2016,** es decir, un año, 3 meses y 12 días.
  1. **La CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**
     1. El apoderado de la demandada **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** manifestó lo siguiente:

***“****Manifiesto mi oposición a todas las pretensiones de la demanda, y de una vez solicito a su señoría, que sean desestimadas pues no están llamadas a prosperar, comoquiera que de la lectura de la demanda y de sus anexos, se evidencia que la parte demandante pretende el resarcimiento de daños que en su sentir le ocasionó la Fiscalía General de la Nación por la privación de la libertad de JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA, sin fundamentos que permitan estructurar responsabilidad patrimonial ni administrativa de mi representada, con base en los argumentos que expongo como EXCEPCIONES PREVIAS, DE MÉRITO y FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO* ***(…)”***

Propuso como **excepciones** las siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| **INEXISTENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO** | (…) En el presente caso, se afirma que la absolución de JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA, por el punible de ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, se dio producto del cumplimiento de la norma por parte de mi representada al retirar la acusación, apoyándose en el recaudo probatorio legalmente allegado al proceso del cual, no se pudo desvirtuar la presunción de inocencia del hoy demandante.  Por lo tanto, correspondía al Señor Juez con funciones de Conocimiento de Bogotá, con base en el análisis y la valoración de las pruebas practicadas en el proceso, proferir sentencia condenatoria, absolutoria y/o de Preclusión en favor del acusado, en aplicación del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, el cual prevé que 'Y el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena, así como del artículo 381 de la Ley 906 ibídem, que determina, que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado. (Subrayo)  **Sin embargo, enfatizo que la anterior circunstancia no toma per se en ilegales, arbitrarias o injustas las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación en fase instructiva. Debo resaltar que la vinculación al proceso se dio por denuncia que instaurara ANDREA VARGAS DIAZ - madre de la menor LCAV de 8 años de edad, por el punible de acto sexual abusivo con menor de 14 años, producto de los besos dados por el hoy demandante a su menor hija en la boca, cuando esta ultima el 07/01/2015 se dirigía a la tienda a recoger un mandado y fue abordada por 2 oportunidades por el hoy demandante, quien premedita mente le ofreció unos chicles y una gaseosa para que la menor accediera a lo por él pretendido.**  Téngase en cuenta, que tratándose de delitos sexuales con menores de 14 años, el numeral 8 del artículo 199 de la Lev 1098 de 2009 - Código de Infancia y Adolescencia, de manera expresa prohíbe otorgar al autor de delitos contra menores y adolescentes medidas no privativas de la libertad, precisamente, por la gravedad que reviste para la sociedad ese tipo de conductas. Por lo tanto, no tenía una opción diferente el Fiscal cuando solícita la imposición de la medida de aseguramiento.  En este orden, debe resaltarse que la actuación de la Fiscalía siempre estuvo orientada en el respecto del PRINCIPIO PRO INFANSE[[2]](#footnote-2) que impone la obligación de actuar en pro de la protección de los menores.  Por lo tanto, esa Corporación precisó que las autoridades demandadas tienen la obligación de valorar estos aspectos en los procesos de investigación y judicialización que adelantan por delitos sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes[[3]](#footnote-3)  El principio pro infans ha sido valorado por el Consejo de Estado en los casos de privación injusta de la libertad que tienen como fundamento investigaciones penales por delitos sexuales contra menores de edad y ha contribuido a proferir decisiones de absolución a favor del Estado[[4]](#footnote-4)  En concreto, esa Corporación Judicial consideró lo siguiente en dicha providencia: "Esos principios, aplicados al caso concreto, conducen a la Sala a concluir que debe preferirse la versión proveniente de la menor, debidamente mediada por el psiquiatra forense, sobre la que hace el sindicado, teniendo en cuenta que ellos dos son los únicos testigos presenciales del hecho"7.  Ahora bien, aun cuando el Consejo de Estado ha señalado reiteradamente que el modelo de responsabilidad aplicable es objetivo, se observa que en los procesos de privación de la libertad que involucran una investigación penal por violencia sexual sufrida por menores, para esa Corporación ha sido necesario estudiar la actuación desplegada por la Entidad y las pruebas técnicas que allegó al proceso penal para efectos de estructurar causales exonerativas de responsabilidad como la culpa exclusiva de la víctima[[5]](#footnote-5).  Así lo precisó esa Corporación Judicial en los siguientes términos: "Por volátil que fuera su imaginación, de las pruebas no se descuelga una circunstancia de mero azar que marcara la fijación del niño hacia XXXXX, antes que a cualquier otro adulto de su entorno. En definitiva, hay un nivel de prudencia que deben guardar los adultos para acercarse y relacionarse con los niños que, por lo que se deduce de las pruebas, XXXXX no observó y que, a instancias de la vista contenciosa, constituye un dolo civil que, ciertamente, redime la obligación de reparar".  Finalmente, y no menos importante, el Consejo de Estado ha venido implementando el concepto del dolo civil de la víctima-demandante como causa de exoneración de la responsabilidad administrativa en los asuntos de privación injusta de la libertad que tienen como fundamento investigaciones penales por delitos sexuales contra mujeres y niñas.  Por otro lado, de acuerdo con la sentencia de Casación Penal, N° 32.685 de 2011, con ponencia del Dr. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO, al referirse a los extremos de la figura de la congruencia y el evento en que esta se desestabiliza cuando se condena. Si bien el monopolio de la acción penal por mandato constitucional le corresponde al Estado por conducto de la Fiscalía General de la Nación, a través de sus funciones de investigación y acusación -Arts. 249 y ss. C.N-, subrayo y resalto *"...ello no implica que en la etapa de juzgamiento cuando el funcionario delegado del ente instructor asume la calidad de sujeto procesal deba mantener inmodificable su inicial posición de acusador, si en su opinión finalmente colige que el procesado no cometió la conducta punible que se le atribuye, o que el hecho que se le imputa no es constitutivo de delito, es decir, si estima que el presupuesto de certeza que la ley exige para proferir un fallo de condena no se halla satisfecho."*  En igual sentido, señaló que ***"...la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación 28.961 del 29 de julio de 2008, con ponencia del Dr. Sigifredo Espinosa Pérez, expuso que si la pretensión del Fiscal emanada en la formulación de acusación decae luego de practicadas las pruebas en juicio oral, no le queda más al juzgador que emitir un fallo de carácter absolutorio al presentarse una carencia jurídica de objeto***. (Subrayo y resalto)  Por lo tanto en el presente caso, la absolución se fundamentó en la falta del presupuesto de certeza que la ley exige para proferir un fallo de condena, reitero, la anterior circunstancia, no torna efe manera automática en ilegales las actuaciones de mi representada, tampoco apunta que las mismas fueron arbitrarias, caprichosas o injustas.  Por el contrario, si las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación se ajustaron al marco de la normatividad vigente al momento de la ocurrencia de los ellos, resultan infundadas las críticas de las actuaciones de mi representada, contenidas en la presente demanda, pues, es claro, que el daño antijurídico reclamado, entendido como aquel que el administrado no está en el deber de soportar, bajo el título de imputación privación injusta de la libertad, es inexistente, pues debe analizarse a la luz de la criterios contenidos de la Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996[[6]](#footnote-6)  En dicho sentido, el Honorable Consejero CARLOS ALBERTO ZAMBRANO HERRERA, al aclarar su Voto en la referida Sentencia proferida por el H. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá, D.C., el veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), dentro de la Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00082-01(47380), Actor: JOHN CARLOS PEÑA VISCAYA Y OTROS, Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, al respecto expresó[[7]](#footnote-7):  En el caso de estudio, NO se encuentra demostrado que hubo falencias en la actividad probatoria, TAMPOCO explica el demandante el concepto del incumplimiento o cumplimiento parcial del ordenamiento legal establecido, tampoco las normas aplicables para el caso concreto, o de lo que, en su criterio, debió ser un adecuado ejercicio de las funciones atribuidas a la Fiscalía General de la Nación en el proceso adelantado contra JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA; en suma, no se demuestra que la privación de su libertad, en razón DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO QUE LE FUE IMPUESTA POR EL JUEZ DE GARANTÍAS, NO FUE APROPIADA, NI RAZONADA, NI CONFORME A LOS PROCEDIMIENTOS LEGALES ESTABLECIDOS.  Téngase en cuenta, que tratándose de delitos sexuales con menores de 14 años, el numeral 8 del artículo 199 de la Lev 1098 de 2009 - Código de Infancia y Adolescencia, de manera expresa prohíbe otorgar al autor de delitos contra menores y adolescentes medidas no privativas de la libertad, precisamente, por la gravedad que reviste para la sociedad ese tipo de conductas. Por lo tanto, no tenía una opción diferente el Fiscal cuando solícita la imposición de la medida de aseguramiento.  En efecto, no está probado con la documental aportada por el actor con la demanda, que hubo falta o fallas del servicio de administración de justicia, por falencias en la actividad probatoria durante la investigación, TAMPOCO explica el demandante concepto de violación o trasgresión de las normas aplicables, o el incumplimiento de las obligaciones a cargo de mi representada.  Por otro aspecto, referente al concepto de imputación, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270/96- Capítulo VI del Título III), reguló lo relacionado con la responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales, por las acciones u omisiones que causen daños antijurídicos, a cuyo efecto determinó tres presupuestos:   * Error jurisdiccional (art. 67) * Privación injusta de la libertad (art. 68). * Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 69).   En el caso concreto, no se demuestra alguno de los anteriores presupuestos para atribuir responsabilidad administrativa en cabeza de mi representada, en primer término, referente al error jurisdiccional y la privación injusta de la libertad, porque en el sistema penal oral acusatorio que regula la Ley 906 de 2004, de manera general, la Fiscalía General de la Nación no tiene facultad jurisdiccional y, por tanto, reitero, carece de facultad dispositiva acerca de la libertad de las personas.  Así mismo, en torno al concepto daño antijurídico, en la Sentencia proferida el 12 de Noviembre de 2014 por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, dentro del Expediente con radicación 73001-23-31-000-2002-01099-01 (30.079), [[8]](#footnote-8)  Así las cosas, puede concluirse que en este caso no se configuran los elementos de un DAÑO ANTIJURÍDICO en lo respecta con la investigación adelantada por mi representada, pues el proceso penal es una carga pública gue se atribuye a todos los asociados como un deber jurídico de soportar. Esta situación se fundamente en las apreciaciones del H. Consejo de Estado en sentencias[[9]](#footnote-9)  Conforme a lo anterior, en el caso de estudio NO se demuestra que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación fueran contrarias a la Constitución o la Ley, caprichosas, arbitrarias o irrazonables en clave de los derechos e intereses constitucíonalmente reconocidos a JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA.  En cambio, atendidas las circunstancias procesales que rodearon los hechos y ante la naturaleza de los hechos punibles investigados, se debe apreciar que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación estuvieron siempre sustentadas en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, y en el caso, en la prevalencia de los derechos de una menor de edad.  Por lo tanto, en el presente caso, referente al daño reclamado, considero que NO hubo un rompimiento de las cargas públicas del Señor JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA más allá de los límites constitucional y legalmente permitidos. |
| AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL ENTRE LAS ACTUACIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y EL DAÑO ANTIJURÍDICO RECLAMADO EN LA DEMANDA | Conforme al artículo 308 de la Ley 906 de 2004, corresponde al Señor Juez de Control de Garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretar la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.  Según el artículo 287 ibídem, por su parte, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN cumple su función de formular la imputación táctica y, así mismo, de ser procedente, en los términos de este código, se resalta, puede solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.  Por lo tanto, referente al daño antijurídico reclamado en la presente demanda, faltan los requisitos de INMEDIATEZ Y EFICIENCIA de las actuaciones de mi representada porque, como arriba se expuso, la potestad de postular o solicitar la imposición de la medida se aseguramiento es limitada, pues no es una facultad exclusiva de la Fiscalía General de la Nación, tampoco es suficiente para determinar su imposición por el Juez de Control de Garantías, como autoridad judicial, quien siempre decide de manera autónoma e independiente, de acuerdo con las exigencias y fines legales arriba descritos.  Luego, es claro que en el proceso penal adelantado en contra de JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA, objeto del presente medio de control de reparación directa, correspondió al Señor Juez con funciones de Control de Garantías impartir legalidad a las actuaciones de mi representada y, adicionalmente, con base en los elementos materiales probatorios o evidencias físicas existentes, verificar y decidir, él mismo, el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales exigidos para imponer a los imputados medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.  Por lo tanto, las decisiones judiciales en referencia NO pueden objetivamente ser atribuidas a mi representada, pues, en el actual Sistema Penal Oral Acusatorio, de tipo adversarial, reitero que la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN ES SOLO UNA PARTE EN EL PROCESO y, conforme al artículo 250 de la Constitución Política, cumple su funciones concentradas de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan características de delito, que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre que medien motivos y circunstancias tácticas que indiquen la posible existencia del mismo.  No puede, en cambio, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad, regulado dentro del marco de la política criminal del Estado.  El Señor Juez con funciones de Control de Garantías, por su parte, decide al momento de impartir legalidad a las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación, para lo cual se apoya en reglas jurídicas que deben establecer no sólo la legalidad, sino además la proporcionalidad, la razonabilidad, y la necesidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales de las personas.  En el caso descrito en la presente demanda, correspondió entonces al JUEZ CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS examinar si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales de JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, eran o no LEGALES; por otro aspecto, si eran o no PROPORCIONALES o adecuadas para contribuir a la obtención fines constitucíonalmente legítimos, si eran o no NECESARIAS para alcanzar los fines propuestos y, finalmente, si el objetivo perseguido con la intervención compensaba los sacrificios que la medida comporta para el procesado y la sociedad, en especial, las víctimas del delito investigado.  Luego, de acuerdo con la ley sustancial (Ley 906 de 2004) NO ES LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACION A ENTIDAD LLAMADA A RESPONDER EVENTUALMENTE CON SU PATRIMONIO, POR LA DETENCIÓN INJUSTA, CUYA INDEMNIZACIÓN RECLAMA EL ACTOR EN LA PRESENTE DEMANDA.  Valga señalar las características del procedimiento penal acusatorio, las cuales han sido reiteradas en la Sentencia C-144 proferida el 3 de marzo de 2010, así[[10]](#footnote-10):  Según se aprecia, dentro del procedimiento penal oral acusatorio, de tipo adversarial, el rol de la Fiscalía General de la Nación es limitado y sus funciones son sustancialmente distintas a las señaladas en la Ley 600 de 2000.  Así, bajo el esquema de la ley 906 de 2004, como lo he venido señalando a lo largo del presente escrito, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos que tengan las características de una violación de la ley penal, puestos en su conocimiento y, en tal virtud, no puede suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, excepto en los casos previstos en la ley para el principio de oportunidad.  Igualmente, con motivos fundados en los elementos materiales probatorios existentes o evidencia física, debe solicitar al Señor Juez con funciones de control de garantías la adopción de las medidas necesarias para asegurar la comparecencia del imputado al proceso penal, la conservación de las pruebas y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.  Sin embargo, reitero, su facultad de postulación NO ES VINCULANTE para el Juez, quien decide siempre, de manera neutral, autónoma e independiente.  Por lo tanto, es el Juez de Control de Garantías, la autoridad judicial de quien se debe pregonar la reserva judicial para restringir el fundamental derecho.  Por lo tanto, NO se establece el NEXO CAUSAL de las actuaciones de mi representada, con el daño antijurídico reclamado en la demanda.  Sobre la relación causal entre las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación y la medida privativa de la libertad de las personas, cabe resaltar que el H. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, Sala de Decisión No. 12 de Descongestión, en fallo del 15 de mayo de 2015, Acción: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA, Radicación N0150012331003-2012-00164-00, Actor: Rosa Helena Monroy de Mayorga y Otros, Demandado: Nación - Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación, expresó:[[11]](#footnote-11)  La anterior posición, como arriba se expresó, ha sido acogida por el H. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá, D.C, el veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), dentro de la Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00082-01(47380), Actor: JOHN CARLOS PEÑA VISCAYA Y OTROS, Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. |
| FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA MATERIAL POR PASIVA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN | Con base en la Sentencia del H. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá, D.C, el veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), dentro de la Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00082-01 (47380), Actor: JOHN CARLOS PEÑA VISCAYA Y OTROS, Demandado: NACIÓN -RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, cuyos apartes fueron arriba transcritos, referente a la presente demanda se debe reconocer que la Fiscalía General de la Nación no es la llamada a responder por los perjuicios reclamados por los demandantes, dado que estos, por las razones expuestas, no le son imputables.  Sobre este particular, en la exposición de motivos de la Ley 906 de 2004, por la cual se expidió en nuevo Código de Procedimiento Penal, se señaló al respecto:[[12]](#footnote-12)  La H. Corte Constitucional, sobre el anterior aspecto, en la Sentencia C-1092 de 2003, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis, expresó:[[13]](#footnote-13) El H. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA, en la sentencia proferida el seis (6) de febrero de 2013 Magistrado Ponente Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado, Referencia: Reparación Directa; Radicación: 19001230000120100008200; Demandante: Marcia Milagros Valencia Landa y Otros; Demandado: Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación, sobre la legitimación en la causa por pasiva, al respecto expresó:[[14]](#footnote-14)  Los anteriores planteamientos fueron acogidos por el H. CONSEJO DE ESTADO en la Sentencia del 24 de junio de 2015, radicado 2008-256, Expediente 38.524, M.P. Doctor Hernán Andrade Rincón, al señalar:[[15]](#footnote-15)  Del anterior texto se extrae que, actualmente, bajo el esquema del procedimiento penal oral acusatorio contemplado en la Ley 906 de 2004, A LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN NO LE INCUMBE DECIDIR SOBRE LA IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO, PUES, SÓLO LE CORRESPONDE SU POSTULACIÓN ANTE AL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS, INDICANDO LA PERSONA, EL DELITO, LOS ELEMENTOS DE CONOCIMIENTO NECESARIOS PARA SUSTENTAR LA MEDIDA Y SU URGENCIA, LOS CUALES SE EVALÚAN EN AUDIENCIA, PERMITIENDO A LA DEFENSA EJERCER EL CONTRADICTORIO.  Cumple pues la FISCALIA GENERAL DE LA NACION su obligación constitucional y legal de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias tácticas que indiquen la posible existencia del mismo.  En seguimiento de lo anterior, igualmente cumple sus funciones de solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías, las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.  Por lo tanto, es el Señor Juez de Control de Garantías quien debe valorar, analizar y decidir las medidas en el curso del proceso, incluida aquella que dispone la privación de la libertad de las personas, labor esta que efectúa de manera autónoma, imparcial e independiente. |
| **EXISTENCIA DE VARIOS PRONUNCIAMIENTOS DEL CONSEJO DE ESTADO QUE REFIEREN A QUE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN NO ES LA LLAMADA A RESPONDER EN ASUNTOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD:** | Valga finalmente recordar que en el anterior sentido, la Jurisprudencia del H. CONSEJO DE ESTADO ha sido reiterada en casos similares, al señalar que la Fiscalía General de la Nación, NO es la llamada a responder por los perjuicios reclamados por los demandantes, así:   1. Sentencia del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 2016, exp. 40217, CP. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, 2. Sentencia proferida el veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016), por el H. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, dentro de la Radicación número: 63001-23-31-000-2009-00025-01(41573), Actor: PEDRO PABLO PALACIO MOLINA Y OTROS, Demandado: NACIÓN -RAMA JUDICIAL Y OTROS, Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA 3. Sentencia proferida por el Consejo de Estado (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A de fecha 30 de junio del año 2016 dentro del proceso de reparación directa propuesto por FABIAN AUGUSTO CHICA Y OTROS contra la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN RAMA JUDICIAL Y RAD: 63001233100020090002201(41604) M.P. Dra. MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ, en la que señaló 4. Sentencia del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 42476, CP. MARTA NUBIA VELASQUEZ 5. Sentencia del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 42555, CP. MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. 6. Sentencia del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 21 de julio de 2016, exp. 41608, CP. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. 7. H. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá, D.C, el veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), dentro de la Radicación número: 52001 -23-31 -000-2010-00082-01(47380), Actor: JOHN CARLOS PEÑA VISCAYA Y OTROS, Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.   Incluso, también el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "C", MP. Doctora, MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO, dentro del proceso 110013336714201400038-01, el 7 de Junio de 2017, mediante sentencia de segunda instancia, en un caso similar, sobre la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la fiscalía General de la Nación, ha considerado: “(…) La excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, está llamada a prosperar. Premisa que encuentra fundamento central en el artículo 114 de la Ley 906 de 2004, vigente para el momento de emitirse la orden de captura y librar detención preventiva contra el señor HELBER PARDO PARDO, como quiera que al enlistar sus atribuciones, excluye la de proferir medida de aseguramiento y solo por excepción la de capturar, conforme decanto antes, y contrastada la realidad procesal del sub-lite, se tiene que la orden de captura del Señor ...,fue expedida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cimitarra Santander, en cumplimiento de la cual, fue capturado por la policía judicial... y colocado a disposición del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cimitarra Santander con Funciones de control de Garantías, autoridad que legalizó la captura e impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario, que se prolongó hasta el 29 de mayo de 2012, fecha en la que se profiere sentencia absolutoria a favor del señor ...y se ordena su libertad inmediata. Ello es, estuvo privado de la libertad por orden del Juez de Control de Garantías, por lapso de 7 meses y cinco días.  De manera, que en el presente asunto se tendrán por acreditados los hechos constitutivos de la excepción de "Falta de Legitimación por pasiva"; prosperando por tanto el medio exceptivo alegado por la Fiscalía General de la Nación..." |
| **PRESENCIA DE UN EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA o en su defecto, por el hecho de un tercero.** | PRIMERO: LA CONDUCTA DEL DEMANDANTE NO ESTA EXENTA DE CULPABILIDAD O DOLO CIVIL, TENIENDO SU CONDUCTA UNA INJERENCIA DIRECTA EN LA CONSUMACIÓN DEL DAÑO SOBRE EL CUAL PIDE REPARACIÓN  Se lo primero Indicar a su señoría, que la Ley 270 de 1996 en su artículo 70 estableció que el hecho de la víctima da lugar a exonerar de responsabilidad al Estado así: "El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado."  En la presente Litis, deben resaltarse las siguientes ACTUACIONES del proceso penal:  Es un hecho probado que el hoy demandante distinguía a la menor LCAV, pues era el guarda de seguridad en el conjunto donde esta residía.  Que en el fallo absolutorio por atipicidad de la conducta del 13/04/2016 se calificó en varios apartes de la providencia por el Juez 8° Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bogotá, la conducta del hoy demandante como DESHONESTA Y REPROCHABLE AL ABORDAR LA MENOR Y PROPICIARLE 2 BESOS EN LA BOCA SIN SU CONSENTIMIENTO. Así se refirió el juez: "Observadas todas y cada una de esas circunstancias, debe decirse, que si bien nos encontramos frente a un acto deshonesto que desde todo punto de vista merece reproche, el mismo no es suficiente para predicarla estructuración del delito de actos sexuales con menor de 14 años ..."8 (...)  "(...) no cabe duda para esta operadora judicial que la situación fáctica que generó el llamamiento a juicio de JOSE DE SUS VARGAS GALICIA, sí tuvo real ocurrencia, pues la prueba documental, testimonial y pericial deja ver, que aquel en calidad de celador del conjunto residencial, aprovechando no solo su condición, sino además, que la víctima estaba sola y que eran las 9:30 de la noche, besó a LCVA de 8 años, para entonces, antes de salir a cumplir lo mandado por la progenitura y a su regreso, cuando se dirigía al apartamento en que habitaban y no habían espectadores. "9 (Resaltado y negrilla fuera del texto) (...)  *“ no quiere decir lo expuesto, que ésta funcionaría desdiga de lo reprochable del suceso, porque ciertamente es una cto deshonesto, pero acontece, que el derecho penal solamente debe centrar* su atención en los ataques graves a los bienes jurídicos más importantes, como lo es la intangibilidad o indemnidad sexual de los niñas (sic) niños y adolescentes."[[16]](#footnote-16)  Por lo anterior, de acuerdo con el concepto de culpa contendió en el Art. 63 de C.C., NO PUEDE PASARSE POR ALTO EL HECHO QUE FUE SU PROPIO COMPORTAMIENTO AL ABORDAR A UNA MENOR QUE APENAS DISTINGUÍA Y QUE VALIÉNDOSE DE ESA CERCANÍA AL SER EL CELADOR DEL CONJUNTO, LE PROPINO CONTRA SU VOLUNTAD DOS BESOS PREMEDITADOS EN LA BOCA IRRUMPIENDO EN SU FORMACIÓN SEXUAL, lo que a la postre, lo situó en la investigación penal, CALIFICÁNDOSE SU CONDUCTA COMO DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA conforme a la legislación Civil que rige en estas materias.  En este orden, fue su propia conducta la que lo situó en la investigación penal siendo esa la única causa determinante del daño que hoy, descaradamente pretende extender y atribuir al Estado.  Nótese como, a la luz del Art. 63 del Código Civil, resulta su proceder reprochable y cuestionable, pues obró dolosamente al ser una persona de mayor de edad y abordar a una menor de escasos 08 años que NO conocía y con la que no tenía ningún vínculo de parentesco ni afinidad y que aun teniéndolos, no debía ser precisamente una niña de escasos 8 años, abordarla con los fines que perseguía, precisamente por velar como sociedad en la protección de los menores conforme lo predica el Código de Infancia y Adolescencia y el sentido común.  Esta circunstancia debe llamar la atención de la Honorable Despacho en tanto, debe preguntarse ¿Si ese es el deber de conducta esperado de una persona mayor para con una menor? A esa inquietud la respuesta la da de manera contundente el Art. 63 del C.C., pues NO es ese el proceder que se espera de un ciudadano de bien y que en sí, espera la sociedad en general, pues estamos hablando de la formación sexual de una niña de escasos 08 años que se encuentra en su etapa de desarrollo, por lo que si bien la conducta material del demandante no dio lugar a una condena penal - por atipicidad-, la misma si reviste especial relevancia y trascendencia para la sociedad, pues es SOCIALMENTE Y MORALMENTE REPROCHABLE SU ACTUAR.  Sin el ánimo de re victimizar, debe tenerse en cuenta que ante los ojos del sentido común y el proceder esperado de la ciudadanía así como del mismo juez de conocimiento que lo absolvió, efectivamente el demandante transgrede el bien jurídico tutelado de integridad y formación sexual con la materialidad de la conducta pues los besos nunca fueron desmentidos por el propio accionante y su proceder fue calificado como deshonesto por el juez de conocimiento, pero que tal situación, no alcanzaba para condenar penalmente pues la motivación del fallo referente a que los besos no hayan satisfecho un libido sexual, no quiere decir que el proceder del demandante no haya sido abusivo, y desconocedor de las obligaciones constitucionales que nuestro ordenamiento impone en cabeza de cada uno de los asociados.  En este orden debe reiterarse**, ¿Es ese el comportamiento que la sociedad, la constitución y el código de infancia y adolescencia exigen de un ciudadano Colombiano?** Téngase en cuenta que el Estado Colombiano y la Constitución Política, otorgan tanto derechos como deberes y es una obligación de cada ciudadano - sin importar su condición - acatar y respetar tanto la constitución como las leyes.  En efecto, vemos como el artículo 95 superior reza: "La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.  Toda persona está obligada a cumplirla Constitución y las leyes.  Son deberes de la persona y del ciudadano:   1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;   (...)  6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;"  Deberes que claramente fueron desconocidos por el Demandante pues se reitera, su actuación fue dolosa y reprochable civilmente, pues de acuerdo con el concepto de culpa de los hermanos Mazeaud - definido como un error de conducta en el que no hubiera incurrido otra persona en las mismas circunstancias que el actor del daño-, si colocamos a otra persona en las mismas circunstancias tácticas, existiría un alto grado de probabilidad que ese proceder y actuar para con la menor fuera diferente al realizado por el hoy demandante, en primer lugar no abordando a la menor que no conoce y seguidamente, no ofrecer "regalos" con la finalidad de doblegar su voluntad.  El Consejo de Estado - Sección Tercera subsección C, Consejero Ponente Dr.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en fallo del 23 de octubre de 2017 No. interno 43397, sobre el hecho de la víctima indicó lo siguiente:[[17]](#footnote-17)  Del mismo modo, el Consejo de Estado en sentencia 18001233100020090027701 N.l. (45945) del 15 de junio de 2018, CP. Ramiro Pasos Guerrero, indicó que el hecho de mentir o tergiversar la verdad en un proceso penal exonera de responsabilidad al estado en los siguientes términos:[[18]](#footnote-18)  De lo anterior se concluye que:   * En las acciones de reparación directa debe verificarse que la víctima ha cumplido las cargas que el ordenamiento jurídico impone por igual a todos. * Estas cargas se traducen en deberes básicos y comportamientos esperados necesarios para la convivencia, de tal forma gue guien defrauda esos deberes se expone a padecer algún daño, bien porgue de manera irreflexiva o imprudente impulsa su propia adversidad o porgue con descuido y negligencia la favorece. * El fallo concluye que mentir o tergiversar información en un proceso penal exime de responsabilidad al Estado en los casos de privación injusta de la libertad y configura la causal de culpa exclusiva de la víctima.   Por lo anterior, la única causa eficiente del daño es el actuar reprochable del demandante que lo situó en el proceso penal y no el proceder licito de las demandadas, pues no puede olvidarse que tratándose de delitos sexuales con menores de 14 años, el numeral 8 del artículo 199 de la Lev 1098 de 2009 - Código de Infancia y Adolescencia, de manera expresa prohibe otorgar al autor de delitos contra menores y adolescentes medidas no privativas de la libertad, precisamente, por la gravedad gue reviste para la sociedad ese tipo de conductas. Por lo tanto, no tenía una opción diferente el Fiscal cuando solicita la imposición de la medida de aseguramiento.  Así las cosas, solícito a su señoría se denieguen las pretensiones de la demanda y se condene en costas a la parte activa.  SEGUNDO: DE MANERA SUBSIDIARIA SE SOLICITA SE ESTUDIE EL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE UN TERCERO ASÍ:  En este punto es del caso mencionar, que de los hechos y anexos de la demanda se desprende el correcto cumplimento de las obligaciones impuestas por Ley en tanto, fue producto de las pruebas recaudadas por mi representada que se dio la absolución del hoy demandante.  Nótese como en el proceso penal, no se realizó cuestionamiento alguno sobre la ilegalidad de las pruebas recaudadas por lo que la valoración y progresividad de las mismas no es la causa eficiente del daño pues precisamente, en eso consiste el debate probatorio que en caso contó con la entrevista de la menor, de concepto de profesional en psicología, de contrainterrogatorio de la menor y los testimonios de los familiares.  En este orden, debe indicarse que de conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso penal, es claro que la madre - tutora de la Menor es coherente al momento de presentar la denuncia señalando al hoy demandante y de las intervenciones de esta en el proceso penal se acreditaron comportamientos moralmente reprochables que no son sancionables penalmente pero si socialmente.  En una situación similar a la que aquí nos ocupa y que fue conocida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, subsección A, fallo del 28/11/2016, CP.: Dr. Juan Carlos Garzón Martínez, Expediente 2013-0508 indicó lo siguiente:[[19]](#footnote-19)  Así las cosas, otro punto y causa para exonerar al Estado se centra en la propia conducta de las denunciantes y su señalamiento contundente, la que originaron el daño deprecado por el hoy demandante y no la propia actuación de las entidades demandadas.  De conformidad con lo anterior, encuentra el suscrito apoderado que el proceder del hoy demandante, fue negligente, descuidado, abusivo y doloso para con la menor, por lo que con la presente demanda, se están desconociendo los principios generales del Derecho de Daños que aluden: "NADIE PUEDE VALERSE DE SU PROPIO ERROR DOLO O CULPA PARA OBTENER UN PROVECHO". |
| GENÉRICA | Propongo como excepción la genérica, con base en las previsiones contenidas en el inciso 2° del Art. 187 del CPACA, las que se desprendan de los hechos, de las pruebas y las normas legales pertinentes. |

* + 1. **El apoderado del demandado Rama Judicial manifestó lo siguiente:**

“*Me opongo a todas las declaraciones y condenas que sean contrarias a la Entidad que represento toda vez que, no existe razón de hecho o derecho sobre la cual el Estado deba resarcir daño alguno a terceros porque carece de fundamentos jurídicos tal como se demuestra a continuación. (…)”*

