



DEAJALO21-3854

Bogotá D. C, miércoles, 9 de junio de 2021.

Doctor

ASDRUBAL CORREDOR VILLATE

Juez Treinta y Ocho (38) Administrativo de Bogotá – Oralidad.

Sección Tercera.

E.S.D.

Referencia: 11001-33-36-038-2020- 00194-00.

Medio Control: Reparación Directa

Demandante: José Alexander Rivera Lozano y Otros.

Demandado: Nación - Rama Judicial y Otros.

JESÚS GERARDO DAZA TIMANÁ, identificado con la cédula de ciudadanía No.10'539.319 de Popayán, titular de la tarjeta Profesional No.43.870 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado de la Nación - Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en el proceso de la referencia, según poder que adjunto, estando dentro del término legal, procedo a contestar la demanda, en los siguientes términos:

1.- A LAS PRETENSIONES

Con todo respeto me opongo a la prosperidad de las pretensiones de la presente demanda, por cuanto en el presente caso no se configuran los requisitos para que se estructure una privación injusta de la libertad que se demanda.

2.- ANTECEDENTES

De la lectura de la demanda se observa que la mayoría de los hechos de la demanda son parcialmente ciertos por cuanto constituyen los antecedentes del proceso penal adelantado contra JOSÉ ALEXANDER RIVEREA LOZANO por los punibles de: acceso carnal abusivo y actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, contra los menores LFRC, SARC y contra su sobrina política VNLV, en el que fue absuelto en aplicación del principio in dubio pro reo, en el proceso penal radicado con el No.11001-60-00-721-2016-01177 NI 288041 (8719). La Rama Judicial no está de acuerdo con los



relacionados con la privación injusta de la libertad y los perjuicios reclamados. Los hechos más relevantes resumo en los siguientes términos:

Según el escrito de acusación de la Fiscalía, en denuncia instaurada por la señora CAROLINA CUCAITA CAMARGO, madre de los menores: LFRC y SARC, el 9 de noviembre de 2016, luego de salir de trabajo fue a recoger a la menor de la casa donde residía su ex pareja, notándola muy rara, luego el lunes también fue a recogerla y volvió a notarla rara, muy callada, mi hermana Yesica me dijo que la niña estaba muy callada, entre las tres (3) le preguntamos que le pasaba, y ella se puso a llorar, es, y estaba muy nerviosa, nos tocó calmarla, le pregunté si le gustaba ir donde el papá, ella le dijo que la reganaba y le pegaba mucho, le pregunté que si la cogía y ella me dijo que si que abajo y le pregunté que le hacía y ella no contestaba, le pregunté si le dolía y me dijo que si, le pregunté qué más le pasaba, pero no contestaba, después ella nos contó mi hermana Paola le pregunto a mi sobrina Vaiiolet que si ella había visto algo o le había pasado algo con Alex y la niña dijo que si, que un día el la había tocado y le daba los pena contar, fue cuando Vaiiolet contó que ellos estaban viendo una película de terror y que el le toco y ella no se dejó y luego dijo que le bajo los pantalones a la niña y ella se fue corriendo. Luego le pregunté a mi hijo Santiago que él había visto algo y dijo que dos (2) veces, que el papa le bajaba los pantalones a Luisa y le hacía algo y que a él también le había bajado los pantalones y le tocaba abajo, cuando ellos nos contaron eso, nos fuimos para el CAI.

Además, del escrito de acusa se extracta que: “Entre septiembre y octubre 2016, al interior de la vivienda ubicada en la carrera 85 número 40 de la ciudad de Bogotá, el señor José Alexander Rivera Lozano habría abusado sexualmente de sus hijos LFRC y SARC de 7 y 5 años de edad y de su sobrina política VNLV de 7 años de edad.

La menor LFC fue abusada sexualmente en dos ocasiones: la primera vez, ella estaba acostada en la cama con su hermano SARC, su prima VNLV con su papá José Alexander Rivera Lozano, viendo una película de terror, instante en el que le tocó la vagina con el pene por debajo de la ropa y sintió mucho dolor, en la segunda oportunidad estaba durmiendo en su cama cuando sintió que el acusado le toco la vagina con el pene.

Por su parte, el menor, SARC refirió que su papá le toco el pene cuando estaba viendo una película y en ese instante observó cuando le puso el pene en la parte íntima de su prima VNLV y de su hermana LFRC y la menor VNLV, narró que estaba viendo la película con sus primos y en ese instante José Alexander le tocó la vagina”.

Por estos hechos la madre de los menores instauró la denuncia penal correspondientes.

Las audiencias preliminares se realizaron el 14 de marzo de 2017, en la que se el Juez de Garantías impartió legalidad a la captura, la Fiscalía 385 formuló imputación contra el



aquí demandante por los punibles de: Actos sexuales abusivos y acceso carnal abusivo con menor de 14 años, ambos agravados y en concurso homogéneo y sucesivo. Por la naturaleza de los punibles el Juez de Garantías le impuso medida de aseguramiento intramural.

En audiencia celebrada el 12 de junio de 2017 el Juez 24 Penal Municipal con función de Control de Garantías pro los hechos relacionados con la menor VNLC, la Fiscalía le formuló imputación a José Alexander Rivera Lozano como presunto autor de actos sexuales con menor de 14 años, agravado.

Tras el escrito de acusación, en audiencia del 4 agosto 2017, la Fiscalía solicitó de la conexidad, a lo que accedió el Juzgado en sesión del 28 de agosto, cuando de paso se formuló la correspondiente acusación.

La audiencia preparatoria se realizó el 18 de diciembre 2017.

La etapa de juicio, se realizó en varis sesiones del 14 de febrero, 16 de mayo y 6 de junio de 2018 cuando al terminar la práctica probatoria a la Fiscalía solicitó la emisión de un fallo condenatorio Mientras que el defensor demandó un fallo absolutorio.

En la audiencia de juicio los menores se retractaron y negaron haber sido víctimas de abuso sexual, pero los restantes medios de prueba permitieron concluir lo contrario.

El 8 de junio 2018, el Juzgado 36 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento emitió sentido del fallo absolutorio, pro duda, en aplicación del principio in dubio pro reo, ordenando su libertad de manera inmediata.

El 26 de septiembre 2018, el Juzgado 36 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá emitió fallo absolutorio al considerar que aun cuando existen buenas razones para pensar que la niña si pudo haber sido víctima de abuso sexual en las condiciones por ella reseñadas, las diferencias en su declaración frente a lo que contó su prima y la preparación con la que acudió ante el médico forense y la investigadora, no permite concluir, con el grado de conocimiento exigido por la ley, que José Alexander Rivera Lozano la sometió a actos libidinosos.

Oportunamente se agotó el requisito de procedibilidad

Por estos hechos la aquí demandante permaneció privada de la libertad entre el 14 de marzo de 2017 al 8 de junio de 2018, es decir por, 14 meses y 24 días, por lo que el demandante considera que se le han causado perjuicios materiales y morales a él, y su grupo familiar por \$286'760.046,00.



3.- RAZONES DE DEFENSA DE LA RAMA JUDICIAL

Inexistencia de antijuridicidad

La parte actora pretende que se declare que la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL** y **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, son responsables administrativamente por los daños y perjuicios que reclama, alegando como título jurídico de imputación de responsabilidad patrimonial la “supuesta” privación injusta de la libertad de la que fue objeto.

En razón a tal premisa, es imperioso citar las normas relativas a la responsabilidad del Estado y en particular las normas de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que consagran dicho título de imputación de responsabilidad, analizarlas frente a las consideraciones que respecto a este título de imputación ha hecho el H. Consejo de Estado y examinar si la entidad debe responder por los hechos alegados.

En cuanto al erro judicial es preciso tener en cuenta los presupuestos contenidos en el artículo 67 de la Ley 270 de 1996, el cual exige que se hayan instaurado los recursos legales, contra las decisiones cuestionadas, lo que no ocurrió en este caso contra el auto que impartió legalidad a la captura y el que impuso la medida de aseguramiento, por lo que queda descartada su configuración.

Respecto al defectuoso funcionamiento por una presunta mora judicial, es preciso tener en cuenta: i).- la conducta omisiva de la defensa que nunca objeto los aplazamientos de la audiencias solicitas por la Fiscalía y ii).- La Rama Judicial no fue la causante de dichos aplazamientos, razón por la cual no se configura dicho título de imputación por la Rama Judicial.

Conforme a las pretensiones descritas, resulta pertinente destacar que la cláusula general en materia de responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, del cual se puede concluir que para que se estructure la responsabilidad por parte del estado, debe existir un daño antijurídico y que este pueda ser atribuible a una Autoridad por acción u omisión¹.

En desarrollo del precepto constitucional citado, la Ley Estatutaria 270 de 1996 desarrolla la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad consagrando la posibilidad de que quien sufra este daño, puede demandar al Estado la indemnización de perjuicios².

¹ Artículo 90 Constitución Política: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”

² Ley 270 de 1996. Art. 68: “Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.”