Propuso como **excepciones** las siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| **CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.** | Se considera que en el presente caso se configura la eximente de responsabilidad denominada culpa exclusiva de la víctima, bajo el entendido que la persona que haya sido privada de la libertad y posteriormente se demuestre la comisión de un error judicial, deberá ser indemnizada, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.  Precisamente, procede la indemnización para aquellas personas que estuvieron privadas de la libertad cuando la decisión por la cual fueron retenidas ha sido posteriormente revocada; empero, dicha indemnización no procede si se demuestra que la privación debía ser soportada por la persona a la que se impuso, cuando esta "no reveló en todo o en parte el hecho desconocido" por el cual se dio la investigación.  Por su parte, la Ley 270 de 1996 en su artículo 70 señaló que el hecho de la víctima da a lugar a exonerar de responsabilidad al Estado, así:[[20]](#footnote-20)  La Corte Constitucional respecto de la disposición precitada, en sentencia C-037 de 1996, manifestó[[21]](#footnote-21)  Acorde con lo precedente, el Consejo de Estado ha indicado que el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad se origina cuando el suceso causalmente vinculado a la producción del daño no es predicable de la administración, sino del proceder -activo u omisivo- de la propia víctima, esto es, de quien sufrió el perjuicio. Así, precisó que[[22]](#footnote-22):  En providencia del 2 de noviembre de 2016, dentro del Radicado 20001-23-31-000-2009-00109-01(42726), la misma Corporación señaló:[[23]](#footnote-23)  En este asunto resulta relevante estudiar la incidencia que tuvo la conducta desplegada por el señor JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA, POR LOS DOS BESOS QUE LE DIO A LA MENOR VICTIMA, quien además fuera capturado por las acusaciones de la víctima, y se expuso a su propio riesgo lo cual amerita una culpa del demandante, y a quien la Fiscalía General de la Nación le imputó la comisión, como autor del punible de acto sexual con menor de catorce años agravado, al tenor de lo establecido en las normas penales.  Luego, fueron los anteriores hechos los que motivaron al Juez declarar la atipicidad de la conducta y luego su absolución; situación ésta que no implica per se su ajenidad en los hechos o inocencia en la conducta punible, y que por lo mismo debe valorarse a la hora de determinar los fundamentos legales para mantener privado de la libertad al señor JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA.  En conclusión el resultado dañoso resulta imputable al actuar del JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA, al exponerse en calidad de riesgo a sabiendas de su prohibición, mas no a LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL, de allí que se diga desde ya que se presenta carencia absoluta de responsabilidad de parte de ésta. |
| **EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD DENOMINADO CULPA DE UN TERCERO** | La medida de aseguramiento se fundamentó en el hecho de los siguientes terceros: en i) la declaración rendida por la menor VICTIMA, menor de catorce años de edad para el momento de los hechos, ii). Y testimonios de la señora LORENA ANDREA VARGAS DÍAZ iii) de igual manera se respecto de la plena identidad del sindicado como de la menor, frente a lo cual, el Juzgado Penal con función de Control de garantías, no tenía otra opción distinta, que imponer la medida de aseguramiento solicitada por la Fiscalía General de la Nación.  HECHO DE UN TERCERO: En el caso concreto, tenemos que, el aparato judicial se puso en movimiento circunstancia configurativa de la causal eximente de responsabilidad denominada hecho de un tercero. La cual exonera de responsabilidad a la entidad demandada, cuando reúna los siguientes requisitos:   1. Que el hecho del tercero sea la causa exclusiva del daño, porque si tanto el tercero como la entidad estatal concurrieron en la producción del daño existiría solidaridad entre éstos frente al perjudicado, en los términos del artículo 2344 del Código Civil, lo cual le dará derecho a éste para reclamar de cualquiera de los responsables la totalidad de la indemnización, aunque quien pague se subrogará en los derechos del afectado para pretender del otro responsable la devolución de lo que proporcionalmente le corresponda pagar, en la medida de su intervención. 2. Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio, en el entendido de que ese tercero sea externo a la entidad, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio, porque si el hecho del tercero ha sido provocado por una actuación u omisión de la entidad demandada, dicha actuación será la verdadera causa del daño y, por ende, el hecho del tercero no será ajeno al demandado.   (iii) Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad; porque, de lo contrario, el daño le sería imputable a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso.  Debe tenerse en cuenta que para que el eximente de responsabilidad del "hecho de un tercero" se estructure debe contar con los siguientes elementos:   * Debe ser la única causa del daño * Debe estar plenamente identificado e individualizado el tercero * Debe existir ausencia total de vínculos de dependencia o que generen alguna relación entre el funcionario y el tercero. * El tercero no haya colaborado con el causante del hecho y además que su conducta haya sido imprevisible e irresistible para el funcionario, es decir que el funcionario con su actuar no haya podido impedir dicha conducta del tercero, es decir que la conducta del tercero debe ser la generante del hecho dañoso antijurídico.   Situación diferente respecto de la medida decretada por el Juez de Garantías, pues la Privación de la Libertad del señor VARGAS GALICIA, como presunto autor del punible de actos sexuales con menor de catorce años, tipificados en el artículo 209 del Código Penal, tuvo sustento legal y se basó en normas procedimentales y sustantivas del ordenamiento penal; y en las siguientes pruebas: en i) la declaración rendida por la menor VICTIMA, menor de catorce años de edad para el momento de los hechos, ii). Y testimonios de la señora LORENA ANDREA VARGAS DÍAZ iii) de igual manera se respecto de la plena identidad del sindicado como de la menor.  De tal manera en materia del nexo causal, resulta evidente que la privación de la libertad del señor JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA, desde el punto de vista de la causalidad material, fue producto de lo mencionado y de allí que se trate del hecho de un tercero como causal que rompen el nexo de causalidad entre el acto jurisdiccional de privación de la libertad y el daño que se alega como irrogado.  Las cargas argumentativas que suponen la inmediata ruptura del deber de indemnizar por la constatación del dolo civil de la víctima, vienen dadas por el interés superior y prevalente de los niños/as, y en virtud de éste, por la fuerza suasoria que merecen sus declaraciones. Estas dos consideraciones toman valía a partir del denominado principio pro infans y se respaldan en las siguientes premisas normo-fácticas (...) (i) El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá, D.O, catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 17001-23-31-000-2008-00305-01(42615). |
| **LA INNOMINADA.** | De conformidad con el Artículo 187, inciso 2o. Del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicito se declare cualquier otra que el tallador encuentre probada en el curso del proceso. |

* 1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**
     1. **Demandante:**

Solicita se acceden a las pretensiones de la demanda y los perjuicios allí solicitados

Respecto a la excepción de la falta de legitimación en la causa por pasiva no se configuro, pues ambas autoridades son responsables, La fiscalía solicito la imposición de la medida de aseguramiento y el juez de medidas de aseguramiento decido imponerla, es decir que ambas instituciones deben responder de manera equitativa y proporcionalmente.

Ahora bien, en cuanto a la excepción de culpa exclusiva de la víctima indica que la sentencia de tutela del **15 de noviembre de 2019** el CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION TERCERA- SUBSECCIÓN B- MP MARTIN BERMUDEZ MUÑOZ dentro de la acción de tutela 11001031500020190016901

El señor fue absuelto por el juzgado de conocimiento por lo tanto no estaba en la obligación de soportar la libertad por lo tanto sufrió un daño antijurídico.

Si el bien señor género la conducta por la que fue investigado en concordancia como lo indica la tutela citada los actos pre-procesales no pueden ser objeto de estudio por el juez de la responsabilidad pues fueron estudiados por el juez penal, por lo tanto hay prohibición de regreso.

La fiscalía incurrió en dos errores, la conducta fue atípica pues se perdió la cadena de custodia en el video, además a pesar de apelar la decisión no lo sustento por lo tanto ahora no puede alegar su propia culpa.

Por ultimo considera que se presentó un error judicial pues la falencia en la cadena de custodia del video y la falta de sustento del recurso de apelación hubiese generado un fallo en sentido, pero esto no aconteció.

* + 1. **NACION - RAMA JUDICIAL**

Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda pues se encuentra acreditado el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, el comportamiento del señor JOSÉ DE JESÚS VARGAS GALICIA no fue el esperado de una persona puesta en las mismas circunstancias, máxime si se trataba del celador de la morada en donde residía la menor.

No se pude estudiar el caso bajo la óptica de la responsabilidad penal por la tutela de noviembre de 2019 que echa para atrás la sentencia de unificación, pues se aplica para el caso en concreto y ello no significa que queda sin efectos todo el análisis que ha hecho el consejo de estado en varias providencias a lo largo del tiempo y la sentencia de la corte constitucional que estudio las mismas circunstancias que estudio el consejo de estado en cuanto a la actuación de la víctima y si el estado obro de manera diligente dentro del marco de sus competencias.

Al señor se le debía adelantar el proceso penal por la conducta desplegada por el mismo, la juez penal considero que no se estructuraba el delito de actos abusivos con menor de 14 años, pero da a entender que si fue una tentativa pero por el principio de congruencia no pudo estudiar el punto.

Indica que el juez de garantía actuó en cumplimiento de los dispuesto en el artículo 199 1098 de 2006, por lo tanto al tratarse de una conducta con menores no se podía imponer medida diferente a de la privación.

Finaliza solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda.

Ante las preguntas del despacho indica que la decisión adoptada por el juez de control de garantías es la esperada por cualquier juez puesto en las mismas circunstancias.

Precisa que la tutela que se refiere a la sentencia de unificación es inter partes.

* + 1. **FISCALIA GENERAL DE LA NACION:**

Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda y se condene en constas a la parte actora.

Indica que si bien existe la sentencia de tutela[[24]](#footnote-24) que suspende los efectos de la sentencia de unificación se debe analizar todo el contexto de la sentencia.

En el caso en concreto se debe tener en cuenta que en caso de actos con menores hay una legislación especial a parte del código penal y es el **código de infancia y adolescencia** que prohíbe al operador judicial de manera expresa conceder una medida diferente a la privación de la libertad.

Cuando se impuso la medida de aseguramiento la parte hoy demandante no presento recurso alguno frente a la imposición de la medida a pesar que de considero que era injusta.

Ahora bien en lo que respecta al nexo de imputación, si bien se presentó una atipicidad de la penal, la conducta del señor fue reprochable y él se puso en las condiciones por la cuales fue investigado, pues abordo a una menor de 8 años que residida en el edificio al que prestaba su servicio de seguridad dándole unos besos.

Entonces como el señor se puso en las condiciones que generaron el proceso penal, hoy no puede obtener la prosperidad de las pretensiones, entonces si situamos a otra persona en las mismas condiciones del hoy señor demandante no sería ese el mismo proceder, no se acercaría a una menor a darle dos besos en la boca.

Cita la sentencia del 15 de agosto de 2018 expediente 459459 Magistrado Ramiro Pazos, al momento de analizar a la víctima de la privación, se debe indicar que también lo haya sido a la luz del cumplimiento de las cargas que la ley impone por igual para todos, deberes básicos y comportamientos para la convivencia de tal manera que quien los incumple se expone a sufrir un daño que es producto de su elección, es decir que el aquí demandante incurrió en una causa exclusiva de la víctima.

En cuanto a los perjuicios solicitados por los honorarios sufragados en el proceso panal no están demostrados como lo indica en consejo de estado pues no obran las retenciones en la fuente o las declaraciones de renta, motivo por el cual al no obrar el elemento de certeza, no se puede acceder a esas pretensiones.

Ante las preguntas del despacho precisa que el proceder del señor no es el esperado y menos si su núcleo familiar está integrado en su mayoría por mujeres.

* 1. **El MINISTERIO PUBLICO** representado por la **PROCURADURIA JUDICIAL 82-1** conceptuó.

Cita la normatividad y la línea jurisprudencial correspondiente al caso bajo estudio, pide se aplique la sentencia de la Corte Constitucional C-072 de 2018 que se encuentra vigente y que reza que ni la constitución en su artículo 90, ni el artículo 68 de la ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996 que estudio su constitucionalidad, indican que hay un régimen de responsabilidad del estado para aplicar en casos de privación de la libertad.

En materia de responsabilidad se aplica el principio [**iura novit curia**](https://www.google.com/search?rlz=1C1GCEU_esCO821CO821&q=iura+novit+curia&spell=1&sa=X&ved=2ahUKEwjGnam-iK7mAhWMxFkKHc88BfEQkeECKAB6BAgOECo), entonces se debe analizar si la medida impuesta fue desproporcionada, injusta o irregular, para el caso bajo estudio hay varias herramientas que indican que cuando se trate de actos con menores de 14 años no hay otra medida que imponer sino la de la privación de la libertad, por lo que la privación fue apropiada y necesaria.

Si bien se absolvió al señor JOSÉ DE JESÚS VARGAS GALICIA por el delito por el que fue investigado no se niega la ocurrencia de los hechos la cual es reprochable y por lo tanto se configura el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima y se deben negar las pretensiones de la demanda.

Ante las preguntas del despacho indica que como se desconoce el pronunciamiento que nuevamente debe proferir el consejo de estado en el caso de la señora de la sentencia de **agosto 18 de 2018** pues vulnero la presunción de inocencia.

* 1. **CONSIDERACIONES**
  2. **LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS:**
* En cuanto a la excepción **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA MATERIAL POR PASIVA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** presentada por la demandada FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, el despacho se remite a lo decidido en el acápite respectivo en la audiencia inicial.
* Respecto a las excepciones **INEXISTENCIA DEL DAÑO ANTIJURIDICO, AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL ENTRE LAS ACTUACIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y EL DAÑO ANTIJURIDICO RECLAMADO EN LA DEMANDA, EXISTENCIA DE VARIOS PRONUNCIAMIENTOS DEL CONSEJO DE ESTADO QUE REFIEREN A QUE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN NO ES LA LLAMADA A RESPONDER EN ASUNTOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD,** propuestas por la demandada FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, no gozan de esta calidad, en atención a que los hechos que se aducen como fundamento de la misma, no la conforman, limitándose simplemente a negar o contradecir los supuestos de hecho en que los demandantes sustentan su acción. En este sentido, el término “excepción”, está reservado para aquéllos únicos casos en que tal instrumento de defensa, se traduce en la acreditación de hechos y razones distintos, encaminados a excluir, enervar o dilatar las pretensiones.
* Las excepciones **PRESENCIA DE UN EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA O EN SU DEFECTO, POR EL HECHO DE UN TERCERO** propuestas por la demandada FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y las excepciones **CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA, EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD DENOMINADO CULPA DE UN TERCERO** presentadas por la demandada RAMA JUDICIAL, por tratarse de un eximente de responsabilidad, se estudiará sólo en el evento en que aquella se configure. Por ende, se procederá a determinar si en el sub examine si se verifican todos y cada uno de los presupuestos que permitan la responsabilidad de las demandadas.
* Respecto a la excepción **GENÉRICA** o LA INNOMINADA presentada por la demandada FISCALÌA GENERAL DE LA NACIÒN y la NACION – RAMA JUDICIAL sólo puede considerarse como un llamado al Despacho para que en caso de encontrar una causal que pudiera enervar las pretensiones de la demanda, así lo indique, por lo que se tendrá en cuenta, advirtiendo que a la fecha no encuentra ningún motivo que impida proferir una decisión de fondo en este asunto.
  1. **LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:**

Conforme a lo establecido en la FIJACION DEL LITIGIO, se busca establecer si hay lugar o no a declarar la responsabilidad de las demandadas NACIÓN – RAMA JUDICIAL- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por la privación de la libertad de JOSÉ DE JESÚS VARGAS GALICIA y si esta fue injusta o no.

Surgen entonces los siguientes problemas jurídicos:

***¿La privación de la libertad de la que fue objeto el señor HENDER GABRIEL BAQUERO RIVERA fue injusta o no? y si lo fue ¿a quién debe atribuirse la responsabilidad?***

Para dar respuesta a este interrogante deben tenerse en cuenta estos puntos

El artículo 90 de la Constitución consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado al señalar que el *“Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*.

La ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, reguló ampliamente la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales, a cuyo efecto determinó tres supuestos:

* El error jurisdiccional (art. 66)
* **La privación injusta de la libertad (art. 68).**
* El defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 69)

De conformidad con el artículo 68 de la ley 270 de 1996 “*Quien haya sido privado* ***injustamente*** *de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”* (Subrayado fuera de texto)

Con respecto a la **privación injusta de la libertad**, la jurisprudencia del Consejo de Estado había venido señalando que frente a la materialización de cualquiera de las hipótesis, cuando una persona privada de la libertad fuera absuelta, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o por in dubio pro reo, se habría de calificar como detención injusta y en consecuencia debía ser tratada como una responsabilidad objetiva; pero, en todo caso, se consideró que el daño no sería imputable al Estado cuando se hubiera producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero.