Aunado a lo anterior, y tal como lo ha señalado la Corte Constitucional, es preciso establecer que el régimen para atribuir responsabilidad a las autoridades con ocasión del daño sufrido por privación injusta de la libertad puede ser el modelo de responsabilidad subjetiva. Así lo señaló la Corte Constitucional en ejercicio de sus funciones de control previo y automático sobre el proyecto de la Ley Estatutaria citada anteriormente. Al respecto este Alto Tribunal manifestó:

*“... una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, **la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.**”³*

En este mismo orden de ideas, la Corte Constitucional en el año 2018 concluyó que tratándose de la responsabilidad del Estado por privación injusta de libertad, el régimen que se puede aplicar es el de responsabilidad subjetiva. Esto por cuanto al hacer una interpretación de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado no se puede descartar la aplicación de dicho régimen: *“De la misma forma, se anota que la Corte y el Consejo de Estado comparten dos premisas: la primera, que la responsabilidad del Estado se deduce a partir de la constatación de tres elementos: (i) el daño, (ii) la antijuridicidad de este y (iii) su producción a partir de una actuación u omisión estatal (nexo de causalidad). La segunda, que el artículo 90 de la Constitución no define un único título de imputación, lo cual sugiere que tanto el régimen subjetivo de la falla del servicio,*

³ Corte Constitucional. Sentencia C – 037 de 1996 M. P. Dr.: Vladimiro Naranjo Mesa. En previos pronunciamientos de esta misma Corporación, se ha establecido que el artículo 90 constitucional permitía la aplicación del régimen subjetivo de responsabilidad, basado en la culpa: *“A pesar de que se ha considerado por algunos doctrinantes que la nueva concepción de la responsabilidad del Estado tiene como fundamento un criterio objetivo, no puede afirmarse tajantemente que el Constituyente se haya decidido exclusivamente por la consagración de una responsabilidad objetiva, pues el art. 90 dentro de ciertas condiciones y circunstancias también admite la responsabilidad subjetiva fundada en el concepto de culpa. Y ello es el resultado de que si bien el daño se predica del Estado, es necesario tener en cuenta que se puede generar a partir de la acción u omisión de sus servidores públicos, esto es, de un comportamiento que puede ser reprochable por irregular o ilícito.”* En: Corte Constitucional. Sentencia C – 430 de 2000. M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.



coexiste con títulos de imputación de carácter objetivo como el daño especial y el riesgo excepcional.”⁴

También esta Corporación en la misma providencia destacó que se descarta que el régimen aplicable para casos de privación injusta de la libertad sea el objetivo, y que, por el contrario, es el Juez, atendiendo a las particularidades del caso objeto de estudio, quien debe definir el régimen aplicable, permitiendo entre otros que se analice el dolo o la culpa en cada caso. Esto con ocasión de la aplicación del principio *iura novit curia*⁵:

*“Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial-- del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante.”⁶*

Aunado a lo anterior, otro aspecto tenido en cuenta por el Alto Tribunal citado para afirmar que tratándose de la privación injusta de la libertad es pertinente acudir o aplicar el régimen subjetivo de responsabilidad consisten en primer lugar en determinar que el *nomen iuris* del título de imputación denominado “*privación injusta de la libertad*”, trae en su contenido el vocablo “*injusta*”, lo cual permite colegir que para atribuir responsabilidad al Estado por esta causa, el Juez debe terminar que la decisión sea desproporcional o irrazonable, antes claro está, de verificar que la decisión sea ajustada al ordenamiento jurídico aplicable al caso concreto. Sobre este particular afirmó:

“En el caso de la privación injusta de la libertad la Corte, ciñéndose exclusivamente al texto normativo y teniendo en cuenta las dos premisas señaladas, esto es, que el artículo 90 de la Constitución no define un título de imputación y que, en todo caso, la falla en el servicio es el título de imputación preferente, concluyó en la sentencia C-037 de 1996

⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas

⁵ Este principio ha sido definido por la Corte Constitucional de la siguiente manera: “*El principio *iura novit curia*, es aquel por el cual, corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente, la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen.*” En: Corte Constitucional. Sentencia T – 851 de 2010. M. P. Dr.: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas



que el significado de la expresión "injusta" necesariamente implica definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho."⁷ (Negrilla no original del texto)

Dicha proporcionalidad y razonabilidad puede verificarse según lo dispuesto en las normas de la Ley 906 de 2004, según las cuales, para la imposición de la medida de aseguramiento privativa de libertad se deben cumplir o acreditar con una serie de requisitos tales como la inferencia razonable, y que la misma se muestre como necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, que el imputado constituya un peligro para la comunidad o la víctima y/o que el imputado no vaya a comparecer al proceso o al cumplimiento de la sentencia.⁸

En este caso, el Juez de Garantías, para proferir la medida de aseguramiento tuvo en cuenta: que se trató de un presunto delitos de acceso carnal y abuso sexual contra menor de 14 años, la denuncia instaurada por la señora CAROLINA Cucaita Camargo madre de 2 de los menores agredidos y Tía política del otro menor supuestamente abusado, la versión de los tres (3) menores: LFRC, SARC y VNLV en protocolo SATAC, el informe de captura y los tres (3) exámenes Médico Forense de los tres menores del 9 de noviembre de 2016, radicado: UBDS-DRB-01633 y 1634 -C210 suscrito por la Dra. Jackeline Cangrejo Arias del Instituto Nacional de Medicina Legal, Informes del Investigador de campo del 15 de noviembre de 2017, respecto a las versiones de los tres (3) menores, registros civiles de nacimiento de los tres (3) menores y el informe de captura.

El examen genital realizado por la Medica Jacquelin Cangrejo Arias, Profesional Universitario Forense, dio como resultado: Himen anular con desgarramiento antiguo y completo con bordes cicatrizados, en el meridiano de las 6. No presenta signos de contaminación venérea", lo cual indica que ha ocurrido una penetración vaginal, la menor no hace mención a hechos que lo expliquen, por lo que recomienda tener en cuenta lo obtenido de la menor en la entrevista por psicología.

Valoración de lesiones: Mecanismo traumático de lesión: Contundente: incapacidad de 10 días. Se recomienda evaluación psicoterapéutica para la menor y el núcleo familiar.

Además, el Juez desestimó que el origen de la denuncia fuese una venganza de la madre de la víctima por los conflictos y agresiones familiares existentes con el acusado, como

⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas

⁸ Ley 906 de 2004. Artículo 308



lo pretendieron hacer creer los testigos de descargo, quienes en su sentir armaron un montaje contra la tesis acusatoria.

La Fiscalía tenía la obligación de llevar adelante la investigación por la denuncia instaurada, máxime si se trataba de una menor de 14 años, siendo necesario precisar las circunstancias en que se produjo el presunto abuso sexual contra la menor.

Tratándose de delitos contra menores de edad, el legislador ha sido drástico para sancionar todas aquellas conductas que atentan contra su integridad física, psicológica, su vida o su desarrollo sexual, por ello el Juez de Garantías respecto a la medida de aseguramiento se sujetó a lo previsto en el artículo 28 de la Constitución Política y en los artículos 306, 308, 310, 311 y 313 de la Ley 906 de 2004, en armonía con lo dispuesto en numeral 11 del artículo 193, **(el imputado ser miembro de la familia, Padre de 2 menores y Tío de una menor)** en concordancia con lo dispuesto en el artículo 199 de la **Ley 1098 de 2006**, norma especial que protege de manera especial a los menores, motivo por el cual, las decisiones de legalidad de la captura y la imposición de la medida de aseguramiento intramural en el presente caso, no como lo pretende el apoderado del aquí demandante, según el cual de la revisión del examen médico realizado a la menor había que dejarlo libre, porque no se encontraron signos de abuso o violencia. En estos casos es la palabra de la menor contra el acusado.

Por lo anterior, las decisiones del Juez de Garantías estuvieron fundadas en criterios de RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD y PONDERACIÓN, producto de los cuales se arribó a una **inferencia razonable**, soportada además en los elementos materiales probatorios que le fueron presentados por parte de la Fiscalía, al momento de las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, normativa que fue armonizada con lo dispuesto **en los artículos 193 y 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia**, que no permite conceder en estos casos la detención domiciliaria, por cuanto establece que medida de aseguramiento debe ser intramural. Siendo así las cosas el auto que impartió legalidad a la captura y el que impuso la medida de aseguramiento se encuentran ajustados a derecho, lo que de antemano desvirtúa la ANTIJURIDICIDAD de la medida. Pero adicional a lo anterior, tratándose de delitos contra la vida e integridad personal en los que el sujeto pasivo sea un menor de edad, la Ley 1098 de 2006 no permite la imposición de una medida diferente a la privación de la libertad:

ARTÍCULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS. *Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro,*



cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, **esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión**. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004.

Sobre la interpretación de esta norma, ha destacado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela que al intérprete le está vedado su tenor literal, además de que se trata de una norma para protección de derechos de menores. En reciente decisión manifestó:

*“De conformidad con el texto literal del numeral 1° de artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 “cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, **cometidos contra niños, niñas y adolescentes**, se aplicarán las siguientes reglas: 1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004”. (Se destaca).*

Esa norma es absolutamente diáfana y al intérprete le está vedada la posibilidad de mutar su tenor literal vía interpretación, razón por la cual el texto no puede soportar las disquisiciones del impugnante, máxime si se tiene en cuenta que el análisis judicial que llegue a hacerse de ese mandato debe tener por imperativa referencia la garantía de protección de los derechos de los menores.

Además, el numeral segundo de ese precepto prohíbe expresamente la “sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia”, mandato prohibitivo que también fue indebidamente inaplicado por la autoridad judicial accionada, a pesar de que le fue formulada imputación por el delito de actos sexuales con menor de 14 años y “para ese caso concreto, resulta necesario aplicar la prohibición contenida en el numeral 2° del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia”⁹

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 21 de agosto de 2018. Rad.: 99804. M. P. Dr.: Eugenio Fernández Carlier.