Sin embargo, con sentencia de **agosto 18 de 2018**[[25]](#footnote-25) la Sala Plena de la Sección Tercera modificó y unificó su jurisprudencia frente a los casos de privación injusta de la libertad, en el sentido de que no siempre que alguien sea privado de su libertad y se beneficie con la preclusión de la investigación o con la declaratoria de su inocencia tiene derecho a ser indemnizado, precisando que frente a la antijuridicidad del daño, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no lo cometió o que la conducta investigada no constituyó 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 partir del artículo 90 de la Constitución, es decir, identificar la antijuridicidad del daño.

Además, el juez debe verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, bajo la óptica exclusiva del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la consecuente imposición de la medida de aseguramiento preventiva [[26]](#footnote-26)

Si bien mediante fallo del **15 de noviembre de 2019** proferido dentro de la acción de tutela 11001031500020190016901 se amparó el derecho fundamental al debido proceso de la señora Martha Lucia Ríos Cortes y se ordenó proferir un fallo de reemplazo sin violar la presunción de inocencia de la accionante, la providencia fue clara en señalar que ese fallo no tenía ninguna incidencia respecto de la forma en que el juez natural del caso decide operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad, luego, el régimen de responsabilidad dependerá del caso.

Al respecto también es preciso indicar que la **CORTE CONSTITUCIONAL** sobre este particular también había precisado: “*que el artículo 90 de la Constitución Política* ***no establece un régimen de imputación estatal específico****, como tampoco lo hacen el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y la Sentencia C-037 de 1996, cuando el hecho que origina el presunto* ***daño antijurídico es la privación de la libertad****. Lo anterior en tanto la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han aceptado que el juez administrativo debe establecer en estos casos el régimen de imputación a partir de las particularidades de cada caso.*

*En otras palabras, definir una fórmula automática, rigurosa e inflexible para el juzgamiento del Estado en hechos de privación injusta de la libertad contraviene el entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 y de paso el régimen general de responsabilidad, previsto en el artículo 90 constitucional.*

*Y es que la Sala Plena debía establecer, en ejercicio de su competencia para guardar la integridad y supremacía de la Carta Política, si las decisiones judiciales cuestionadas por los accionantes y que invocaban la jurisprudencia de lo contencioso administrativo se ajustaban a la interpretación referida.*

*En efecto, señaló que “determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia, el Estado deba ser condenado de manera automática, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo del juez que determine* ***si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede el precedente constitucional fijado****”.*

*Y concluyó que lo señalado no se opone a que otros supuestos o eventos queden comprendidos por un título de imputación de esa naturaleza, tal y como podría ocurrir, en principio, con aquellos casos en los cuales el comportamiento no existió o la conducta es considerada atípica” [[27]](#footnote-27)*

Así las cosas, como se indicó en el fallo de unificación, *“(e) 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”,* como se hará a continuación”.

* 1. **ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:**

**2.3.1** Conforme al material probatorio aportado, se encuentran **probados los siguientes hechos**:

* El señor JOSÉ DE JESÚS VARGAS GALICIA es **hermano** de MARLENE GALICIA[[28]](#footnote-28) y **padre** de ANGELA MARCELA VARGAS RIVERA[[29]](#footnote-29), PAOLA ANDREA VARGAS RIVERA[[30]](#footnote-30), MARÍA ANGÉLICA VARGAS MORA[[31]](#footnote-31).
* El **2 de enero de 2015** el Juzgado 65 Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá legalizó la captura del señor José de Jesús Vargas Galicia que se produjo el 1 de enero, además impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad, consistente en detención privativa en establecimiento de reclusión[[32]](#footnote-32).
* El **26 de enero de 2015** la Fiscalía General de la Nación realizó Escrito de Acusación contra el señor José de Jesús Vargas Galicia por el delito de Acto Sexual con menor de14 años agravado, previsto en el artículo 209 del Código Penal. [[33]](#footnote-33)
* El día 12 de marzo de 2015[[34]](#footnote-34) el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá realizó Audiencia de Acusación.
* El día **27 de abril de 2015** el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá realizó Audiencia Preparatoria, en la cual se decretaron las pruebas para la Defensa y para LA Fiscalía[[35]](#footnote-35).
* El día **13 de abril de 2016**[[36]](#footnote-36) el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá realizó la **Audiencia de Juicio Oral** en la cual absolvió al señor José de Jesús Vargas Galicia