Así, es claro que las decisiones adoptadas por el Juez de Control de Garantías se fundaron en la **inferencia razonable** a la cual arribó, de acuerdo a los elementos materiales probatorios que se le presentaron como respaldo a las solicitudes en el momento de la audiencia por parte de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, los cuales gozaban de presunción de autenticidad y veracidad.

En consecuencia, el Juez de Control de Garantías al imponer la medida de aseguramiento, atendió los procedimientos y presupuestos previstos en la Ley 906 de 2004, que le permiten, en ejercicio del *ius puniendi* del Estado, restringir preventivamente el derecho a la libertad, pues, como se dijo, tal decisión se fundó en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, que permitían, **bajo una inferencia razonable**, determinar que el imputado podría ser autor o partícipe de las conductas delictivas por las cuales se le investigaba más aun tratándose de delitos o conductas de tal trascendencia que atentaban contra la formación y el desarrollo sexuales de varios menores de edad.

Se destaca que contra las anteriores decisiones la defensa en el término de ejecutoria, momento en el que se debe cuestionar la legalidad de dichas decisiones, guardó silencio, es decir consintió con ellas, las cuales cobraron ejecutoria y hoy se encuentran en firme.

De otra parte, el legislador a previsto oportunidades para solicitar la libertad del procesado, como lo establece el artículo 318 de la Ley 906 de 2004, pero guardó silencio.

Por su parte el artículo 322 de la misma ley, establece 7 causales para solicitar la preclusión de la investigación, sin que haya radicado solicitud en tal sentido ante la Fiscalía.

Aunado a lo anterior, otro de los aspectos que dan lugar a imponer una medida de aseguramiento intramural en esta clase de punibles, es el relacionado con el peligro para la comunidad.

“La Corte Constitucional explicó, a través del comunicado sobre la Sentencia C-469 del 2016, la exequibilidad de varios apartes demandados del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, relacionados con las circunstancias que el juez penal debe valorar para establecer si la libertad del imputado representa un peligro para la comunidad.

Vale la pena recordar que estas circunstancias son las siguientes:

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



- *El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.*
- *El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.*
- *La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.*
- *Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.*
- **Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.**
- *Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada”.*

Además de lo anterior, el numeral 11 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006, prohíbe conceder detención domiciliaria, cuando señala:

“(…)”

11.- Se abstendrá de decretar la detención domiciliaria, en los casos en que el imputado es miembro del grupo familiar del niño, niña o adolescente víctima del delito”.

Aunado a lo anterior no puede desconocerse lo estipulado en el numeral 5 del artículo 211 del CP, por tratarse de un pariente en el primer grado de afinidad.

Por lo anterior, se confirma la obligatoriedad de imponer medida de aseguramiento intramural.

El interés superior del menor

Es compatible con el concepto de **interés superior del menor**, por encontrarse en un proceso formativo físico y mental que requiere una especial protección, ante lo cual, como lo indica expresamente el artículo 44 de la Carta Política, sus derechos prevalecen sobre los demás y, por lo tanto, su interés se maximiza en la vida jurídica.

Frente a ese concepto, la Corte Constitucional puntualizó en la sentencia T-408/95, lo siguiente:

*“El denominado **‘interés superior’** es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado ‘menos que los demás’ y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante*



representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la psicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión-, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. Tal reconocimiento quedó plasmado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3º) y, en Colombia, en el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989). Conforme a estos principios, la Constitución Política elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (artículos 44 y 45)”¹⁰ . (subrayas fuera de texto)

Tales nociones no pueden relegarse al plano de la abstracción; por el contrario, deben tener manifestaciones concretas en el mundo jurídico y de ello no está alejado el ámbito penal. De esa forma, se ha sostenido que en las actuaciones de esta naturaleza en donde se vea involucrado un menor, bien como acusado o como víctima, es necesario brindarle una protección especial. Y precisamente cuando sean sujetos pasivos de conductas punibles sexuales, ello se traduce, como también lo resalta la Corte Constitucional, en que:

“Las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos.

En efecto, en la mayoría de estos casos, los responsables del abuso sexual son personas allegadas al menor, aún con vínculos de parentesco, lo cual dificulta enormemente la investigación del ilícito. Es usual asimismo que la víctima se encuentre bajo enormes presiones psicológicas y familiares al momento de rendir testimonio contra el agresor.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia de tutela T-408 del 12 de septiembre de 1005..



De tal suerte que constituiría acto de discriminación cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria, profiera frases o expresiones lesivas a la dignidad del menor o lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa.

En este orden de ideas, el interés superior del niño conduce necesariamente a que los funcionarios judiciales modifiquen su actitud pasiva frente al menor víctima de delitos sexuales en el curso de un proceso judicial, absteniéndose de cualquier práctica discriminatoria"¹¹ (subrayas fuera de texto).

La permisión de la libertad frente a las conductas punibles establecidas en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 pone en riesgo la integridad física y mental de los menores, distanciándose del deber que asiste a los funcionarios judiciales de adoptar medidas en aras de su protección y seguridad. Con mayor razón en este caso porque se posibilitaría el retorno del sindicado al entorno familiar, pues no debe olvidarse que se trata del padrastro de las menores, quien puede tomar retaliaciones en su contra.

La prohibición de tal gracia, de otro lado, permite enviar un mensaje contundente a la sociedad, a la familia y al Estado de que la vida, la dignidad y la integridad de los niños, niñas y adolescentes son bienes, como ya se dijo, de superior y mayor jerarquía que deben ser tutelados con especial consideración y en el sentido de que las violencias de género no son "delitos de bajo impacto", sino, por el contrario, delitos de altísimo impacto pues atentan contra la posibilidad de construir un proyecto democrático de convivencia, de inclusión y de ejercicio real de los derechos de nuestra infancia y adolescencia".

Con base en la jurisprudencia transcrita, se ratifica la necesidad de la imposición de la medida de aseguramiento intramural en esta clase de punibles por cuanto está de por medio la integridad sexual de un menor, jurisprudencia que debe ser complementada por el principio pro infans, al estar de por medio una menor.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-554 del 10 de julio de 2003.



Aplicación del principio pro in fans

Teniendo en cuenta que el señor JOSÉ ALEXANDER RIVERA LOZANO fue procesado por delitos contra la integridad sexual de los menores de 14 años de edad: LFRS, SARC y contra su sobrina VNLV, por lo que resulta pertinente destacar que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han desarrollado en su jurisprudencia este principio de orden constitucional. La primera para determinar que en caso en los cuales se vea involucrado un menor de edad en un proceso penal como víctima de delitos sexuales, las interpretaciones que haga el Juez de las normas aplicables deben ir en favor de los intereses del menor, afirmando lo siguiente:

“Particularmente, el principio pro infans ha sido caracterizado por esta Corte como una pauta hermenéutica que restringe la autonomía de los funcionarios para decretar y valorar pruebas. En este sentido, en caso de dudas sobre la ocurrencia de agresiones sexuales contra menores de edad, las decisiones que adopten los funcionarios deben ser resueltas a favor de los derechos de los menores. Asimismo, constituye un condicionamiento para la aplicación del principio in dubio pro reo en los casos de delitos sexuales contra menores, y una exigencia reforzada de debida diligencia en las investigaciones por estos delitos.”¹²

De otra parte, el Consejo de Estado en decisión del año 2016 absolvió a la Rama Judicial en un caso con un contexto similar, es decir, de delitos sexuales contra menores de edad. En aplicación del principio pro infans – la prevalencia de los derechos de los menores - determinó que este puede constituirse como una causal de exoneración de responsabilidad teniendo en cuenta, la modalidad de la conducta delictiva, las presunciones de riesgo de los menores, la especial protección de ellos menores en el marco de los delitos sexuales y el contexto de los delitos sexuales en Colombia. Sobre el particular afirmó:

“... Rememora la Sala que a XXXXX se le adelantó investigación por los presuntos actos de abuso sexual en contra de un menor de seis años de edad y, que fueron recogidos a partir de la versión que el menor le expuso a su padre.

La premisa de apertura a este análisis viene marcada por el reconocimiento a la intangibilidad de la presunción de inocencia que fue blindada en el escenario de la investigación penal, y que, ni puede ser controvertida ni alcanzada por las valoraciones que aquí se hagan. Esa

¹² Corte Constitucional. A009 de 2015. M. P. Dr.: Luis Ernesto Vargas Silva.



hermeticidad, a su vez, facilita el ejercicio de interpretación que le corresponde al juez de lo contencioso y le permite asumir una exploración axiológica amplia, pues en últimas, nada de lo que aquí se diga tiene por objeto abatir la decisión penal. De esta forma, las valoraciones de la Sala son por completo autónomas e independientes y se reservan a los fines y efectos de esta jurisdicción.

(...)

Como se trata de principios que –ab initio- están hechos de la misma molécula jurídica y, por ende, del mismo peso, cada jurisdicción, conforme a las reglas que la gobiernen, debe valorar aquellos cuya relevancia sea inobjetable a los fines y propósitos que a cada una corresponde. De esta forma, en el análisis de la culpa grave o dolo de la víctima no cabe ninguna consideración a cerca la presunción de inocencia, pero en cambio sí, de otros principios de igual raigambre e importancia, sobre los que se levanta el edificio de la responsabilidad civil extracontractual, como por ejemplo, la buena fe, el interés general, la moral y las buenas costumbres, el principio pro infans, el interés superior de los menores, entre otros.

Más aún, el estándar de valoración de dichos principios, impone a la Sala el deber de realizar dentro del marco normativo correspondiente, una estimación propia del material probatorio, conforme a los fines y presupuestos autónomos.