|  |
| --- |
| **I. OBJETO DE LA DECISION**  Anunciado el sentido del fallo y corrido el traslado previsto por el legislador en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, pasa esta funcionaría a emitir la sentencia que en derecho corresponda, en las diligencia adelantadas contra JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA, quien fue declarado inocente del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADOS, habida cuenta que no se advierte irregularidad que pueda invalidar lo hasta aquí actuado.  **II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES**  De acuerdo a lo referido por la delegada de la fiscalía en la audiencia de formulación de acusación, tuvieron su génesis el 7 de enero de 2015, a eso de las 9:30 de la noche, cuando la señora Lorena Andrea Vargas Díaz, envió a su hija LCAV de 8 años de edad, para entonces, a la tienda con el propósito de recoger unos víveres que había olvidado, momento en que el guarda de seguridad del conjunto residencial que habitaban, le dio dos besos en la boca, después de invitarle unos chicles y una gaseosa, productos que se negó a recibir.  **III. IDENTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACION DEL ACUSADO**  De acuerdo a la estipulación probatoria N° 1 responde al nombre JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.455.506 de Bogotá. Nació el 9 de junio de 1961, hijo de Amanda y José Asunción, profesión vigilante y residente para la época de los hechos en la Calle 17 A N° 59 - 24, Barrio Puente Aranda, teléfono 3134764943.  Descripción morfológica: Individuo de sexo masculino, de 1,72 metros de estatura aproximadamente.  **IV. ANTECEDENTES PROCESALES**  Por los hechos descritos en el acápite correspondiente, el 11 de junio de 2013 en audiencia preliminar celebrada ante el Juzgado 51 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, la Fiscalía General de la Nación a través de su delegada, imputó a JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA en calidad de autor, el delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADOS y explicado el contenido, alcance y consecuencias del allanamiento, el imputado se pronunció en forma negativa sobre el particular.  Cumplido el rito procesal en comento y transcurrido el lapso establecido por el legislador para el efecto, el 2 de febrero de 2015, la delegada de la fiscalía presentó escrito de acusación y por reparto su trámite correspondió a este Despacho, mismo que el 12 de marzo de la dicha anualidad, llevó a cabo la audiencia respectiva por la ilicitud en comento.  **V. TEORÍAS DEL CASO, ESTIPULACIONES PROBATORIAS Y ALEGACIONES FINALES**  5.1 Teoría del caso Fiscalía  La fiscalía prometió probar en el juicio más allá de toda duda razonable, no sólo la existencia de la conducta delictual, sino la responsabilidad del enjuiciado.  Con dicha finalidad, ofreció los testimonios de la presunta víctima, Lorena Andrea Vargas -progenitora-; Eliana Velásquez Vargas -Investigadora del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, quien amplió la entrevista realizada a la afectada; Nancy Janeth Almanza Rodríguez - médico forense adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses a través de quien incorporaría a la audiencia de juicio oral el informe técnico médico legal sexológico; Jenny Lorena Clavijo - quien entrevistó a la menor y José Eduardo Marín González- Patrullero de la Policía Nacional, que recolectó el video contentivo de los hechos.  5.2 Teoría del caso defensa  Se comprometió a acreditar más allá de toda duda razonable, que su prohijado no es responsable de los hechos que se le imputan y que existen inconsistencias en la calificación jurídica, pues en momento alguno se afectó el **bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual**, que tutela el delito por el que fue acusado.  Con el citado propósito ofreció en el juicio el testimonio de Eyner Cifuentes Agredo - Coordinador Operaciones de la Empresa de Vigilancia a la cual se encontraba adscrito VARGAS GALICIA y María Angélica Vargas - hija del procesado.  La audiencia preparatoria se realizó el 27 de abril de 2015 y el juicio oral inició el 18 de agosto de 2015, continuó en sesiones del 1 de diciembre, 20 de enero de 2016 y terminó el día de hoy con sentido de fallo de condena.  5.3 De las estipulaciones probatorias  Las partes convinieron dar por probado y por ende, excluir de cualquier debate:  1. Plena identidad del señor JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA identificado con la cédula de ciudadanía N° 19.455.506 de Bogotá.  2. Que la menor con iniciales NCAV nació el 26 de noviembre de 2006.  5.4 De las alegaciones finales  5.4.1 Fiscalía  La delegada fiscal afirmó que una vez practicadas las pruebas de cargo y descargo, logró llevarme al conocimiento más allá de toda duda razonable, sobre la materialidad de la conducta y la responsabilidad del acusado en el delito de actos sexuales con menor de 14 años, agravados, dada la posición privilegiada que ostentaba el encartado en relación a la afectada.  En su sentir las pruebas de la acusación merecen credibilidad por su congruencia, coherencia y espontaneidad, pero especialmente, porque a partir de las mismas, quedó acreditado el comportamiento desplegado por el acusado, el cual le generó temor a la menor y a la postre le trajo cambios en el comportamiento.  Pidió no se desconozca la actitud del acusado, quien como vigilante del conjunto residencial, debía proteger a la menor y no actuar como lo hizo.  Para rematar, dijo que en este asunto no puede hablarse de injuria por vías de hecho y para el efecto trajo colación apartes de sentencias cuyos radicados omitió referenciar, que dan cuenta de la intención del legislador al tipificar el delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años  5.4.2 Defensa técnica  De entrada pidió sentido de fallo de inocencia, aduciendo que en el juicio se demostró la conducta prevista por el legislador en el artículo 220 del Código Penal, que protege el bien jurídico de la integridad moral, no así, la contemplada en el artículo 209 de la misma obra, que salvaguarda, la libertad, integridad y formación sexual de los menores de 14 años, pues no se desplegó un acto de connotación sexual.  A renglón seguido, discutió que en la proyección del video no se advierte con claridad que los besos hayan sido proporcionados en la boca, a tiempo, que destacó, que la narración de la menor, es fiel versión de la proporcionada por la denunciante, lo que a su juicio, no resulta lógico desde ninguna arista.  Finalmente, pidió se reste mérito suasorio al video porque a su juicio fue editado, a la vez, que apoyó su petitum de absolución, en decisión emitida por la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, dentro del radicado 29107 del 2 de julio de 2008 con ponencia del Honorable Magistrado Jorge Luis Quintero Milanés.  VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO  6.1. Lo primero que debe decir esta funcionaría, es que tiene competencia para proferir la presente sentencia, teniendo en cuenta la calificación jurídica de los hechos y su ocurrencia en esta ciudad.  6.3. Dilucidado ello, no sobra recordar que de conformidad con el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para emitir condena se requiere el conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la existencia del delito y de la responsabilidad penal, es decir, que las pruebas legalmente aducidas al juicio, deben demostrar por encima del umbral de la duda razonable la ocurrencia del delito y el compromiso penal del sindicado en su comisión.  Amén que la presunción de inocencia consagrada como garantía fundamental en la Constitución Política artículo 29 y en múltiples instrumentos internacionales contentivos de derechos humanos ratificados por el estado colombiano: "se erige en un principio rector del proceso penal en cuya virtud toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no quede firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad".  De este principio se desprenden entre otras, dos reglas procesales de obligatoria observancia: (i) que la carga de la prueba de la responsabilidad le corresponde en su totalidad y sin excepción a la Fiscalía General de la Nación y (ii) que el acusado solo puede ser condenado cuando en su contra existe un acervo probatorio legalmente recaudado que demuestre más allá de toda duda razonable su responsabilidad.  El conocimiento conforme a ese mandato se traduce en el fundamento y exigencia para predicar no solo la realización material de la conducta punible sino la correlativa responsabilidad penal, luego cuando no se asegura por vía del juicio oral la presencia de tales presupuestos, no es posible hacer un juicio de reproche penal, sino que la duda debe resolverse a favor del acusado, no porque se haya demostrado plenamente su inocencia, sino ante la imposibilidad probatoria para dictar sentencia de carácter condenatorio.  Adentrándonos en el fondo del asunto, ha de anotarse, que el supuesto fáctico que la delegada de la fiscalía se propuso demostrar, tiene que ver con que el guarda de seguridad del conjunto residencial donde habitaba la denunciante, ubicado en el Barrio Calvo Sur, el 7 de enero de 2015, a esos de las 9:30 de la noche, le dio dos besos en la boca, a la menor LCAV de 8 años de edad, para entonces, después de invitarle unos chicles y una gaseosa, comestibles que se negó recibir.  Bajo ese contexto fuerza preguntarme, si dichos hechos son suficientes para estructurar el delito de actos sexuales con menor de catorce años y para resolver dicho interrogante que será el hilo conductor que guiará la disertación de esta funcionaría, de importancia es recabar que la Carta Política contempla en el artículo 44 con carácter especial y prevalente los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y señala con especial ahínco, que serán protegidos de toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, además, que la Familia, la Sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral en el ejercicio pleno de sus derechos.  De acuerdo a la línea jurisprudencial que ha desarrollado esos derechos, las razones básicas de protección son: 1).- el respeto a la dignidad humana, que de acuerdo con lo previsto en el artículo Io de la Carta, constituye una de las bases del Estado Social de Derecho Colombiano; 2).- Su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales en su necesaria relación con el entorno tanto natural como social y 3).- El imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad mediante la garantía de la vida, integridad personal, salud, educación y el bienestar de los mismos.  Adicionalmente que en el preámbulo de la Convención sobre Derechos del Niño, se reconoce la falta de madurez física y mental de aquellos y se establece en consecuencia la necesidad de protección y cuidados especiales, tanto antes, como después del alumbramiento.  Además se impone que las medidas que adopten los tribunales y las autoridades legislativas, entre otras, deberán considerar fundamentalmente el intereses superior del niño, a tiempo, que se compromete a los Estados para que adopten medidas legislativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico, mental o sexual .  De ahí que se hayan tipificado como delitos autónomos algunos comportamientos desplegados contra los menores de edad, entre ellos, el de actos sexuales abusivos, conducta que se circunscribe a todo acto de naturaleza diferente al acceso y que se puede estrucmrar bajo tres modalidades: a) realizar actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años; b) realizar esta misma clase de actos en presencia del menor e c) inducir al menor a prácticas sexuales.  La primera forma exige que el menor sea coprotagonista de los actos sexuales, esto es, que entre en contacto físico con el sujeto activo del delito; la segunda modalidad implica que el menor sea únicamente espectador de los actos eróticos que frente a él se realizan y la última hipótesis requiere que al menor se le instigue o persuada para que entre a practicar actos relativos a su instinto sexual, con anticipación al natural despertar de su libido.  La imputación al tipo objetivo como jurisprudencialmente se ha dicho, lleva incito el análisis de todos los elementos estructurales de carácter descriptivo y valorativo que consagra la norma para la configuración de los reatos en comento, mientras que el subjetivo presupone no solo la consolidación de los anteriores, sino el conocimiento del acusado de los hechos constitutivos de la ilicitud y su intención de desplegarlos, es decir, que la conducta esté orientada a agredir sexualmente.  Como quedara visto en precedencia, en el presente asunto en si lo que se juzga, es que el guarda de seguridad en forma abusiva hubiera proporcionado dos picos en la boca a mía menor de 8 años de edad, comportamiento que la delegada de la fiscalía adecuó como un acto abusivo, que no tema otra finalidad, que satisfacer el libido del acusado.  Efectivamente como atinadamente lo refiere la titular de la acción, no solo la doctrina, sino la jurisprudencia ha indicado que la boca es una zona íntima y privada de un menor y por ende, no puede ser objeto de ninguna intromisión, de ahí, que lo más lógico, racional y prudente es no palpar las partes culturalmente catalogadas como intimas, sin consentimiento.  Ahora, han sido diferentes los estudios que se han efectuado frente al carácter de los besos, principalmente en Italia, donde se ha diferenciado, entre los que son: "señal de amor entre cónyuges, de ternura de ¡a madre frente al hijo, de afecto entre amigos, de piedad para con un enfermo, de reverencia como el del caballero a la mano de una dama, el del subdito al monarca o el de respeto del creyente en la mano del sacerdote, traducen nobleza de sentimientos o prácticas consuetudinarias" y los que ofenden a quienes los reciben.  Al respecto, MAGGIORE sostuvo que los prácticos consideraban excraboli scelus (maldad expectable), el beso dado a una niña contra su voluntad y quisieron castigarlos con muerte, pues los colocaban dentro del preámbulo del coito; otros opinaron que debía ser castigado como injuria y otros que el beso ausente de carácter erótico sexual, no es punible.  Entretanto, CARRARA sostuvo que no puede decirse que el beso violento siempre traduce ultraje al pudor y por tanto, dejó claro que es al juez a quien dependiendo de las circunstancias que lo rodearon debe establecer si es penaüzable o no, a tiempo, que destacaron que: "Cuando el beso no consentido por persona púber responde a impulsos de erotismo, no podrá negarse que, entonces presente la característica libidinosa que es la esencia del abuso deshonesto, verbi gratia, cuando se verifica sobre los órganos sexuales o sobre los senos femeninos, porque lleva el inequívoco intento de desahogar un apetito sexual desordenado, a la vez que despertar la ajena concupiscencia" .  Alrededor de dicho tópico, también la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha dicho que con la finalidad de establecer la correspondencia entre el supuesto fáctico y las hipótesis de desviación previstas en la ley, el juez debe acudir a: " criterios sociales, culturales y empíricos de comportamiento humano" que conduzca a. "concluir con objetividad acerca de la vinculación de la conducta a razones de sexo, lascivia y lujuria, calificativos alrededor de los cuales giran los conceptos "carnal y sexual'^.  De igual modo, en la decisión traída a colación por la delegada de la fiscalía, luego de señalare que frente a la connotación del beso, la doctrina jurídica se ha dividido en tres posiciones, las cuales ya fueron referidas en párrafos que preceden y resaltar que puede ser expresión de un sentimiento de cariño, de felicitación, de amor filial, destacó que puede estar fundamentado en: "una clara y directa pasión sexual, con un determinante contenido libidinoso, donde el sujeto activo refleja una finalidad lujuriosa y lasciva" .  Pero también se dijo, que para establecer el significado del beso y la finalidad, imperioso es analizar las circunstancias en que el acto se produjo, entre ellas, si se proporcionó a un menor de edad, el momento, la ocasión en que se produjo, las condiciones del lugar y la oportunidad; en suma, todas las circunstancias fácticas y anímicas que rodearon el hecho.  Pues bien, en orden a la ocurrencia de los hechos, la **menor LCAV** en el juicio público, oral, contradictorio y concentrado y con observancia de las previsiones del artículo 150 de la Ley 1098 de 2006, **circunscribió la conducta del guarda de seguridad a dos besos o picos en la boca**; **uno al salir del conjunto residencial y otro, a su regreso**, los que lógicamente implicaron un contacto físico y no pueden ser catalogados como una simple manifestación de afecto o un saludo, pues según el dicho de la afectada le causaron temor, no solo porque no era una situación normal, sino por la fuerza que empleó el agresor.  interrogada por ésta funcionaria, atendiendo la facultad excepcional que me otorga el legislador, en torno a cómo había sido el beso, no obstante, que la psicóloga que la asistía trato de impedir la pregunta, aduciendo que la niña no estaba en capacidad de responder interrogante como ese, contestó: **"fue sin lengua".**  Dichas manifestaciones concuerdan con lo transmitido a Lorena Andrea Vargas Díaz - progenitora, Nancy Janeth Almanza - médico forense adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Jenny Lorena Clavijo y Eliana Velásquez Vargas, profesionales de la medicina y psicología que la valoraron y entrevistaron, respectivamente, quienes en el curso de la ritualidad del juicio oral, reconstruyeron lo narrado por la niña y dejaron en evidencia, cuál fue el comportamiento de la menor antes, durante y después de lo acaecido.  Nótese, que la progenitora después de señalar cómo estaba integrado su núcleo familiar, donde vivía, ratificó que en efecto en la fecha antes referida, envió a su hija a la tienda con el propósito de recoger unos víveres que había olvidado y que a su regreso, estaba muy nerviosa y que después de solicitarle le bajara la comida a su compañero, le comentó que el celador del conjunto residencial, la había cogido a la fuerza y dado dos besos en la boca  En el mismo sentido se pronunció antes Jenny Lorena Clavijo -psicóloga, en la entrevista efectuada con fundamento en el artículo 206 del Estatuto Adjetivo Penal. En concreto, en relación a lo que interesa para la decisión que nos ocupa, le transmitió que el celador del conjunto residencial la había cogido a la fuerza de la cintura y le había dado un beso cuando salía a traer unas pastillas de chocolate y que lo propio, sucedió a su regreso.  Observadas todas y cada una de esas circunstancias, debe decirse, que si bien nos encontramos frente a un acto deshonesto que desde todo punto de vista merece reproche, el mismo no es suficiente para predicar la estructuración del delito de actos sexuales con menor de 14 años, agravados, pues nuestro máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, ha indicado que: ***"el acto erótico sexual- debe ser idóneo para excitar o satisfacer la lujuria de los dos sujetos implicados en el delito-procesado y víctima- o siquiera de uno de ellos"***6, tópico respecto del cual, ésta funcionaría echa de menos su acreditación.  ***Así mismo, se ha pregonado que el acto de connotación sexual debe afectar la formación de esa índole de la víctima, de tal suerte, que debe lograr generar agravio o perjuicio a la libertad, integridad y formación sexuales del menor***"7, por consiguiente, solo cuando se verifica que la persona afectada, indiscutiblemente sufrió transformaciones sustantivas en la formación sexual, se puede considerar un beso dado sin consentimiento, abusivo o furtivo, como un acto lascivo que se aviene a la hipótesis establecida por el legislador en el artículo 209 del Estatuto de las Penas; de lo contrario no.  En torno a éste especial punto, el Tribunal Supremo Español, delimitó dos características mínimas para la consolidación de una conducta típica sexual (i) El **elemento objetivo** **de contacto corporal** o tocamiento impúdico, siempre con significado sexual y (ii) el **elemento subjetivo o tendencial** que viene siendo definido como: "ánimo libidinoso" o propósito de obtener una satisfacción del apetito sexual del agente, lo que supone, que indispensable es un contacto corporal, que éste se realice con un propósito libidinoso orientado a una satisfacción sexual y especialmente, que genere alteraciones significativas en la formación sexual.  Del mismo modo, la **Sala Penal del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial** de esta ciudad, sostuvo: *"... se debe insistir en la reducción teleológica de los tipos penales, de modo que se puede, negar la imputación objetiva en determinados supuestos pese a haberse afirmado previamente la creación de un riesgo relevante y su realización en el resultado, es decir, la imputación solamente se puede hacer con base en consideraciones normativas que sirven a la interpretación del tipo penal en cuestión.*  *Por ello es que la doctrina considera que aún puede fracasar la imputación cuando el alcance del tipo, el fin de protección de la norma típica, no abarca resultados de la clase de los producidos, porque por ejemplo, el tipo no está destinado a impedir tales sucesos. Esto está ligado a cómo de grande debe ser el peligro para ser jurídico penalmente relevante.*  *Bajo este presupuesto, puede afirmarse que no toda conducta que constituya objetivamente el delito, es penalmente relevante, porque la misma debe conllevar un resultado o peligro real y concreto de lesión a los bienes jurídicos".*  En ese sentido, partiendo de las afirmaciones de la menor, de la progenitura y de lo transmitido a las investigadoras que la entrevistaron, pues no fue objeto de valoración psicológica, no cabe duda para ésta operadora judicial que **la situación fáctica que generó el llamamiento a juicio de JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA, sí tuvo real ocurrencia, pues la prueba documental, testimonial y pericial deja ver, que aquel en calidad de celador del conjunto residencial, aprovechando no solo su condición, sino además, que la víctima estaba sola y que eran las 9:30 de la noche, besó a LCVA de 8 años, para entonces, antes de salir a cumplir lo mandado por la progenitora y a su regreso, cuando se dirigía al apartamento en que habitaba y no habían espectadores.**  **Sin embargo, no se acreditó por quien tenía la carga probatoria, que los picos, pues no hubo intercambio lingual o salivar como lo aclaró la menor, estuvieran orientados a la satisfacción de las apetencias sexuales, dado que no estuvieron acompañados de caricias o tocamiento de ese corte.**  **De otro lado, no puede pasarse por alto, que la delegada de la fiscalía sustentó su petición de condena, a partir del CD contentivo de la grabación efectuada por las cámaras de seguridad y que fue incorporado a la ritualidad del juicio a través del testimonio del Patrullero José Eduardo Marín González, el que le permitió afirmar que el encartado le cogió la cara a la menor.**  **Esto por cuanto ésta funcionaria no puede menos que restarle mérito suasorio a dicha prueba documental, en consideración a que el CD puesto a consideración con el respetivo registro de cadena de custodia para fines de exhibición y reproducción, no fue el mismo respecto del cual se accedió a la apertura del contenedor, pues al presentar fallas la citada parte, le suministró otro que tenía en su poder, lo que no garantiza que fue el mismo producto de la copia espejo que efectuó el testigo a partir de la USB que le proporcionó la denunciante**.  Si bien la jurisprudencia, ha sido prolija al señalar que los defectos en la cadena de custodia no inciden en la legalidad de la aducción de la prueba: "... la acreditación y autenticación de una evidencia, objeto o elemento material probatorio, no condicionan como si se tratase de un requisito de legalidad la admisión de la prueba que con base, en ellos se practicara en el juicio, ni interfiere necesariamente con su admisibilidad" también ha dicho, que sí incide en el poder suasorio que el juez le otorga al momento de emitir la correspondiente sentencia.  Y es que si en gracia de discusión se aceptara que dicho cambio no se dio, del mismo no se extracta la violencia o la fuerza que dicen los testigos de cargo desplegó el acusado sobre la menor para lograr su cometido, lo cual deja sin sustento las afirmaciones efectuadas en ese sentido por la menor y los testigos de cargo y por lo mismo, les resta credibilidad.  **Adicionalmente, aunque es evidente la inmadurez psicológica y en el desarrollo físico de la menor y que por lo mismo, carece de cabal consciencia "acerca de sus actos y las consecuencias que aparejan", pero además, que esa incapacidad no le permite: "determinarse y actuar libremente en el ejercicio de su sexualidad, pues ha sido valorado que las personas menores de esas edad no se encuentran en condiciones de asumir sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad el acto sexual, debido al estadio de inmadurez que presentan su esferas intelectiva, volitiva y afectiva", ello per se, no hace los picos, constitutivos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, ya que la citada ilicitud lleva incita la satisfacción de la libido, la que no fue demostrada por la titular de la acción penal, a pesar de la diligencia que la caracteriza.**  Naturalmente, como bien lo dice la delegada de la fiscalía en sus respetables planteamientos, la corta edad de la afectada, permite colegir, que no estaba en capacidad de comprender la naturaleza del hecho o de determinar su voluntad para la abstención; que en si no contaba con: "libertad dispositiva" y que una menor de 8 años, tiene el derecho a: "gozar de un ambiente pulcro, limpio, donde pueda evolucionar y disponer libremente de su sexualidad, cuando adquiera la mayoría de edad, sin intromisiones impropias que puedan alterarla. La intención del legislador fue prevenir el daño o peligro de daño en el desarrollo de la menor en sus funciones sexuales, pues en esa época se encuentra en desarrollo sus etapas, intelectiva, afectiva y volitiva".  No obstante, se repite, no se logró probar la connotación sexual de lo que sobre la boca de la niña hizo el acusado, al punto que la Investigadora de la Fiscalía - Eliana Velásquez Vargas - quien amplió la entrevista, señaló que no pudo establecer si los besos tenían contenido apasionado, porque, dada la edad de la niña, no le era posible definir ese concepto.  No quiere decir lo expuesto, que ésta funcionaria desdiga de lo reprochable del suceso, porque ciertamente es un acto deshonesto, pero acontece, que el derecho penal solamente debe centrar su atención en los ataques graves a los bienes jurídicos más importantes, como lo es la intangibilidad o indemnidad sexual de los niñas, niños y adolescentes.  Abundado en consideraciones, el temor que le generaron los picos proporcionados por quien ejercía la vigilancia del conjunto residencial donde habitaba, no es suficiente para comentar que lo acontecido a la postre le ocasionó alteraciones sustantivas en su formación sexual con repercusiones en su vida sexual futura , o por lo menos quedan dudas sobre el particular, pues de un lado, no se le efectuó valoración, de otro, no se le sometió a tratamiento alguno y finalmente, la progenitura señaló que: "su hija es muy espontánea, iba y saludaba a los vigilantes y después salía". .  Para finalizar, no sobra anotar, que si bien la boca es una zona pudenda de una menor de edad, tampoco resultaba valido condenar por el **delito de injurias por vías de hecho,** en consideración a que la jurisprudencia ha sido suficientemente clara al señalar que en tratándose de tales, no puede hablarse de dicha ilicitud, primero, porque el legislador ha tipificado como conductas autónomas las cometidas sobre menores de edad y segundo, porque las mismas se predican respecto de personas capaces.  Cabe resaltar, que las injuria por vías de hecho, tienen que ver con la realización de tocamientos fugaces e inadvertidos en las zonas erógenas del cuerpo de una persona capaz, sin su aquiescencia "Desde el punto objetivo entonces la Sala, en síntesis, considera que los tocamientos corporales no consentidos, realizados sin violencia sobre personas capaces configura el delito de injuria por vías de hecho" lo que difiere notablemente de la situación que originó el presente proceso, toda vez que la conducta se ejerció sobre un menor de edad cuya madurez psicológica y desarrollo físico aun sea encuentran en formación y su capacidad no se ha colmado en su totalidad.  En suma dicho reato, se predica en estricto sentido de personas capaces y el de actos sexuales en relación a niños o personas incapaces, siempre y cuando los actos impúdicos tengan connotación sexual, que no fue lo que surgió del material probatorio incorporado legal y regularmente al proceso.  Colofón de lo anterior, evidente es la atipicidad del comportamiento por el que fue llamado a juicio JOSÉ DE JESUS VARGAS GALICIA, por ende, no queda alternativa diferente que absolverlo, del delito de actos sexuales con menor de 14 años.  IX. OTRAS DETERMINACIONES  Ejecutoriada esta decisión, por el Centro de Servicios Judiciales se librarán las comunicaciones correspondientes para efectos de publicidad de la sentencia y se cancelaran todas las anotaciones que pueda registra como consecuencia de esos hechos y procesos.  De otra parte, como consecuencia de esta decisión, se dispondrá la libertad inmediata del acusado, la cual se materializará a través del Centro de Servicios Judiciales adscrito al Sistema Penal Acusatorio, siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad.  En mérito de lo expuesto, el JUZGADO OCTAVO PENAL DEL CIRCUITO DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley,  RESUELVE  PRIMERO: ABSOLVER a JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA identificado con la cédula de ciudadanía 19.455.506 de Bogotá y demás condiciones civiles y personales conocidas en autos, del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS, AGRAVADOS, , por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.  SEGUNDO: Por el Centro de Servicios Judiciales adscrito al Sistema Penal Acusatorio, DESE cumplimiento al acápite de otras determinaciones.  TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, previo él envió de las comunicaciones de rigor, ARCHIVENSE DEFINITIVAMENTE las dirigencias.  De esta decisión se notifica en estrados a las partes a quienes se les informa que contra la misma procede el recurso de apelación ante la Sala Penal de) Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta ciudad. |

* El día **21 de abril de 2016** declaró desierto el recurso de apelación interpuesto el 13 de abril del mismo año por la Fiscal Delegada Ana María Muñoz Calderón, al no haberlo sustentado. Por lo tanto, declaró en firme la sentencia. [[37]](#footnote-37)
* El día **22 de mayo de 2017**, el Director del Establecimiento Carcelario de Bogotá, en uso de sus facultades legales, certificó que el señor José de Jesús Vargas Galicia ingresó al Establecimiento Carcelario de Bogotá “La Modelo” el 29 de enero de 2015 por el delito de actos sexuales con menor de catorce a los agravado, y permaneció recluido en dichas instalaciones hasta el 14 de abril de 2016. [[38]](#footnote-38)
* El **13 de junio de 2017**, el Jefe de Recursos Humanos de la empresa Intercom Security de Colombia LTDA certificó que el señor José de Jesús Vargas Galicia laboró para esa empresa desempeñando el cardo de Guarda de Seguridad, con un contrato laboral a término indefinido desde el 9 de septiembre de 2014 al 2 de enero del 2015. [[39]](#footnote-39)

**2.3.2.** Entremos ahora a resolver el interrogante planteado:

***¿La privación de la libertad de la que fue objeto el señor HENDER GABRIEL BAQUERO RIVERA fue injusta o no? y si lo fue ¿a quién debe atribuirse la responsabilidad?***

Del material probatorio aportado se encuentra demostrada la privación de la libertad de la que fue objeto el señor JOSÉ DE JESÚS VARGAS GALICIA pues permaneció en establecimiento carcelario del desde el **2° de enero de 2015 hasta el 14 de abril de 2016**, por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, que terminó con sentencia absolutoria del 13 de abril de 2016[[40]](#footnote-40) proferida por el Juzgado 8º Penal del Circuito con función de conocimiento de BOGOTÁ, bajo el radicado 110016000013-2015-00026 (número interno 228.655).

Ahora bien, en cuanto a si aquella **fue o no injusta**, si tenemos en cuenta el artículo 306 de la Ley 906 de 2004[[41]](#footnote-41), la función del fiscal y del juez de instancia dentro las medidas de aseguramiento en el proceso penal se centran en ser el fiscal la parte acusadora y el juez quien bajo su criterio determine si los elementos aportados por el ente acusador son suficientes para decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva de la libertad de la parte acusada.

Del material probatorio observa el despacho que para el momento en que se produjo la privación de la libertad se tenía suficiente soporte probatorio para decretar la medida, pues esta fue apropiada, razonable, proporcionada y no fue arbitraria, pues el señor JOSE DE JESUS VARGAS GALICIA fue la persona que el 7 de enero de 2015 en calidad de celador del conjunto residencial a las 9:30 de la noche besó a la menor LCVA de 8 años para entonces, antes de salir a cumplir lo mandado por la progenitora y a su regreso, cuando se dirigía al apartamento en que habitaba y no habían espectadores, conducta reprochable pues no guardó el nivel de prudencia que debe efectuar un adulto al acercarse y relacionarse con una menor. Lo que ocurrió fue que no se logró demostrar el elemento subjetivo de la conducta imputada, ordenándose la absolución y su libertad inmediata.

En consecuencia, comoquiera que no se logró demostrar el carácter injusto de la privación de la libertad de la que fue objeto el señor JOSÉ DE JESÚS VARGAS GALICIA, las pretensiones serán adversas a la demanda.

* 1. **CONDENA EN COSTAS**

La condena en costas la adopta el juez teniendo en cuenta la conducta de la parte vencida en el proceso, pues no es una regla de aplicación forzosa y general.

El artículo 188 del CPACA no obliga al juzgador a condenar en costas indefectiblemente sin que medie una valoración de la conducta de la parte vencida en el proceso, dicha norma señala que se debe disponer sobre dicha condena solo en la sentencia que decida el mérito del asunto sometido a debate en el proceso.

Analizado dicho aspecto, este despacho estima que en esta oportunidad **no hay lugar a imponer condena en costas**, debido a que no se aprecia temeridad o abuso de las atribuciones o derechos procesales por las partes Además, las costas deben aparecer comprobadas, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P, según el cual "*Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"* situación que no se ha presentado en el caso estudiado.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUÍTO DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,**

**FALLA:**

**PRIMERO: Declárense** no probadas las excepciones propuesta por las demandadas

**SEGUNDO:** **Niéguense** las pretensiones de la demanda

**TERCERO:** **Sin condena** en costas.

**CUARTO:** Notifíquese a las partes del contenido de esta decisión en los términos del artículo 203 del CPACA.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA CECILIA HENAO MARIN**

Juez

NNC

1. Pág. 17 del fallo absolutorio del Juzgado. [↑](#footnote-ref-1)
2. En relación con este principio el Consejo de Estado, señaló: "En ese orden, el interés superior del menor y la aplicación del principio pro infans deben sopesarse frente a otras garantías de los intervinientes, dando prelación a los primeros, dada su preponderancia constitucional y el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos atroces (...) 8.2.2. Como se indicó con antelación, cuando normativamente exista un eventual conflicto entre los derechos y garantías de un menor de edad, frente a las de un adulto, hermenéuticamente, atendiendo el interés superior del niño y el principio pro infans, deberá darse prelación a la protección y salvaguarda de los niños, niñas y adolescentes dada su situación de debilidad manifiesta". [↑](#footnote-ref-2)
3. en los siguientes términos: "En el caso sub judice se incumplió el deber de establecer mecanismos judiciales necesarios, propicios y adecuados para asegurar que la niña objeto de violencia tenga acceso efectivo a una investigación, resarcimiento, reparación del daño3, si hubiera lugar a ello. Los menores tienen un derecho reforzado a la protección de su dignidad humana y al acceso a la administración de justicia, es decir, el Estado les debe garantizar los derechos fundamentales a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Recuérdese que la falta de investigación en casos de violencia sexual contribuye a la impunidad y fomenta la reproducción de la violencia". [↑](#footnote-ref-3)
4. como se advierte en el siguiente caso: En la sentencia del 30 de marzo de 2017 el Consejo de Estado absolvió de responsabilidad a la Nación por considerar que se estructuraba el hecho de la víctima, para lo cual resultó fundamental la aplicación del principio pro infans, que en este caso ante la duda sobre la veracidad de los testimonios de los menores y las declaraciones del presuntos agresor, esa Corporación consideró que debía prevalecer la versión de los primeros que además estaba soportada en los informes de psiquiatría forense. [↑](#footnote-ref-4)
5. Veamos el siguiente caso: En la sentencia del 14 de diciembre de 2016, en la que se puso fin al trámite de segunda instancia del proceso de reparación directa radicado 2008-00305-01(42615), el Consejo de Estado tuvo en cuenta la declaración de la menor víctima y la existencia de pruebas médicas en las cuales se determinó que efectivamente la menor había sido accedida. Estos aspectos analizados en conjunto facilitaron que esa Corporación Judicial advirtiera la existencia de una causal exonerativa de responsabilidad del Estado consistente en la culpa exclusiva de la víctima. [↑](#footnote-ref-5)
6. donde se prescribe que: (...) ***"...el término "injustamente" se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho sino abiertamente arbitraría. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de la libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión del patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados." "... una falta por parte del administrador de justicia que conlleve responsabilidad patrimonial del Estado, debe ser estudiada desde una perspectiva funcional, esto es, bajo el entendido de que al juez, por mandato de la Carta política, se le otorga una autonomía y una libertad para interpretar los hechos que se someten a su conocimiento y así mismo, aplicar las normas constitucionales o legales que juzgue apropiadas para la resolución del respectivo conflicto jurídico (Art.228 CP.). Dentro de este orden de ideas, se insiste, es necesario que la aplicabilidad del error jurisdiccional parta de ese respeto, hacia la autonomía funcional del juez".. "(Subrayo y resalto)*** [↑](#footnote-ref-6)
7. "(…) "Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que, si bien acompañé la providencia mediante la cual se declaró la responsabilidad de la Rama Judicial por la privación de la libertad del señor John Carlos Peña Viscaya, por los delitos de concierto para delinquir con fines de narcotráfico y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares, de los cuales fue exonerado, por cuanto no los cometió, no comparto el criterio según el cual hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado no solo cuando la persona privada de la libertad es exonerada en el proceso penal porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, sino también cuando lo es en virtud del principio del indubio pro reo.

   En mí sentir, los únicos supuestos que permiten inferir objetivamente que una persona fue privada injustamente de la libertad, aún con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, son los señalados por el derogado artículo 414 del C. de P.P., pues, en los eventos no contemplados en la citada norma, quien haya sido privado de la libertad está en la obligación de demostrar la injusticia de la medida, esto es, debe acreditar la existencia de una falla en la prestación del servicio. (Subrayo y resalto)

   El legislador fue claro y enfático en establecer únicamente esos tres eventos como aquellos en los cuales la persona que sufre una detención preventiva y luego es exonerada de responsabilidad penal tiene derecho a ser indemnizada, sin entrar a hacer calificaciones o elucubraciones de índole alguna, salvo que dicha medida obedezca a una actuación dolosa o gravemente culposa de la víctima, evento en el cual hay lugar a exonerar de responsabilidad a la demandada.

   El legislador fue claro y enfático en establecer únicamente esos tres eventos como aquellos en los cuales la persona que sufre una detención preventiva y luego es exonerada de responsabilidad penal tiene derecho a ser indemnizada, sin entrar a hacer calificaciones o elucubraciones de índole alguna, salvo que dicha medida obedezca a una actuación dolosa o gravemente culposa de la víctima, evento en el cual hay lugar a exonerar de responsabilidad a la demandada.

   De hecho, pueden darse múltiples ejemplos de casos en los que la exoneración de responsabilidad penal se dé por razones distintas a las tres que la norma en cita consagra como generadoras de responsabilidad de la administración, como cuando opera una causal eximente de antijuridicidad o de culpabilidad, o cuando la detención se produce por delitos cuya acción se encuentra prescrita, o por conducta que la legislación haya dejado de considerar delictiva, o cuando la detención se produce en un proceso promovido de oficio frente a un delito que exija querella de parte, o cuando la medida restrictiva de la libertad se produce sin fundamento legal o razonable o esta resulta desproporcionada en consideración al delito de que se trate, casos en que la responsabilidad que obliga a indemnizar se resuelve bajo el título de falla en la prestación del servicio y ante los cuales no se ve razón válida alguna para dar un tratamiento diferente al del indubio pro reo (subrayo y resalto)

   Como se sabe, a medida que transcurre el proceso penal la exigencia de la prueba sobre la responsabilidad en la comisión de un hecho punible es mayor, de modo que, para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva, basta que obre en contra de la persona sindicada del hecho punible un indicio grave de responsabilidad penal, pero dicha carga cobra mayor exigencia a la hora de proferir sentencia condenatoria, pues, al efecto, se requiere plena prueba de la responsabilidad; por consiguiente, puede llegar a ocurrir que estén reunidas las condiciones objetivas para resolver la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento de detención preventiva y que, finalmente, la prueba recaudada resulte insuficiente para establecer la responsabilidad definitiva, caso en el cual debe prevalecer la presunción de inocencia y, por ende, la decisión debe sujetarse al principio del ¡n dubio pro reo, situación que no implica, por sí misma, que los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan sido desvirtuados en el proceso penal y que la privación de la libertad fuera injusta, desproporcionada o carente de fundamento legal. (Subrayo y resalto)

   Efectivamente, unas son las circunstancias en las que a la decisión absolutoria se arriba como consecuencia de la ausencia total de pruebas en contra del sindicado, lo que afecta, sin duda, la legalidad de la orden de detención preventiva, pues no puede aceptarse de ninguna manera que la falta de actividad probatoria por parte del Estado la tengan que soportar las personas privadas de la libertad, cuando precisamente del cumplimiento a cabalidad de dicha función depende el buen éxito de la investigación; otras, en cambio, son las que tendrían lugar cuando, a pesar de haberse recaudado diligentemente la prueba necesaria para proferir medida de aseguramiento y, luego, resolución de acusación en contra del sindicado, existe duda para proferir sentencia condenatoria, evento en el cual, para que surja la responsabilidad del Estado, debe acreditarse que la privación de la libertad fue injusta, pues si hay duda de la culpabilidad es porque también la hay de la inocencia y, en este caso, a mi juicio, es claro que se deben soportar a cabalidad las consecuencias de la investigación penal, sin que esto se entienda, como pudiera pensarse, en que se parte, entonces, de la presunción de culpabilidad de la persona, pues de donde se parte es del hecho de que hubo elementos de juicio suficientes, válidos, no arbitrarios, ni errados, ni desproporcionados, ni contrarios a derecho y más bien ajustados al ordenamiento jurídico, para privarla de la libertad en forma, por ende, no injusta.

   Lo acabado de expresar cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta, por otra parte, que el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política obliga a la Fiscalía General de la Nación a solicitar las medidas que se requieran para asegurar que el imputado comparezca al proceso penal, que es una de las finalidades que se persigue con la detención preventiva. (Subrayo y resalto)

   A lo anterior se añade que resultaría cuando menos absurdo que el Estado tuviera que indemnizar por una privación de la libertad dispuesta, incluso, con el mencionado sustento constitucional. (Subrayo y resalto)

   El artículo 414 del anterior Código de Procedimiento Penal establece, en su parte inicial, un título de imputación genérico para la indemnización por privación injusta de la libertad, caso en el cual el interesado en la indemnización debe acreditarlo injusto de la medida, por ejemplo, demostrando su falta de proporcionalidad, su arbitrariedad, la ilegalidad o lo errado de la misma. A renglón seguido, la misma norma define o identifica unos casos en los que parte de la injusticia de la medida, con base en la absolución por uno de los supuestos señalados en la norma: el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o no es un hecho punible. Siendo ello así, es claro, a mi juicio, que no puede otorgarse el mismo efecto a ambas partes de la norma, para derivar de ellas un derecho a la reparación, con base en la simple constatación de que no se dictó sentencia condenatoria en contra del procesado.

   Así las cosas, la enumeración de unos casos determinados en que el legislador (artículo 414 del Decreto 2700 de 1991) califica a priori la detención preventiva como injusta significa que, en los demás supuestos, es decir, en los que se subsumen en la primera parte de la norma en cita, como cuando la absolución deviene como consecuencia de la aplicación del principio del indubio pro reo, para que surja la responsabilidad del Estado el demandante debe acreditar la injusticia, la falta de proporcionalidad, la arbitrariedad, la ilegalidad o lo errado de la medida de aseguramiento de detención preventiva, para lo cual no basta acreditar que no hubo condena en el proceso penal

   Así, por ejemplo, puede suceder que la duda se configure porque es la desidia o la ineficiencia del Estado lo que no permite desvirtuar la presunción de inocencia del encartado, como cuando aquél no asume con diligencia y seriedad la carga que le corresponde, en aras de establecer la responsabilidad del sindicado, caso en el cual es evidente que la privación de la libertad se torna injusta, ya que la medida restrictiva impuesta no cumple la finalidad para la cual fue diseñada y es entonces cuando emerge clara la responsabilidad del Estado, por un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. (Subrayo y resalto)

   Si se considera que en todos los casos en que la sentencia absolutoria o la providencia equivalente a la misma da derecho a indemnización en favor de la persona que hubiera sido sindicada del delito y sometida a detención preventiva, sin que sea necesario establecer si la medida fue o no ilegal, desproporcionada, errada, arbitraria o, en fin, injusta, resulta necesario concluir que ningún efecto jurídico tiene el hecho de que la decisión absolutoria se produzca con fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, o bien con un fundamento diferente. (Subrayo y resalto

   En este sentido dejo expuesta mi aclaración de voto en torno a un criterio que en la sentencia no es relevante, toda vez que, en el sub júdice, la parte adora no tenía que demostrar la ilicitud de la detención preventiva que afectó al señor John Carlos Peña Viscaya, ya que la justicia penal lo exoneró de responsabilidad, por cuanto no cometió los delitos imputados." [↑](#footnote-ref-7)
8. se señaló lo siguiente: "(...) El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"; o la "lesión de un interés o con la alteración "in pejus" del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa"; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ¡i) porque sea "irrazonable", en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, o de la cooperación social.(...)" (Resalto y subrayo) [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C; CP. Dr. GUILLERMO SANCHEZ LUQUE, del 26/09/2016, Rad.: 08001-23-31-000-2009-00305-01 (43848), Pues es una carga pública que tiene el deber de soportar, así: "*Así las cosas, como la orden de captura fue ordenada por una autoridad competente, se ajustó a los presupuestos previstos en la ley, la sindicada fue escuchado en indagatoria y se resolvió su situación jurídica en el sentido de no imponer medida de aseguramiento, el daño alegado en la demanda por la privación que sufrió Lícette Elena Acevedo no tiene el carácter de antijurídico, pues correspondió a una carga que ésta estaba en el deber jurídico de soportar."* Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 26/04/2017, CP. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, expediente 73001 -23-31 -000-2008-00655-01(41326), donde indicó: *"La Sala observa de la interpretación de la demanda que los actores alegan como un segundo daño antijurídico, el haber tenido que soportar el proceso penal adelantado en contra [los señores] (...) como presuntos coautores de los delitos de fraude procesal. En concurso con falso testimonio. En este sentido, la Sala recuerda que la carga de asumir un proceso penal por sí sola no constituye un daño antijurídico, por el contrario es sabido que esta es una carga pública que deben asumir todos los ciudadanos colombianos, salvo en aquellos casos en que de este hecho se deriven daños significativos que ameriten una indemnización por parte del Estado y no configuren meras molestias bagatelares. Al respecto, la Sala resalta que de la lectura de los hechos narrados en la demanda y los medios probatorios que obran en el plenario, esto es, las providencias anteriormente mencionadas y los interrogatorios de parte realizados a [los señores] no demuestran que la carga procesal de haber asumido el proceso penal adelantado en su contra les naya acarreado a los demandantes un daño significativo, más allá de la mera molestia, que merezca una indemnización por parte de las entidades demandadas." (Resaltado y negrilla fuera del texto)* [↑](#footnote-ref-9)
10. "... 24. Un desarrollo más detallado de los ingredientes descriptivos del procedimiento penal se encuentra en la sentencia C-396 de 2007, en la cual se señaló: "Ahora bien, de la interpretación teleológica y sistemática del Acto Legislativo número 3 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en sostener que dentro de las características claras del sistema penal acusatorio se encuentran, entre otras, las siguientes: "i) Separación categórica en las etapas de investigación y juzgamiento (subrayo y resalto). Como consecuencia de ello, desaparece la instrucción como fase de la instancia procesal encomendada al juez y se convierte en una etapa de preparación para el juicio. De esta forma, al juez penal se le encomienda el control de las garantías legales y constitucionales y el juzgamiento mediante el debido proceso oral (...). "ii) El rol del juez en el sistema penal acusatorio está centrado en el control de los actos en los que se requiera ejercicio de la potestad jurisdiccional o que impliquen restricción de derechos o calificación jurídica de los hechos (subrayo y resalto). Así, el control judicial no sólo debe concretarse en el cumplimiento formal de los requisitos sino en la efectividad de los derechos sustanciales en juego (...). "iii) La actuación judicial solamente procede a petición de parte. Así, de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal está a cargo de la Fiscalía, quien puede solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad. Esa misma autoridad tiene a su cargo la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, la solicitud de la preclusión de las investigaciones y las medidas necesarias para la protección de las víctimas (250- 4, 5, 6 y 7).