De entrada se advierte una razón potísima para exhaustivar el estudio de la causal exonerativa, por cuanto, como se mencionó anteriormente, las actuaciones en contra de los sujetos de especial protección son denotativamente dolosas e implican el desconocimiento de un interés superior y prevalente resguardado por el ordenamiento constitucional, cuya protección supone un juicio de ponderación transpuesto al que se hace en materia penal, como pasa a explicarse.

Como se sabe, en el ámbito de la responsabilidad penal el principio de presunción de inocencia tiene un peso concreto fuerte, que prevalece cuando surge la duda razonable como premisa empírica de balanceo, de ahí, que la decisión absolutoria en tales casos se hace inminente y, por lo mismo, incontrovertible en otras instancias que no sean la penal. Por su parte, la regla ponderativa en el marco de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, en aquellos casos donde está de por medio un sujeto de especial protección, conlleva a la siguiente



proposición: el peso del reproche al cumplimiento del deber de especial protección se agudiza cuando surge la condición de vulnerabilidad como premisa empírica del balanceo, en cuyo caso, la culpa de la víctima se sitúa en la escala más intensa de gradación y la decisión de exonerar el deber de indemnizar se torna perentoria. Huelga decir, por evidente, que el peso abstracto que tienen los derechos de los niños/as como sujetos de especial protección, en cualquier escenario judicial es superior a otro derecho que se le contra ponga, porque así está dispuesto desde el ordenamiento constitucional.”¹³

De lo anterior se colige que tratándose de menores de edad, resulta procedente la exoneración del deber de indemnizar puesto que debe ponderarse los intereses de los sujetos de especial protección permiten establecer que nos encontremos ante una posible culpa o dolo de la víctima aquí convocante, y el denunciado estaba en el deber de soportar la medida cautelar que se le impuso en el marco del proceso penal.

Con base en la jurisprudencia transcrita, se ratifica la necesidad de la imposición de la medida de aseguramiento intramural en esta clase de punibles por cuanto está de por medio la integridad sexual de tres (3) menores.

Dicho lo anterior, la Corte Constitucional ha concluido que no basta con verificar la causalidad en relación con aspectos de privación injusta de libertad, sino que además es deber el fallador verificar la proporcionalidad y razonabilidad de la medida restrictiva de la libertad impuesta. En tal sentido se destaca:

“Retomando la idea que se venía planteando, tenemos que el juez administrativo, al esclarecer si la privación de la libertad se apartó del criterio de corrección jurídica exigida, debe efectuar valoraciones que superan el simple juicio de causalidad y ello por cuanto una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, sustento normativo de la responsabilidad del Estado en estos casos, impone considerar, independientemente del título de atribución que se elija, si la decisión adoptada por el funcionario judicial penal se enmarca en los presupuestos de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad.”¹⁴

¹³ Consejo de Estado (Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 17001-23-31-000-2008-00305-01(42615)

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas



De cara a lo anterior, resulta pertinente destacar lo que la Corporación en cita manifestó en relación con la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, lo cual implica en el ámbito penal que para proferir una condena se debe llegar a un grado de conocimiento más allá de toda duda, y si esta persiste y no es superada, el Juez de Conocimiento debe emitir absolución en favor del procesado, pues se mantiene incólume la presunción de inocencia.

Se advirtió por parte de la Corte que, en este tipo de casos, cuando hay imposición de medida de aseguramiento, pero absolución en aplicación del principio *in dubio pro reo*, la responsabilidad del Estado no opera de forma automática o/y objetiva, y esto se explica ya que en este tipo de casos la labor del Ente Acusador y del Juez de Conocimiento se torna más compleja de discernir. Esto por cuanto la Corte reconoce que, conforme al esquema procesal vigente, el mismo se adecua a una serie de principios tales como los de inmediación, contradicción, oralidad, entre otros, y que también la facultad de investigar y juzgar se encuentra en diferentes Instituciones.

De allí que, a manera de ejemplo, al no existir en este esquema procesal lo que anteriormente se conocía como permanencia de la prueba, solamente en juicio oral al momento de practicarse las pruebas se puede determinar si el testigo miente, se contradice o si por el contrario dice la verdad y ayuda a soportar una teoría de caso. Esto implica que la valoración que hace un juez de garantías respecto de los elementos materiales probatorios es diferente a la que hace el Juez de Conocimiento para emitir fallo condenatorio o absolutorio. En este sentido menciona la Corte:

*“Téngase en cuenta, por ejemplo, que en el esquema procesal penal anterior al actual el Fiscal tenía la posibilidad de interactuar de manera más directa con la prueba; sin embargo, una vez se expide la Ley 906 de 2004, el protocolo procesal e investigativo cambió trascendentalmente de tal manera que **la intermediación probatoria queda como asunto reservado al juez de conocimiento y, en ese orden, una investigación que en principio parecía sólida, podría perder vigor acusatorio en el juicio oral.***

*En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial, en el cual la contradicción y la valoración de la prueba, se materializan en el juicio oral, **es desproporcionado exigirle al Fiscal y al juez con función de control de garantías que hagan valoraciones propias de otras fases procesales en aras de definir, en etapas tan tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria que se mostraban uniformes, la imposibilidad de que el procesado hubiera ejecutado la conducta, ya que, se reitera, quien tiene la competencia para decidir acerca de la contundencia demostrativa de aquellos***



elementos es un funcionario judicial que actúa en etapas posteriores a las previstas para definir asuntos como la libertad.

Es incuestionable, entonces, que solo ante la contradicción en el juicio oral se puede evidenciar que los testimonios, las pericias y los demás tipos de prueba obtenidos por el Estado tenían fallas o admitían lecturas contrarias.¹⁵

Tal conclusión se adecua con la naturaleza misma del proceso penal acusatorio y adversarial, el cual se sostiene, entre otros principios, en el de progresividad¹⁶. Al respecto se ha mencionado:

*“El natural estado de inocencia del que goza toda persona trae aparejada la exigencia de que para que se pueda originar en su contra un proceso penal deban existir ciertos elementos probatorios que conmuevan esa posición. Debe surgir cierta “sospecha” en su contra. Mas adelante, para poder formular acusación, es necesaria la “probabilidad” de que el hecho se haya cometido y que el imputado haya tenido participación en él. Sólo así será factible que el proceso continúe su secuela progresiva, requiriéndose que ese nivel de probabilidad se mantenga a la hora de elevar la causa a juicio, el que, una vez agotado, sólo podrá dar lugar a una sentencia condenatoria si existe la “certeza” sobre aquellos extremos. Se advierte entonces que la gestación y progreso paulatino del proceso penal únicamente pueden tener lugar cuando el grado de conocimiento del juez con relación al hecho y a la individualización de sus partícipes vaya aumentando, teniendo como sustento objetivo las pruebas reunidas en él. Para superar las distintas etapas se requieren específicos grados intelectuales en ese sentido.”*¹⁷

Conforme a los criterios expuestos se puede concluir en primer lugar que ante casos de “privación injusta de la libertad”, el Juez debe decidir el caso verificando si en el *sub examine* se atendió a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y legalidad sobre la imposición de medidas de aseguramiento. Lo anterior teniendo en cuenta es estándar probatorio y el grado de conocimiento exigido por la Ley Procesal Penal para la imposición de las medidas coercitivas de carácter personal.

En eventos en los cuales al procesado se le haya impuesto una medida de aseguramiento privativa de la libertad y posteriormente sea absuelto en aplicación del *principio in dubio*

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 2 de octubre de 2019. Rad.: 53440. M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar

¹⁷ Jauchen, Eduardo. Proceso penal. Sistema acusatorio adversarial. Buenos Aires. Editorial Rubinzal – Culzoni. 2015. Pág.: 297 – 298.



pro reo, como en este caso, se debe hacer por parte del Juez de la causa la verificación de los criterios arriba expuestos, pues tal como se manifestó por el Corte Constitucional, tanto la medida como la sentencia de fondo corresponden a dos escenarios diferentes donde no se le puede exigir al Juez Penal el mismo criterio de valoración probatoria.

INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO EN EL CASO CONCRETO

Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional para las Autoridades Administrativas en el ejercicio de sus competencias sentencia C - 634 de 2011:

“JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EJERCICIO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Acatamiento estricto

El estándar aplicable cuando se trata del acatamiento de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, resulta más estricto. En efecto, el artículo 243 C.P. confiere a las sentencias que adopta este Tribunal en ejercicio del control de constitucionalidad efectos erga omnes, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional e implican la prohibición para todas las autoridades de reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan las normas superiores que sirvieron de parámetro para el control. En otras palabras, los argumentos que conforman la razón de la decisión de los fallos de control de constitucionalidad son fuente formal de derecho, con carácter vinculante ordenado por la misma Constitución.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EJERCICIO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Carácter vinculante para las autoridades judiciales y administrativas

En lo relativo a los fallos en los que la Corte ejerce el control concreto de constitucionalidad, también se reconoce su carácter vinculante para las autoridades judiciales y administrativas. Esto en el entendido que dichas decisiones, aunque son adoptadas frente a un asunto particular, no tienen efectos simplemente inter partes, puesto que en dichos fallos la Corte determina el contenido y alcance de los derechos constitucionales. Así, como se ha explicado en esta sentencia, si se parte de la base que (i) las reglas de derecho solo logran su armonización concreta luego de su interpretación; y (ii) la hermenéutica adelantada por las autoridades judiciales investidas de las facultad de unificar jurisprudencia, tiene carácter vinculante; entonces las razones de la decisión de los fallos proferidos en ejercicio del control concreto son un parámetro obligatorio para la aplicación, por parte de las autoridades, de las normas constitucionales en los casos sometidos a su escrutinio. Lo anterior trae como consecuencia necesaria que el grado de



vinculatoriedad que tiene el precedente constitucional para las autoridades administrativas, tenga un grado de incidencia superior al que se predica de otras reglas jurisprudenciales. Ello debido, no la determinación de niveles diferenciados entre los altos tribunales de origen, sino en razón de la jerarquía del sistema de fuentes y la vigencia del principio de supremacía constitucional. En otras palabras, en tanto la Carta Política prevé una regla de prelación en la aplicación del derecho, que ordena privilegiar a las normas constitucionales frente a otras reglas jurídicas (Art. 4 C.P.) y, a su vez, se confía a la Corte la guarda de esa supremacía, lo que la convierte en el intérprete autorizado de las mismas (Art. 241 C.P.); entonces las reglas fijadas en las decisiones que ejercen el control constitucional abstracto y concreto, son prevalentes en el ejercicio de las competencias adscritas a las autoridades administrativas y judiciales. Por supuesto, en este último caso reconociéndose las posibilidades legítimas de separación del precedente que, se insiste, están reservadas a los jueces, sin que puedan predicarse de los funcionarios de la administración.

FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS EN EL EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS-Omisión legislativa relativa

Corresponde a las autoridades administrativas, en la toma de decisiones de su competencia, realizar un proceso de armonización concreta análogo al que se efectúa en sede judicial, el cual identifique y aplique los diversos materiales jurídicos relevantes al caso, fundado en una práctica jurídica compatible con la jerarquía del sistema de fuentes, el cual privilegia la vigencia de las normas constitucionales. Se observa, según lo expuesto, que no concurre una razón suficiente para que el legislador haya omitido el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el caso analizado, comprobándose con ello la tercera condición de las omisiones legislativas relativas. Por lo tanto, se está ante una distinción injustificada, la cual se funda en el desconocimiento del papel que cumple dicha jurisprudencia en el sistema de fuentes que prescribe la Carta Política”

La Sentencia SU - 072 de 2018.

Al respecto es necesario tener en cuenta que bajo los parámetros fijados por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, la cual se encuentra directamente relacionada con la Sentencia C-037 de 1996, no es posible hablar de una responsabilidad objetiva contra Entidades como la aquí demandada, por el solo hecho que el sindicato resulte absuelto o se le precluya la investigación. Es claro en estos institutos jurídicos, per se, no hacen injusticia la captura o la medida de aseguramiento de una persona, puesto que en la actualidad se requiere un esfuerzo probatorio y



argumentativo mucho mayor, dado que la parte actora le concierne demostrar que la orden impuesta no se avino a los parámetros normativos establecidos con tal fin.

Por lo anterior, la labor del operador judicial en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, a raíz de la sentencia de unificación antes relacionada. No se puede limitar a verificar si la persona privada de la libertad fue absuelta en el proceso penal o su investigación culminó con preclusión, pues está visto que esa circunstancia no hace injusta la privación de la libertad soportada en la captura del indiciado o en la imposición de la medida de aseguramiento al sindicado”.

Sumado a lo anterior, la Corte en la referida sentencia de unificación se pronunció en lo referente al régimen de responsabilidad aplicable en privación injusta de la libertad, para destacar que: **i) de ningún modo puede existir un régimen estricto, automático e inflexible de responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad¹⁸; ii) tratándose de casos donde sobrevenga la absolución del procesado porque no se desvirtuó la presunción de inocencia - principio de *indubio pro reo* – o por atipicidad subjetiva de la conducta, entre otros, NO puede juzgarse la responsabilidad del Estado bajo un régimen objetivo, sino que debe establecerse si la decisión que impuso la medida de aseguramiento de detención es inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, esto es, **debe juzgarse bajo el régimen de responsabilidad subjetivo de falla del servicio¹⁹**; iii) solo sería viable jurídicamente aplicar el régimen de imputación objetivo en casos en que el hecho no haya existido o ante atipicidad**

¹⁸ Sentencia SU 072 de 2018 “ 108. Lo anterior permite afirmar que establecer el régimen de imputación, sin ambages y como regla definitiva de un proceso de reparación directa por privación injusta de la libertad, contraviene la interpretación contenida en la sentencia C-037 de 1996 que revisó el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el cual debe entenderse como una extensión del artículo 90 superior, dado que así fue declarado en la correspondiente sentencia de constitucionalidad.”

¹⁹ Ibídem: “106. Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del *in dubio pro reo*- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma.

La condena automática del Estado cuando se logra demostrar que el acusado no fue responsable de la conducta punible –antes, “no cometió el hecho”- o que su responsabilidad no quedó acreditada con el grado de convicción que exige la normativa penal, no satisface la necesidad de un ordenamiento armónico que además avance a la par de los desafíos normativos.

(...)

En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial [329], en el cual la contradicción y la valoración de la prueba, se materializan en el juicio oral, es desproporcionado exigirle al Fiscal y al juez con función de control de garantías que hagan valoraciones propias de otras fases procesales en aras de definir, en etapas tan tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria que se mostraban uniformes, la imposibilidad de que el procesado hubiera ejecutado la conducta, ya que, se reitera, quien tiene la competencia para decidir acerca de la contundencia demostrativa de aquellos elementos es un funcionario judicial que actúa en etapas posteriores a las previstas para definir asuntos como la libertad.

Es incuestionable, entonces, que solo ante la contradicción en el juicio oral se puede evidenciar que los testimonios, las pericias y los demás tipos de prueba obtenidos por el Estado tenían fallas o admitían lecturas contrarias.

107. Así las cosas, **incluir la absolución en ese caso o cuando, por ejemplo, no se logra desvirtuar la presunción de inocencia; concurre una causal de ausencia de responsabilidad como la legítima defensa o el estado de necesidad; o la conducta, a pesar de ser objetivamente típica, no lo era desde el punto de vista subjetivo, en los eventos en los cuales es indiscutible la responsabilidad estatal, además de negar los principios que la determinan, soslaya que tales circunstancias están determinadas por juicios esencialmente subjetivos.**”



objetiva²⁰, pero en todo caso, siempre debe analizarse previamente la antijuridicidad del daño; **iv)** el régimen de imputación **preferente es la falla del servicio o subjetivo**, mientras que los demás de daño especial y riesgo excepcional u objetivos son residuales, y a éstos sólo puede acudir cuando el régimen subjetivo resulta insuficiente para resolver el caso²¹; y **v)** en todos los casos debe el juez administrativo estudiar el expediente penal a efectos de valorar la conducta de la víctima de la restricción de la libertad, pues ésta puede tener la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado por responsabilidad administrativa²².

Por lo anterior, como ya se expresó al aquí demandante, se le procesó por los delitos de: acceso carnal y actos sexuales abusivos con menor de 14 años. La Fiscalía General de la Nación, a raíz de los hechos investigados y con elementos materiales probatorios recaudados hasta ese momento, tales como: la denuncia instaurada por la señora Carolina Cucaita Camargo, madre de la menor, la versión de los tres (3) menores, los testimonios de: la mamá de la menor, además del testimonio de: Elda Idali Moreno, José Antonio Villalba Álvarez, el examen médico sexológico, el resultado de la Investigadora del CTI María Angelica Sastoque, con base en los cuales la Fiscalía solicitó la imposición de la medida de aseguramiento y el Juez de Control de Garantías verificada la normatividad para ello, tratándose de menores dio aplicación a lo dispuesto **en el numeral 5 del artículo 211 del Código Penal, en armonía con lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 193 y artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia**, que impide se conceda la detención domiciliaria establece que medida de aseguramiento debe ser intramural y accedió a dicha petición ordenando enviar de forma preventiva a la procesada a establecimiento carcelario.

Dicha situación se encuentra conforme con lo dispuesto por organismos internacionales y el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el artículo 28 de la Constitución

²⁰ *Ibidem*: “105. Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica– es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada. luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.

En efecto, estando en ciernes la investigación, el ente acusador debe tener claro que el hecho sí se presentó y que puede ser objetivamente típico. luego, en este tipo de casos el juez administrativo puede ser laxo desde el punto de vista probatorio y valorativo, en tanto en estas circunstancias es evidente que la Fiscalía, hoy los jueces [326], disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos y, en tal virtud, deberá ser la administración la que acredite que fueron causas ajenas e irresistibles a su gestión, las que propiciaron la imposición de la medida.”

²¹ *Ibidem*: “102. De acuerdo con ese panorama y sin definir aún si efectivamente la sentencia C-037 de 1996 estableció un régimen de imputación concreto cuando el daño se ocasiona por la privación injusta de la libertad, se acota que el Consejo de Estado pasa por alto que **la falla en el servicio es el título de imputación preferente [322] y que los otros dos títulos –el riesgo excepcional y el daño especial–, son residuales, esto es, a ellos se acude cuando el régimen subjetivo no es suficiente para resolver una determinada situación [323].**

²² *Ibidem*: “Con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice el juez administrativo, la conducta de la víctima es un aspecto que debe valorarse y que tiene la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado, en otras palabras, que puede generar una declaratoria de responsabilidad administrativa”.



Política²³, autoriza la restricción del derecho a la libertad, siempre y cuando sea ordenado por la autoridad judicial competente, en cumplimiento de las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, la cual, a su vez, debe atender criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en tanto en derecho a la libertad no ostenta el carácter de absoluto.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que resulta procedente, de forma excepcional, la privación de la libertad como medida cautelar. Es decir, se encuentra ajustado a los instrumentos internacionales que protegen derechos humanos que un Estado pueda privar de la libertad a una persona de forma preventiva:

“ 69. En virtud del principio de inocencia, en el marco de un proceso penal, el imputado debe permanecer en libertad, como regla general.