    "iv) El proceso penal es, por regla general, oral, contradictorio, concentrado y público. "v) Es posible que el proceso penal no se inicie o se termine pese a la certeza de la ocurrencia de un delito porque existió aplicación del principio de oportunidad o porque hubo acuerdo entre las partes. Por regla general, en los casos de terminación anticipada del proceso, existirá control judicial material y formal de la decisión adoptada.

    "vi) las funciones judiciales del control de garantías y de conocimiento suponen la clara distinción de dos roles para los jueces penales. El primero, el gue tiene a su cargo la protección de las garantías y libertades individuales en las etapas preliminares a la imputación y, el segundo, el juez gue tiene la responsabilidad de llevar adelante el juicio penal con todas las garantías procesales y sustanciales propias del debido proceso (subrayo y resalto)". 25. Todos estos elementos han permitido señalar que el sistema procesal penal adoptado por el ordenamiento jurídico colombiano recoge un modelo propio, singular, específico[25¡. En efecto, lo que se ha concebido es un sistema mixtof26], pero esta vez, conforme al Acto legislativo No. 03 de 2002 y a su desarrollo normativo a partir de la Ley 906 de 2004, con tendencia acusatoria[27J. Un sistema en el que se procura la separación clara entre la etapa de investigación y la del juicio, la sujeción a ciertos principios de actuación que pretenden asegurarlas mejores condiciones para que la decisión que se adopte sea a la vez respetuosa de los derechos fundamentales del inculpado o acusado y de los derechos de las víctimas, así como garante del deber constitucional de perseguir y punir el delito (...)", [↑](#footnote-ref-10)
11. "(…) Ahora bien, en lo que atañe a la autoridad llamada a responder por el daño, o al sujeto a quién le es imputable mismo, esta colegiatura acudirá al análisis ya efectuado en un caso de similares contornos resuelto por parte de este Tribunal Administrativo de Descongestión, en donde se indicó frente a la excepción de "falta de legitimación en la causa por pasiva", propuesta por la Rama Judicial, exceptiva que también fue propuesta en este proceso, con el argumento de que la Fiscalía de conocimiento fue la que ordenó la detención del señor ...,y que por ende es ésta quien debe responder por los perjuicios morales y materiales causados con ocasión de la medida de aseguramiento de la que fue objeto, siendo entonces la única entidad que debe estar vinculada en la presente acción. Pues bien, de la lectura de las pruebas allegadas al plenario, se pudo determinar que, contrario a lo señalado por el apoderado si es posible endilgarle responsabilidad a la Rama Judicial, pues de la providencia proferida el 23 de marzo de 2006 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tuta, se pudo determinar que allí se procedió a legalizar la captura de los señores ...imputándoles el delito de Hurto Agravado, siendo en la misma audiencia impuesta la referida medida de aseguramiento y legalizada la incautación de 3 mordazas de cobre electrolito y un vehículo.... De lo que claramente se colige que quien profirió la medida de aseguramiento al señor..., fue el Juzgado Promiscuo Municipal de Tuta, con Función de Control de Garantías, es decir, que fue ésta (Rama Judicial) por intermedio de dicho Despacho Judicial quien decidió privar de la libertad al demandante, por lo tanto la legitimación en la causa por pasiva es evidente pues dicha actuación es determinante en los daños irrogados a los actores con la privación de la libertad del citado señor. La Fiscalía General de la Nación, por su parte dirige sus alegatos de conclusión a indicar que conforme al sistema penal acusatorio cuyo procedimiento regula la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación, es quien asume el papel acusador frente a conductas punibles mas no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo este el fundamento principal que conlleva a esta entidad para que quede eximida de responsabilidad frente a una detención injusta, argumento que acoge la Sala pues en efecto, en este caso no está llamada a responder la Fiscalía por la condena que se imponga en la presente sentencia, pues acorde con lo expuesto en párrafos precedentes, esta Entidad no fue la encargada de adoptarla medida privativa de la libertad. Aunado a lo anterior, debe decirse que desde la perspectiva de la imputación y la relación causal, de conformidad con el procedimiento penal acusatorio implementado desde la reforma del artículo 250 constitucional y la Lev 906 de 2004j la fuente el daño alegado se deriva estrictamente de las decisiones adoptadas por los jueces de la República (resalto y subrayo)

    Si bien es cierto que la Nación puede ser representada y comprometida en procesos de responsabilidad, tanto por el Director Ejecutivo de Administración Judicial, como por el Fiscal General de la Nación, ya que cuentan con autonomía administrativa y presupuestal propia. Sin embargo, en criterio de la Sala, en este caso corresponderá a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial responder por las decisiones adoptadas por sus funcionarios (Juez Promiscuo Municipal de Tuta), con el propósito de restringirla libertad del señor Oscar Iván Mayorga.

    Cabe afirmar, que si bien, en casos de responsabilidad estatal derivada de la privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado ha procedido a dividirla proporción que las entidades deben aportar para la reparación, bajo el entendido que la obligación es divisible20, sin que ello desdibuje la naturaleza solidaria de la obligación, cuya virtud es la de poder exigir todo el cumplimiento de la obligación a uno o a todos los deudores, en este caso las teorías esbozadas frente a dicha proporcionalidad no son aplicables en el caso concreto, pues desde la implementación del sistema acusatorio, sustrajo las facultades de disposición con las que contaba la Fiscalía General de la Nación y las fijó todas en cabeza del juez penal.

    En criterio de la Sala, como la medida restrictiva, se dio en el sub lite, en virtud del proceso penal implementado por la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), es preciso que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial responda por el cien por ciento (100%) de la condena impuesta. Debe tenerse presente que la Fiscalía, como representante del Estado, es la titular de la acción penal y que tiene la función constitucional y legal de acusar y demostrar la culpabilidad del presunto infractor de la ley penal, de manera que es válido aceptar que el proceso penal depende de su diligencia.

    No obstante, lo anterior, los poderes del Fiscal no son de índole dispositiva, sino gue se reducen, simplemente a solicitar al respectivo juez, la toma de las diferentes decisiones gue se derivan de la actuación penal, así lo establece el artículo 66 de la ley 906 de 2004, cuando establece gue la Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal y sus funciones se encuentran desarrolladas en los artículos 114 y 116 ibídem, las cuales le imponen el deber, no solo de adelantar la investigación, sino también de formular las diferentes imputaciones y acusaciones a gue hayan lugar, de igual manera podrá solicitarlas diferentes medidas restrictivas de la libertad, sin gue el juez esté facultado para adoptar medidas de forma oficiosa (subrayado y resaltado)

    En concordancia con lo anterior, el mismo Código de Procedimiento Penal, prevé en sus artículos 306 y siguientes, los requisitos gue rigen la captura y la solicitud de la medida de aseguramiento, gue si bien no puede ordenar el Juez, motu propio, sí corresponden a sus facultades dispositivas, por lo cual es el único funcionario autorizado para adoptar medidas o tomar decisiones en Las cuales se restringe la libertad de los individuos (subrayo y resalto). (…)

    De acuerdo a lo anterior, se debe concluir indefectiblemente que los Jueces de la República son los únicos facultados constitucional y legalmente para la imposición de medidas restrictivas de la libertad en el sistema penal implementado por la Ley 906 de 2004 (subrayo y resalto), razón por la cual, si bien es cierto, no hay lugar a declarar probada la excepción propuesta por la Fiscalía en cuanto a la falta de legitimación, conforme a los criterios expuestos en precedencia, deberá indicarse en la parte resolutiva que la Nación - Fiscalía General de la Nación, no es responsable de los prejuicios derivados de la privación injusta del señor Oscar Iván Mayorga y, en consecuencia, se condenará a la Nación - Rama Judicial - al pago de la indemnización...

    En conclusión se dirá, que el juez de control de garantías es el competente para pronunciarse sobre las condiciones tácticas y jurídicas gue sustentan la solicitud del Fiscal, y determinar si tal solicitud resulta razonable, adecuada necesaria y proporcional y en caso de gue así sea, autorizar la medida de aseguramiento como lo establece el artículo 250 de la Constitución

    (subrayo y resalto)..." [↑](#footnote-ref-11)
12. "De cara al nuevo sistema no podría tolerarse que la Fiscalía, a la cual se confiere el monopolio de la persecución penal y por ende, con amplios poderes para dirigir y coordinar la investigación criminal, pueda al mismo tiempo restringir, por iniciativa propia, derechos fundamentales de los ciudadanos o adoptar decisiones en torno de la responsabilidad de los presuntos infractores de la ley penal, pues con ello se convertiría en arbitro de sus propios actos.

    Por ello, en el proyecto se instituye un conjunto de actuaciones que la Fiscalía debe someter a autorización judicial previa o a revisión posterior, con el fin de establecer límites y controles al ejercicio del monopolio de la persecución penal, mecanismos estos previstos de manera escalonada a lo largo de la actuación y encomendados a los jueces de control de garantías.(Subrayo y resalto).

    Función deferida a los jueces penales municipales, quienes apoyados en las reglas jurídicas hermenéuticas deberán establecer la proporcionalidad, razonabilidad, y necesidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales solicitadas por la Fiscalía, o evaluar la legalidad de las actuaciones objeto de control posterior. (Subrayo y resalto).

    El juez de control de garantías determinará, particularmente, la legalidad de las capturas en flagrancia, las realizadas por la Fiscalía de manera excepcional en los casos previstos por la ley, sin previa orden judicial y, en especial, tendrá la facultad de decidir sobre la imposición de las medidas de aseguramiento que demande la Fiscalía, cuando de los elementos materiales probatorios o de la información obtenida a través de las pesquisas, aparezcan fundados motivos para inferir que la persona es autora o partícipe de la conducta que se indaga. (Subrayo y resalto).

    De otra parte, armonizando la naturaleza de las medidas de aseguramiento con la filosofía que inspira el sistema acusatorio y acorde con la jurisprudencia constitucional, sobre la materia, su imposición queda supeditada a unos fines que justifican la restricción del derecho fundamental a la libertad. En consecuencia, no bastará con evidencias de las cuales se pueda inferir la autoría o participación en la comisión de un delito, sino que se torna indispensable que la privación de la libertad devenga necesaria en razón del pronóstico positivo que se elabore, a partir de tres premisas básicas: que el imputado estando en libertad pueda obstruir el curso de las investigaciones; que pueda darse la fuga; o que, por la naturaleza del hecho investigado, constituya un peligro para la sociedad o las víctimas del delito." Exposición de motivos del Acto Legislativo 237 de 2002 - Cámara (Actual Acto Legislativo 02 de 2003). Gaceta del Congreso # 134 del 26 de abril de 2002. [↑](#footnote-ref-12)
13. (...) "En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos (subrayo). En ejercicio de esta competencia, los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica. Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal (subrayo). En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso, (subrayo y resaltado)

    Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento. C...J".(subrayo y resalto). [↑](#footnote-ref-13)
14. “(...) 7. La legitimación en la causa (...) 7.2 Por pasiva: Según se advirtió en acápites anteriores, está probado en el expediente que la imposición de la medida de aseguramiento respecto de la demandante Marcia Milagros Valencia Landa corrió por cuenta de la decisión adoptada en audiencia por el Juzgado Promiscuo Municipal de Suarez Cauca con funciones de control de garantías (resalto). Ninguna duda hay entonces de que el proceso penal se tramitó en vigencia del actual sistema penal acusatorio, esto es la Ley 906 de 2.004.

    Al punto, debe reiterarse que en este nuevo sistema a la Fiscalía General de la Nación y sus delegadas les corresponde detectar, proteger e identificar los elementos físicos de las evidencias y conseguir información general sobre un hecho delictivo o en general diseñar el programa metodológico de la investigación con el propósito de inferir que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga y proceder a formular una imputación ante el juez de control de garantías (art. 286).En ese momento, la Fiscalía debe describir al imputado, dar su nombre y/o número de identificación y condiciones civiles como profesión, estado civil, nombre de los padres, ciudad donde es oriundo y demás, para identificarlo plenamente. Así mismo, relatar claramente los hechos y solicitar la medida de aseguramiento que le corresponde imponer al juez de control de garantías, como lo señala el artículo 306 de la Ley 906 de 2004.

    Posteriormente, la Fiscalía puede formular la acusación o preclusión de la investigación, decisión que es adoptada por el juez de conocimiento -art. 331 Ley 906 de 2.004-, es decir, el juez es el destinatario de toda la actividad probatoria y adopta las decisiones relacionadas con la privación de la libertad y absolución o condena a los procesados (resalto).

    Por lo tanto, el Fiscal dirige, coordina, controla y ejerce verificación técnico científica sobre la investigación y las actividades de policía judicial; sin embargo, no tiene la facultad de privar de la libertad a las personas, salvo las excepciones contempladas en la ley (artículo 300), pues dicha función le corresponde al Juez de Control de Garantías por solicitud del Fiscal, como se establece en su artículo 297 y siguientes, y por tal en vigencia del nuevo sistema penal acusatorio, Ley 906 de 2.004, las decisiones que impliquen la privación de la libertad de una persona, únicamente corresponde adoptarlas a los jueces en función de control de garantías, ya sea al legalizar una captura cuando ésta ha sido efectuada por otra autoridad, incluso en aquellos eventos en que el Fiscal hace uso de la facultad excepcional conferida en el artículo 300, o al ordenar la imposición de una medida de aseguramiento. (Resalto)

    Es preciso advertir, que a pesar de no tenerla Fiscalía General de la Nación, bajo el nuevo Código de Procedimiento Penal, la facultad de decidir sobre la restricción de la libertad de una persona implicada en un proceso penal, ésta entidad puede en el ejercicio de la facultad excepcional antes referida (art. 300 C.P.P.), o en el ejercicio de sus funciones como ente instructor, encaminar la decisión que pueda adoptar el juez en relación con la privación de la libertad de un sindicado, y por tal, eventualmente, puede incluso llevar o inducir a error al juez, hipótesis en la cual cabría el análisis de corresponsabilidad; por ello siempre será necesario verificar en cada caso a quién le resulta atribuible el daño alegado. (...)