70. Sin perjuicio de ello, es aceptado que el Estado, sólo como excepción y bajo determinadas condiciones, está facultado para detener provisionalmente a una persona durante un proceso judicial aún inconcluso, con la atención de que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada.”²⁴

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha destacado que bajo los presupuestos de la Constitución existen privaciones de la libertad que resultan legítimas en el marco de un proceso penal. En decisión de constitucionalidad del año 2016 resaltó lo siguiente:

*“No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la libertad personal no es absoluto sino que se está sujeto a privaciones y restricciones temporales. Las privaciones legítimas a la libertad son llevadas a cabo por esencia en el marco del proceso penal, bajo la forma de sanciones contra el acusado, como consecuencia de su declaratoria de responsabilidad penal. **Sin embargo, también en el trámite de la actuación el Estado puede afectar la libertad personal a través de***

²³ ARTÍCULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, **sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.**

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. INFORME No. 86/09 CASO 12.553 FONDO JORGE, JOSÉ Y DANTE PEIRANO BASSO REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY 6 de agosto de 2009. Misma posición descrita en las siguientes decisiones: Corte I.D.H., Caso López Álvarez. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Serie C N° 141, párrafo 69; Corte I.D.H., Caso García Asto y Ramírez Rojas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C N° 137, párrafo 106; Corte I.D.H., Caso Acosta Calderón. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C N° 129, párrafo 75; Corte I.D.H., Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114, párrafo 180; y Corte I.D.H., Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C N° 35, párrafo 77.



decisiones cautelares, denominas medidas de aseguramiento, transitorias, decretadas con fines preventivos.

Las medidas de aseguramiento implican la privación efectiva del derecho a la libertad personal, restricciones a su ejercicio o la imposición de otras obligaciones, con el objeto general de garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas dentro del trámite, la presencia del imputado en el proceso y asegurar la estabilidad y tranquilidad sociales, de modo que se contrarresten hipotéticas e indeseables situaciones como producto del tiempo transcurrido en la adopción de la decisión y las medidas de fondo a que haya lugar.”²⁵

Con la Constitución actual y la normatividad procesal vigente es al Juez de Control de Garantías al que le corresponde decidir sobre la imposición o no de una medida de aseguramiento. Por lo que para establecer si el daño causado al demandante es de carácter antijurídico, se hace necesario precisar cuál es el rol o función del Juez de Control de Garantías dentro del sistema penal acusatorio regulado por la Ley 906 de 2004 en armonía con lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 193 y 199 de la Ley 1098 de 2006 tratándose de menores de edad.

Según la reforma constitucional del Acto Legislativo 03 de 2002, nuestro sistema penal es de tendencia acusatoria, es decir, que radica en la Fiscalía General de la Nación, la obligación 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 conocimiento²⁶, por manera que, no es del resorte del Juez de Garantías resolver, *a motu proprio* y *ab initio*, sobre la responsabilidad penal del imputado.

Lo que sí compete, inicialmente, al Juez de Garantías es resolver lo atinente a la legalidad de los actos previos de: solicitud de orden de captura, legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento,²⁷ actuaciones que inician a petición de la **Fiscalía**, como titular de la acción penal, la cual se sustenta en la información oportuna y legalmente recogida por parte de la policía judicial, bajo su propia coordinación, que habilita la adopción de las medidas necesarias para evitar que la acción penal resulte inane.

Bajo el anterior contexto y conforme a los hechos descritos si bien es cierto el Juez de Control de Garantías impartió control de legalidad a la captura del demandante, formuló la imputación hecha por la Fiscalía, e impuso la medida de aseguramiento por dicho ente

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 469 de 2016. M. P. Dr.: Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁶ Artículo 250 C.P.

²⁷ Artículos 275 y s.s. del C.P.P.



solicitada, tales decisiones se produjeron en un momento procesal en el cual el estándar probatorio exigido es el de una inferencia razonable de autoría o participación²⁸

Conforme a la normatividad citada, el Juez de Control de Garantías, para imponer la medida de aseguramiento debe verificar lo siguiente:

a. La inferencia de autoría o participación del procesado en la comisión de una conducta punible

En esta etapa procesal no se trata de establecer la responsabilidad penal del procesado, sino de establecer una inferencia sobre su posible participación en la comisión de una conducta que revista las características de delito²⁹. Así mismo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha destacado que el estándar probatorio para imponer y revocar una medida de aseguramiento es básicamente “(...) **la inferencia razonable de autoría o participación que no es otra cosa que la deducción efectuada por el funcionario judicial sobre la probabilidad que existe, en términos lógicos y razonables dentro del espectro de posibilidades serías, que el imputado haya cometido y/o dominado la realización de la conducta ilícita o haya participado en su ejecución, sin que tal operación mental, fundada en el valor demostrativo de las evidencias puestas a su disposición, implique un pronóstico anticipado de responsabilidad penal o equivalga a la certeza sobre el compromiso del procesado.**”³⁰ (Negrilla no original del texto)

En el caso concreto la Fiscalía contaba con distintos elementos materiales probatorios que daban cuenta de las posibles conductas delictivas desarrolladas por parte de JOSÉ ALEXANDER RIVERA LOZANO, existieron relatos mediante los cuales se le involucraba con el presunto abuso sexual con una menor de edad.

“Como prueba preliminar la Fiscalía presentó la denuncia instaurada por la Madre de la menor, la versión de la menor, el informe de captura y el examen Médico letal y psicológico.

Aunado a esto también el Ente Acusador en su actividad investigativa recolectó elementos materiales probatorios elementos que le bastaban para llegar al grado de probabilidad sobre la ocurrencia de los hechos y la posible autoría de la aquí demandante, sobre todo tratándose de conductas que lesionaron el bien jurídico de la vida y el desarrollo sexual del menor.

²⁸ Ley 906 de 2004. Art. 286.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C 673 de 2005. M. P. Dra. Clara Inés Vargas

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Decisión del 24 de julio de 2017. Rad.: 47850. M. P. Dr. Eugenio Fernández Carlier.



En cuanto a la medida de aseguramiento y la compatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia, pertinente resulta recordar lo recientemente expuesto por la Honorable Sección Tercera del Consejo de Estado, en la **Sentencia de Unificación** del 15 de agosto de 2018, dentro del radicado No. 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947), Consejero Ponente Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, mediante la cual modifica y unifica su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales se reclama la reparación de daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona **a la que, posteriormente, se le revoca dicha medida**, decisión en la cual se indicó sobre el particular:

“La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1 (sic), de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución.

“La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal”³¹ (se subraya).

De igual forma, en sentencia C-695 de 2013, en la que decidió acerca de la constitucionalidad de la expresión “o que no cumplirá la sentencia” contenida en el numeral 3 del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, dicha Corporación reiteró aquella posición, en los siguientes términos:

“En síntesis, las medidas de aseguramiento tienen un carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad del imputado o acusado. No constituyen por ende una sanción como tal, como quiera que su naturaleza siempre será la de una actuación cautelar, eminentemente excepcional, cuyo carácter es meramente instrumental o procesal, más no punitivo, esto

³¹ Al respecto, también se puede consultar, entre otras, la sentencia C-774 de 2001.



es, no debe estar precedida de la culminación de un proceso, pues tal exigencia ... desnaturalizaría su finalidad, se insiste, preventiva”.

No obstante, es necesario rectificar la tesis conforme a la cual la medida de aseguramiento de detención preventiva, aun cuando constitucional, pugna con la presunción de inocencia, en primer lugar, porque la libertad no es un derecho absoluto (como luego se expondrá -ver infra, numeral 4.4.) y, en segundo lugar, por cuanto aquella forma de restricción de la libertad no tiene relación alguna con esta última presunción, ni mucho menos comporta un desconocimiento de la misma, **ya que, en la medida en que durante el proceso penal no se profiera una sentencia condenatoria, la inocencia del implicado se mantiene intacta; por consiguiente, si la terminación del proceso responde a su preclusión y si, por igual razón, la inocencia de la persona se sigue presumiendo, no hay cabida a hablar de un daño (mucho menos antijurídico) ni de una privación injusta de la libertad** sobre la cual se pueda edificar un deber indemnizatorio fundamentado exclusivamente en la vulneración de dicha presunción.

Sobre el particular, ya la Subsección C de esta Sala, en algunos casos, se ha pronunciado en los siguientes términos (se transcribe literal):

“... la Sala entiende que así no se haya logrado desvirtuar la presunción de inocencia, no en todos los casos procede la indemnización, sin que ello menoscabe el derecho constitucional fundamental a la libertad, comoquiera que la antijuridicidad del daño, como elemento que da derecho a la reparación, no puede confundirse con la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en cuanto presupuestos que probados conjuntamente y con certeza judicial, a toda prueba, convergen para desvirtuar la presunción de inocencia”. (CONSEJO DE ESTADO, CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, sentencia del 15 de agosto de dos mil dieciocho (2018), expediente No, 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), actor Martha Lucía Ríos Cortés y otros, demandado La Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación).

El proceso penal a medida que avanza exige un grado mayor de conocimiento, por ello tratándose de audiencias preliminares como la de imputación y medida, el conocimiento exigido es el menor que exige la Ley. Con razón expone la doctrina especializada que:

“Según vamos avanzando en el proceso penal el grado de conocimiento exigido al funcionario judicial: juez o fiscal según el caso; va aumentando, de tal suerte que la ausencia de duda en cuanto a la



existencia del delito y la atribución de responsabilidad debe ir despojándose a través del tamiz del procedimiento.”³²

Lo anterior por cuanto, uno es el grado de convicción que del material probatorio se exige para imponer una medida de aseguramiento y otra con igual o mayor grado de convicción para soportar una condena.

b. Los fines constitucionales de la medida de aseguramiento – proporcionalidad

El artículo 308 del Código de procedimiento penal establece los fines constitucionales que se debe acreditar para la imposición de una medida de aseguramiento. Los fines constitucionales que se deben acreditar deben ir acompañados de un test de proporcionalidad que debe ser resuelto por el fallador. Así lo ha explicado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“Entonces, el que sea proporcional la medida de aseguramiento, como viene de verse, significa que la limitación del derecho fundamental -la libertad- que implica su imposición, sea: (i) idónea para la satisfacción de alguno de los fines constitucionales que la justifican –seguridad de la sociedad y las víctimas, efectividad de la administración de justicia y comparecencia del implicado-; (ii) necesaria para ese mismo efecto en los términos atrás explicados, y (iii) ponderada, es decir, que la gravedad de su restricción sea de menor o igual entidad en comparación con la satisfacción del principio o los principios que se pretenden beneficiar con los fines fijados; asunto respecto de lo cual ninguna reflexión aportó la apelante.”³³

Aunado a esto, en reciente jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia, destacó que junto la inferencia razonable y la necesidad o fines constitucionales de la medida, se debe acudir a la normatividad que en específico permiten la imposición de determinadas medidas de aseguramiento. Al respecto señaló en decisión del año 2019:

“Para ello, deberán tenerse en cuenta: (i) las previsiones normativas aplicables, esto es, las que permiten la imposición de medida de detención en establecimiento carcelario (como el art. 313); (ii) las que prohíben el decreto de una medida distinta a la de privación de la libertad intramuros (v. gr. el numeral 11 del art 193 y 199 de la Ley 1098 de 2006); y (iii) si resulta

³² Suárez Ramírez José Leonardo. Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable. Grados de conocimiento en el proceso penal colombiano. Bogotá. Editorial Ibáñez. 2018. Pág.: 15.

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Decisión del 12 de octubre de 2016. Rad.: 46148. M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar.



procedente una medida no privativa de la libertad, cuando la misma pueda ser suficiente para alcanzar el fin perseguido (parágrafo 2º del art. 307 y art. 308).³⁴

Así, es claro que las decisiones adoptadas por el Juez de Control de Garantías se fundaron en la **inferencia razonable** a la cual arribó, de acuerdo a los elementos materiales probatorios que se le presentaron como respaldo a las solicitudes en el momento de la audiencia por parte de la Fiscalía, los cuales gozaban de presunción de autenticidad y veracidad.

En consecuencia, el Juez de Control de Garantías al imponer la medida de aseguramiento, atendió los procedimientos y presupuestos previstos en la Ley 906 de 2004, para este caso, en armonía con lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006, que le permiten, en ejercicio del *ius puniendi* del Estado, restringir preventivamente el derecho a la libertad, pues, como se dijo, tal decisión se fundó en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, que permitían, **bajo una inferencia razonable**, determinar que el imputado podría ser autor o partícipe de las conductas delictivas por las cuales se le investigaba más aun tratándose de delitos o conductas de tal trascendencia que atentaban contra el patrimonio de varias personas.

El caudal probatorio citado por el Juzgado de conocimiento, permite llegar a la conclusión de que, en el expediente penal estaban probadas las circunstancias que precedieron a la adopción de la medida de aseguramiento impuesta, la resolución de acusación y la sentencia condenatoria proferida en primera instancia.

El perjuicio que aquí puede reclamarse es distinto, lo que implica para el demandante la carga de precisarlo y demostrar su causación.

Así mismo, el Alto Tribunal Contencioso Administrativo, en fallo proferido el 05 de mayo de 2020, por la Sección Tercera, Subsección B, dentro del radicado 2001-01807-01, M.P. Martín Bermúdez Muñoz, precisó que cuando se demande la responsabilidad del Estado por error jurisdiccional, el demandante tiene la carga de precisar cuál es el daño que la decisión le ha causado, sin que resulte admisible pretender que el Juez de la responsabilidad declare la existencia del error y pronuncie una decisión que sustituya la que el demandante estima equivocada, al respecto indicó:

“(…) Esta posición jurisprudencial resulta concordante con la adoptada por la Subsección en fallos anteriores en la que se ha precisado que cuando se demanda la responsabilidad del Estado por error jurisdiccional el demandante tiene la carga de precisar cuál es el daño que la decisión le ha causado, sin

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Decisión del 11 de junio de 2019. Rad.: 104439. M. P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.



que resulte admisible pretender que el Juez de la responsabilidad declare la existencia del error y pronuncie una decisión que sustituya la que el demandante estima equivocada. 2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2019, radicado 20080039501, M.P. María Adriana Marín. (3 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de fecha 03 de abril de 2020, radicado 20040064601 M.P. Martín Bermúdez Muñoz).

En esta dirección se ha señalado que la acción de reparación directa por error judicial no puede considerarse como una tercera instancia, porque (i) la demanda se dirige contra la Rama Judicial del Estado en la medida en que la autoridad que ha causado el daño es el Juez que profirió la providencia; (ii) en el proceso no participa la contraparte de la víctima del error judicial, porque la sentencia dictada en ese proceso no puede modificarse, dado que es una decisión que está ejecutoriada y, por ende, hizo tránsito a cosa juzgada.

De la aplicación del PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*

En este caso el Juzgado 36 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, en aplicación del principio *in dubio pro reo* emitió decisión absolutoria del 6 de septiembre de 2018. En tal sentido debe tenerse en cuenta que, en sentencia de unificación de la Corte Constitucional, se realizaron una serie de precisiones sobre la responsabilidad del Estado cuando se constata en el proceso penal la aplicación de este principio. Al respecto en sentencia SU - 072 de 2018 manifestó:

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

La condena automática del Estado cuando se logra demostrar que el acusado no fue responsable de la conducta punible –antes, “no cometió el hecho”- o que su responsabilidad no quedó acreditada con el grado de convicción que exige la normativa penal, no satisface la necesidad de un ordenamiento armónico que además avance a la par de los desafíos normativos.

(...)



En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial, en el cual la contradicción y la valoración de la prueba, se materializan en el juicio oral, es desproporcionado exigirle al Fiscal y al juez con función de control de garantías que hagan valoraciones propias de otras fases procesales en aras de definir, en etapas tan tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria que se mostraban uniformes, la imposibilidad de que el procesado hubiera ejecutado la conducta, ya que, se reitera, quien tiene la competencia para decidir acerca de la contundencia demostrativa de aquellos elementos es un funcionario judicial que actúa en etapas posteriores a las previstas para definir asuntos como la libertad.

Es incuestionable, entonces, que solo ante la contradicción en el juicio oral se puede evidenciar que los testimonios, las pericias y los demás tipos de prueba obtenidos por el Estado tenían fallas o admitían lecturas contrarias.

(...)

*Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial– del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante.”*

De otra parte, la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha afirmado que la aplicación del principio *in dubio pro reo* no se equipara con la inocencia del procesado, sino que simplemente no se llegó a un convencimiento más allá de toda duda, con base en las pruebas practicadas. Al respecto ha señalado el Alto Tribunal:

*“...Si la presunción de inocencia es un estado garantizado constitucional y legalmente a toda persona que se le inicie un proceso en nuestro territorio patrio, desprendiéndose la regla del **in dubio pro reo** en el sentido de que toda duda debe resolverse a favor del procesado, y que al aplicarse por los funcionarios judiciales conduce indefectiblemente a la declaratoria de NO RESPONSABILIDAD, bien a través de la preclusión de la investigación o de la sentencia absolutoria, de ninguna manera puede equipararse con la declaratoria de INOCENCIA, habida cuenta que si la DUDA se entiende como*



*carencia de CERTEZA, deviene como lógica reflexión en los casos en que se considere, **no la aseveración de que se juzgó a un inocente, sino la IMPOSIBILIDAD PROBATORIA para que se dictara sentencia condenatoria...***³⁵

Bajo el anterior criterio, resulta evidente que los hechos del caso en concreto permiten establecer que no se puede atribuir responsabilidad por el simple hecho de que haya una decisión de carácter absolutorio. **En efecto la duda recayó sobre elementos objetivos del tipo, pero no se descartó la materialidad de la conducta desarrollada por el aquí demandante.**

Deficiencia probatoria

Tratándose de investigaciones penales en las que está de por medio un menor, debe tenerse en cuenta que la Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal (Art. 250 Constitución Política) y en consecuencia es esta institución a través de sus delegados quien tiene la facultad de investigar, recaudar elementos materiales probatorios e imputar y solicitar medida de aseguramiento ante los jueces de control de garantías.

La formulación de imputación es definida por el legislador de la siguiente manera: “*La formulación de imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.*”³⁶

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y reciente jurisprudencia se ha encargado de identificar las características o consecuencias prácticas de esta figura en la Ley 906 de 2004, destacando entre otras que se trata de una potestad exclusiva de la Fiscalía, que no tiene control material por parte del Juez y que es relevante para la solicitud de medida de aseguramiento. En este orden de ideas ha mencionado esta Corporación al hacer estudio del artículo 308 de la Ley 906 de 2004:

“De esta norma se desprende lo siguiente: (i) mientras el “juicio de imputación” le está asignado al fiscal, sin posibilidades de control material por parte de los jueces, la determinación de la inferencia razonable sobre la autoría o participación del imputado frente al que se solicita la medida cautelar le corresponde al juez; (ii) a diferencia de la imputación, la solicitud de medida de aseguramiento implica la obligación de presentar y explicar las evidencias que sirven de

³⁵ Corte suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 15 de julio de 2003. Rad.: 17866. M. P. Dr.: Jorge Aníbal Gómez Gallego. Posición reiterada en decisión del 13 de junio de 2012. Rad.: 35331.