    Pues bien, en el caso bajo estudio el proceso penal iniciado en contra déla adora se adelantó en vigencia de la Ley 906 de 2.004, por lo que precisamente en la audiencia preliminar celebrada el 30 de marzo de 2.008 (fl. 313 ss c.pbas), la legalización de la captura y la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, la realizó el Juez Promiscuo Municipal de Suarez(C) con funciones de control de garantía, previa solicitud del Fiscal correspondiente; es decir, que la decisión relacionada con la privación de la libertad, es privativa del funcionario judicial, lo cual nos lleva a concluir que la responsabilidad sobre la restricción de la libertad finalmente estuvo en cabeza de la Nación- Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial(resalto); además, la lectura del proceso penal no permite colegir que en la determinación de la procedencia e imposición de la medida de aseguramiento, la Fiscalía hubiera podido inducir en error al Juez. Por tanto, en el presente asunto se negarán las pretensiones respecto de la Fiscalía General de la Nación. (...)" [↑](#footnote-ref-14)
15. (...) Sobre el particular, la Sala estima necesario precisar que si bien cada una de las entidades demandadas ostentan la representación de la Nación en casos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por hechos imputables a la Administración de Justicia (inciso segundo del artículo 49 de la Ley 446 de 1998 y numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996), lo cierto es que las decisiones que se discuten en el presente litigio y que habrían ocasionado el daño cuya indemnización se reclama, fueron proferidas por la Rama Judicial, razón por la cual una vez efectuado el recuento probatorio, se concretará si el aludido daño antijurídico reclamado se encuentra acreditado y, de estarlo, se establecerá si el mismo le resulta imputable a la Rama Judicial, (la cual fue debidamente notificada y representada), de lo contrario habrá lugar a confirmar la decisión apelada.

    En efecto, con la expedición de la Ley 96 de 2004- Código de procedimiento Penal- el legislador articuló el proceso penal de tal manera que buscó fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, como es instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar dentro de la acción penal, porto que, suprimió del ente investigador- Fiscalía- la facultad jurisdiccional, la cual venía ejerciendo por disposición del antiguo código de procedimiento penal- ley 600 de 2000-. Así las cosas, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, las decisiones que impliquen una privación de la libertad, son proferidas por las Jueces que tiene a sus cargo el conocimiento del proceso penal, como en efecto ocurrió en este caso mediante el auto proferido el 18 de noviembre de 2005 por el Juez segundo Penal Municipal con Funciones de Garantías que decretó la medida de aseguramiento contra el actor

    Así pues, en el sub examine las decisiones que llevaron a la privación de la libertad del señor Carlos Julián Tuñón Gálviz, sí bien es cierto fueron solicitadas por la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que dicho ente no tenía la potestad de decidir sobre la privación de la libertad del hoy actor, cosa que sí le correspondía a la Rama judicial, por encontrarse dentro de sus funciones jurisdiccionales, razón por la cual, forzoso resulta concluir que en el presente asunto y, a la luz de las nuevas disposiciones penales, no es posible endilgarle responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual se confirmará la falta de legitimación en la causa por pasiva por la privación de la libertad del señor Carlos Julián Tuñón Gálviz" (negrilla cursiva y subrayado fuera de texto) [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 16 ibídem [↑](#footnote-ref-16)
17. "Asimismo, la culpa exclusiva de la víctima, es entendida como "la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado", y tal situación releva de responsabilidad al Estado cuando la producción del daño se ha ocasionado con la acción u omisión de la víctima, por lo que esta debe asumirlas consecuencias de su proceder.

    Y se entiende por culpa grave no cualquier equivocación, error de juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, sino aquel comportamiento que revista tal gravedad que implique "no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suele emplearen sus negocios propios", en los términos del artículo 63 Código Civil.

    A la sazón, está Sala de Subsección ha precisado:

    "La Sala pone de presente que, la culpa grave es una de las especies de culpa o descuido, según la distinción establecida en el artículo 63 del C. Civil, también llamada negligencia grave o culpa lata, que consiste en no manejarlos negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa esta que en materia civil equivale al dolo, según las voces de la norma en cita.

    Valga decir, que de la definición de culpa grave anotada, puede decirse que es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

    Es pertinente aclarar que no obstante en el proceso surtido ante la Fiscalía General de la Nación, se estableció que la demandante no actuó dolosamente desde la óptica del derecho penal, no ocurre lo mismo en sede de la acción de responsabilidad, en la cual debe realizarse el análisis conforme a la Ley 270 y al Código Civil"

    En este orden de ideas, aunque el actuar irregular y negligente del privado de la libertad frente a los hechos gue dieron lugar a la investigación penal y, por supuesto, a la privación de la libertad o el comportamiento por él asumido dentro del curso del proceso punitivo no haya sido suficiente ante la justicia penal para proferir una sentencia condenatoria en su contra, en sede de responsabilidad civil y administrativa, y con sujeción al artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 63 del Código Civil, podría llegar a configurar la culpa grave y exclusiva de la víctima, y exonerar de responsabilidad a la entidad demandada.

    Dicho de otra manera, que la parte demandante haya sido absuelta por la justicia penal, ello no quiere decir, per se, que se configure la responsabilidad patrimonial de la administración, pues debe revisarse la culpa del penalmente investigado, pues, pese a gue su actuación no haya tenido la magnitud para configurar el delito endilgado en su contra, sí puede exonerar patrimonialmente a la entidad demandada." (Resaltado y Negrilla fuera el texto) [↑](#footnote-ref-17)
18. "20. ***Análisis de la culpa exclusiva de la víctima.*** *En punto de la responsabilidad administrativa, como ya se dijo, todo análisis que se haga respecto de las actuaciones de la víctima no conlleva ni tiene por objeto controvertir las decisiones de las autoridades penales, ni mucho menos, poner en tela de juicio el patrocinio de la presunción de inocencia con que se vio favorecido el implicado. Bajo esa misma lógica, el juez de la responsabilidad estatal no queda limitado ni debe limitarse a las valoraciones efectuadas dentro del proceso penal, sino a las propias que extraiga del material probatorio allegado y que se enmarquen dogmáticamente en la responsabilidad civil.*

    *20.1. Desde esa perspectiva, el análisis que se emprende en sede de reparación directa, tiene por finalidad verificar que la víctima, acuciosa en su reclamo, también lo haya sido en el cumplimiento de las cargas que la ley impone por igual a todos. Tales cargas, se traducen en deberes básicos y comportamientos esperados necesarios para la convivencia, de tal forma que quien defrauda esos deberes se expone a padecer algún daño, bien porque de manera irreflexiva o imprudente impulsa su propia adversidad, o porque con descuido y negligencia la favorece. En cualquier caso, su propio actuarlo deja expuesto y proclive a consecuencias que, aunque indeseadas, son producto de su libre elección."* ***(...)***

    20.7. Ahora bien, gue omita, calle o tergiverse información dentro del proceso penal en aras de su defensa, hace parte de las posibilidades que tal derecho enmarca; no obstante, los efectos que el ejercicio válido de esa garantía le puedan representar en el ámbito penal, no se transfieren al juicio de responsabilidad civil extracontractual, en el cual, por el contrario, de conformidad con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos11 guien persigue un rédito económico debe demostrar estar exento de culpa. En otras palabras, lo gue en el proceso penal puede representar un beneficio, civilmente puede materializar un comportamiento contrario a la buena fe; ya gue ésta, en contraste con el derecho de defensa, no se estructura sobre premisas estratégicas, sino sobre el estandarte de la honestidad y la verdad, gue debe prevalecer en todo momento; así como también, sobre el cumplimiento del deber de colaboración con la administración de justicia. (Resaltado y negrilla fuera del texto) [↑](#footnote-ref-18)
19. "3.7. No discute la sala, que quien recauda las pruebas, solicita y decide las medidas restrictivas de la libertad, en efecto, tanto la Fiscalía General de la Nación como el respectivo Juez de Control de Garantías, no obstante en el caso concreto es claro que la causa determinante de dicha restricción, fue el relato expuesto por la presunta víctima ante la Comisaría de Familia de Nilo y no la propia actividad judicial, pues contrario a lo afirmado por la parte recurrente se observa que la demás evidencia física y probatoria, hacia inferir razonablemente la posible comisión del delito como la afectación de los derechos de la menor y daban los presupuestos para solicitar y proferir la medida de aseguramiento

    3.8. Es así, que del recaudo de la investigación realizada por la Fiscalía General de la Nación, se hubiera dado una valoración equivoca a las manifestaciones de abuso de la menor, como tampoco por parte del Juez de Control de Garantías, pues se reitera fue el relato por ella expuesto, como las valoraciones psicológicas a ella realizadas, las que advertían que la menor era posible víctima de abuso sexual, máxime cuando coincidían las versiones rendidas ante el Comisario de Familia de Nilo, la Psicólogo de la misma Comisaria, los Galenos que realizaron la valoración física, aunado al antecedente dado por el DAS, que refirió que el señor JAIRO ANTONIO VALENCIA JURADO, le figuraba una sentencia condenatoria de 26 meses de prisión por el delito de Acceso Camal (fl.2 c.7. Pruebas)

    3.9. Se considera entonces, que no le asiste razón, al apoderado de la parte actora en referir que en el proceso las pruebas aportadas por la fiscalía en nada comprometían al demandante (...) y que se produjo un actuar injusto y arbitrario en el actuar de la justicia, pues como se ha transcrito, el testimonio de la menor si fue acompañado de otras pruebas lo cual al ser valorado en su conjunto podían inferir la posible autoría en la comisión del ilícito.

    (...)

    3.12. Se observa entonces que no existe prueba alguna que demuestre que la orden de captura y la medida de aseguramiento, no haya sido legalmente impuesta y que se haya desconocido su presunción de inocencia, habida cuenta que en las investigaciones penales referentes a hechos que posiblemente constituyen delitos contra la libertad y formación sexual de los menores, los derechos de los niños y niñas prevalecen sobre dicho derecho y en el caso concreto fue la conducta de la menor, se reitera la que incidió en la restricción de la libertad impuesta al demandante, tal como lo advirtió el a quo al señalar que obedeció a la existencia de indicios graves de responsabilidad que se dedujeron del señalamiento hecho por la víctima, y si bien existió retractación, no puede entrar a responder el Estado cuando la incidencia de esta medida no se tomó arbitraria ni injusta.

    3.13. Así las cosas, las pruebas allegadas a la actuación penal por sí solas tenían la aptitud para generar la restricción de la garantía fundamental a la libertad del señor Jairo Antonio Valencia Jurado

    3.14. En gracia de discusión, se tuviera por acreditada una falla de las entidades demandadas en atención a la falta de valoración de material probatorio y valoración de la denuncia, así como de la retractación de la misma por parte de la menor, y que conllevó a la restricción de la libertad, téngase en cuenta que esta falencia, no fue la causa de la restricción de la libertad, pues como se refirió para el momento en que se solicitó la orden de captura, se pidió la medida de aseguramiento y se impuso la misma, las pruebas permitían inferir que podía ser autor del delito, acreditando los presupuestos señalados en el artículo 306 y ss de la Ley 906 de 2004 y fue la denuncia la causa exclusiva y determinante de la restricción de la libertad, por lo tanto ante la existencia de un eximente de responsabilidad por el hecho de un tercero, también serían negadas las pretensiones." [↑](#footnote-ref-19)
20. ARTÍCULO 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. El daño se entenderá como culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado. Resaltado fuera del texto original. [↑](#footnote-ref-20)
21. "Este artículo contiene una sanción por el desconocimiento del deber constitucional de todo ciudadano de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95-7 CP.), pues no sólo se trata de guardar el debido respeto hacia los funcionarios judiciales, sino que también se reclama de los particulares un mínimo de interés y de compromiso en la atención oportuna y diligente de los asuntos que someten a consideración de la rama judicial. Gran parte de la responsabilidad de las fallas y el retardo en el funcionamiento de la administración de justicia, recae en los ciudadanos que colman los despachos judiciales con demandas, memoriales y peticiones que, o bien carecen de valor o importancia jurídica alguna, o bien permanecen inactivos ante la pasividad de los propios interesados. Por lo demás, la norma bajo examen es un corolario del principio general del derecho, según el cual "nadie puede sacar provecho de su propia culpa". Negrillas fuera del texto original. [↑](#footnote-ref-21)
22. "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, pues de no ser así, «... se estaría dando aplicación a la teoría de la equivalencia de las condiciones, desechada por la doctrina y la jurisprudencia, desde hace mucho tiempo, para establecer el nexo de causalidad. Al respecto, son interesantes las siguientes precisiones del profesor Javier Tamayo Jaramillo:

    "Para explicar el vínculo de causalidad que debe existir entre el hecho y el daño, se han ideado varias teorías; las más importantes son: la "teoría de la equivalencia de las condiciones " y "la teoría de la causalidad adecuada". De acuerdo con la primera, todas las causas que contribuyeron a la producción del daño se consideran, desde el punto de vista jurídico, como causantes del hecho, y quienes estén detrás de cualquiera de esas causas, deben responder. A esta teoría se la rechaza por su inaplicabilidad práctica, pues deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría, absurdamente, buscar responsables hasta el infinito. Para suavizar este criterio, se ha ideado la llamada teoría de la causalidad adecuada, según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio; se considera que solamente causó el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido; esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante es la que ha podido producir el daño (...) "h Destacado fuera del texto original [↑](#footnote-ref-22)
23. 23.7. En este punto es menester aclarar que el análisis de la conducta de la víctima no implica un reproche de su culpabilidad como un elemento del tipo penal, sino un estudio desde la noción de culpa grave o dolo bajo la óptica de la responsabilidad civil. En efecto, la Sala en decisión reciente afirmó que la conducta del imputado es susceptible de valoración para llegar a determinar si efectivamente es viable la responsabilidad de la administración en la privación injusta de la libertad. 23.8. Desde esta perspectiva, es relevante recordar que la Sala ha determinado que cuando se trata de acciones de responsabilidad patrimonial, el dolo o culpa grave que allí se considera, se rige por los criterios establecidos en el artículo 63 del Código Civil. Así, en decisión de 18 de febrero de 2010 dijo la Sala: Culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó; o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible. Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico. De la norma que antecede [artículo 63 del Código Civil se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (diligens paterfamilias) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levísima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el régimen civil se asimila al dolo — se destaca-.

    De igual modo, la jurisprudencia de esta Corporación"1 ha estudiado los conceptos de culpa grave y dolo al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición'9 y la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el tema al resolver diversos cargos de inconstitucionalidad contra los artículos 772"y 782' del C.C.A., y de la Ley 678 de 2001. Así, señaló que: (...) para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6oy 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Agregó que es igualmente necesario tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política y en la ley a propósito de algunas instituciones, como por ejemplo contratos, bienes y familia.

    Esta tesis ha sido aplicada por la Sección Tercera del Consejo de Estado frente a casos en los que personas que han sido privadas de la libertad por orden judicial y posteriormente absueltas, dieron lugar de manera clara e injustificada al hecho dañoso y asimismo a la configuración de la causal de exoneración, en virtud del hecho exclusivo y determinante de la víctima. Negrillas fuera del texto original. [↑](#footnote-ref-23)
24. sentencia de tutela del **15 de noviembre de 2019** el CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION TERCERA- SUBSECCIÓN B- MP MARTIN BERMUDEZ MUÑOZ dentro de la acción de tutela 11001031500020190016901 [↑](#footnote-ref-24)
25. CE Sección Tercera, (M. P. Carlos Alberto Zambrano). Sentencia 66001233100020100023501 (46947), agosto. 18/18 [↑](#footnote-ref-25)
26. Tomado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-contratacion/importante-seccion-tercera-unifica> [↑](#footnote-ref-26)
27. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/administracion-publica/unifican-jurisprudencia-sobre-responsabilidad-del-estado>. Corte Constitucional, Sentencia SU-072, Jul. 5/18 [↑](#footnote-ref-27)
28. Folio 14 C2. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folio 11 C2. [↑](#footnote-ref-29)
30. Folio 12 C2. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folio 13 C2. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folio 17-18 C2. [↑](#footnote-ref-32)
33. Folio 19-23 C2. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folio 24 C2. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folio 25-27 C2. [↑](#footnote-ref-35)
36. Folio 28-46 C2.Radicado: 110016000013201500026 N.I. 228655 Acusado: José de Jesús Vargas Galicia Delito: Actos sexuales con menor de 14 años Decisión: Fallo absolutorioo [↑](#footnote-ref-36)
37. Folio 47 C2. [↑](#footnote-ref-37)
38. Folio 48-49 C2. [↑](#footnote-ref-38)
39. Folio 50-51 C2. [↑](#footnote-ref-39)
40. quedando en firme el **21 de abril de 2018** [↑](#footnote-ref-40)
41. "Artículo 306, Solicitud de imposición de medida de aseguramiento. El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión. La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia." Consecuentemente dentro de la misma ley se encontró que: Artículo 308. Requisitos. Ei juez de control de garantías a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: (…)” [↑](#footnote-ref-41)