³⁶ Ley 906 de 2004. Art. 286



soporte a la inferencia razonable de autoría o participación, sin perjuicio de lo atinente a los fines de la medida cautelar; (iii) la medida de aseguramiento se analiza a la luz de uno o varios delitos en particular, entre otras cosas porque, según el artículo 313 ídem, la prisión preventiva está reservada a unas determinadas conductas punibles; y (iv) por tanto, el estudio de esta temática solo puede realizarse a partir de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes debidamente estructurada.³⁷

De lo anterior se colige que la formulación de imputación limita o determina el debate propio de la medida de aseguramiento y si bien es cierto corresponde al Juez de Control de Garantías imponer la medida de aseguramiento, esta decisión se encuentra supeditada a la solicitud de imputación cuya carga corresponde al Ente Acusador. En tal sentido, es responsabilidad de la Fiscalía realizar los actos de investigación idóneos para llevar al Juez a un grado de conocimiento, en inferencia razonable, sobre la responsabilidad de la procesada.

Como quiera que el Ente investigador, a la luz de lo dispuesto en los artículos 7 y 381, de la Ley 906 de 2004, se comprometió demostrar la responsabilidad del imputado más allá de toda duda, para imponer una sentencia de condena.

No obstante, en el presente caso como ya se advirtió, el Ente Investigador no logró desvirtuar la presunción de inocencia del aquí demandante, como lo precisa la sentencia absolutoria, por cuanto **la absolución fue por duda, en aplicación del principio in dubio pro reo, más no porque haya demostrado plenamente su inocencia**, por cuanto la Fiscalía se había comprometido desde la formulación de la imputación a demostrar más allá de toda duda, la responsabilidad penal de la indiciada, por la deficiencia probatoria.

Es por lo anterior que, cuando la Fiscalía incumple sus deberes probatorios, lo cual da lugar a que se deba absolver a la procesada no surge la responsabilidad del Estado respecto de la Nación - Rama Judicial, toda vez que, la privación de la libertad, tuvo origen en el caudal probatorio allegado inicialmente por el Ente investigador, en los que, por las deficiencias allí consignadas, el proceso no contó con las pruebas suficientes para ser tenidos como plena prueba y soportar una decisión condenatoria contra la aquí demandante.

Además, es pertinente resaltar que el proceso penal colombiano se caracteriza porque rige o se reconocido, entre otros, el **principio de progresividad**. Este ha sido reconocido y desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que precisamente es

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Decisión del 5 de junio de 2019. Rad.: 51007 M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar



responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación verificar si para imputar (y consecuentemente solicitar una medida de aseguramiento) se encuentran los presupuestos exigidos por la Ley procesal penal. En tal sentido ha expresado la Sala Penal:

*“Afirmar que la acción penal es técnicamente un ius ut procedatur o derecho a que se proceda no es una mera formulación teórica, sino que **en la práctica supone reconocer la existencia de determinados momentos en el iter procedimental donde se va depurando la acusación.** Precisamente por esta razón **la acción penal, a diferencia de la civil, se caracteriza por ese desarrollo progresivo y escalonado, donde a través de una serie de opciones y decisiones jurisdiccionales se efectúa el control de la consistencia y fundamentación de la acusación.**”*

***En los diversos «escalones» del proceso penal la Fiscalía debe examinar previamente su fundabilidad. El primero de estos momentos o «escalones» viene constituido por el control jurisdiccional efectuado sobre los actos procesales de iniciación que determinan una imputación de parte. El grado de verosimilitud en que se funda este escalón es una simple posibilidad. Por ello el artículo 287 de la Ley 906 señala que la imputación se eleva cuando, de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se infiere razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. La imputación formal no sólo es una exigencia que posibilite el derecho de defensa (art. 290 ibídem), sino que cumple la función garantista de evitar, en un primer estadio, las acusaciones infundadas.”**³⁸ (negrilla fuera de texto)*

Bajo el caso objeto de estudio, puede encontrarse que a la Fiscalía a través de sus delegados le correspondía, no conformarse con el dictamen médico legal que evidenció la agresión, sino fortalecer el material probatorio sólido y suficiente que permitirá al Juez de conocimiento obtener un grado de convencimiento sobre la responsabilidad penal del procesado, situación que en el caso concreto no ocurrió. Debía solicitar elementos de prueba que permitieran acreditar los elementos subjetivos de las conductas acusadas, pues la materialidad de la conducta no se descartó. Es evidente que no bastaba con la información obtenida a través de terceros, sino que además podría ser recomendable fortalecer el material probatorio relacionado con la autoría del hecho.

³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 25 de abril de 2007. Rad.: 26309. M. P. Dr.: Yesid Ramírez Bastidas. Posición reiterada en: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 5 de junio de 2019. Rad.: 51007 M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar.



*Así las cosas, la perplejidad es la que campea respecto a la participación del aquí procesado en la realización del delito por el cual fue acusado condenado en primera instancia, situación de incertidumbre que conforme al principio de **in dubio pro reo**".*

No obstante, lo anterior, la Fiscalía no acreditó respecto del menor SARC la agresión sexual imputada. En este caso era la versión de dos (2) menores contra la su Padre y un menor contra su Tío.

La Ley 906 de 2004 impone la carga a las partes de realizar este tipo de solicitudes. En tal sentido el artículo 357 consagra:

"Durante la audiencia el juez dará la palabra a la fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

(...)

Las partes pueden probar sus pretensiones a través de ellos medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso."

Conforme a lo anterior se colige que la Fiscalía General de la Nación siendo la parte legitimada para solicitar las pruebas que sustenten su petición de condena, debía hacerlo en debida forma, fortaleciendo la pruebas tendientes a evidenciar el autor de los hechos, toda vez que, la agresión sexual estaba demostrada. De manera que siendo del Ente Acusador la carga procesal de demostrar la responsabilidad penal con elementos materiales de prueba admisibles y con el poder suasorio suficiente, también al no cumplir con esta carga ni desarrollar de manera idónea la práctica probatoria, se puede atribuir la responsabilidad a esta Institución, de no lograr probar sus propias pretensiones por los mismos errores en que incurrió. Se puede evidenciar el desconocimiento del principio de progresividad en el caso concreto, pues antes de realizar los actos procesales de imputación, acusación y petición de condena en juicio oral, la Fiscalía examinar la fundabilidad de estos, tal como lo ha desarrollado la jurisprudencia. Es decir, no bastaba solamente con lo presentado en audiencia de imposición de medida de aseguramiento, sino de obtener elementos de prueba que llevaran no a una inferencia razonable sino a un conocimiento más allá de toda duda.

En conclusión, la Corte Constitucional sentencia de unificación 072 de 2018, además de exponer que **la antijuridicidad del daño está determinada por una decisión restrictiva de la libertad abiertamente ilegal, desproporcionada, irracional, inapropiada o arbitraria**, precisó que bajo los derroteros del artículo 90 Constitucional y la sentencia C-037 de 1996, no puede aplicarse un régimen de responsabilidad riguroso e inmutable (objetivo) de manera general para los casos en que se alegue la privación injusta de la libertad, pues corresponde al juez de lo Contencioso Administrativo valorar



el régimen de imputación aplicable de acuerdo a las particularidades del caso, considerando que el de falla del servicio (subjetivo) es el preponderante y general, y que el objetivo es excepcional y residual y solo aplica si el subjetivo resulta insuficiente para declarar la responsabilidad del Estado, pero, en todo caso, éste último debe aplicarse en casos en que la **absolución se funde en el principio de *in dubio pro reo*** o en la atipicidad subjetiva.

En este contexto es claro, de un lado, que las decisiones del Juez de Control de Garantías se sujetaron a lo previsto en el artículo 28 de la Constitución Política y en los artículos 306, 308, 310, 311 y 313 de la Ley 906 de 2004, en armonía con lo dispuesto en el numeral 11 del art 193 y 199 de la Ley 1098 de 2006, estuvieron fundadas en criterios de RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD y PONDERACIÓN, producto de los cuales se arribó a una **inferencia razonable**, soportada además en los elementos materiales probatorios que le fueron presentados por parte de la Fiscalía, al momento de las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, los cuales daban cuenta de la posible participación de la convocante frente al delito de estafa, por lo que el acto jurisdiccional restrictivo preventivamente de la libertad del hoy demandante fue en un todo legal y proporcional, consecuencia de la inferencia razonable, con lo que la decisión se reputa legítima y legal.

Razones por las que se considera que el **daño que alega el extremo demandante no tiene la calidad de antijurídico**, pues, tanto la decisión de privar preventivamente de la libertad al imputado, como la sentencia absolutoria confirmada en segunda instancia fueron consecuencia del agotamiento de los procedimientos y requisitos, tanto constitucionales, como legales, que la permiten y legitiman, en ejercicio del *ius puniendi* del Estado, y en procura de unos fines superiores en los que prevalece el interés general, por ende, **se trató de un daño jurídicamente permitido**.

Finalmente, con base en lo dispuesto en la sentencia de la Corte Constitucional C - 037 de 1996, en la que se determinó, como COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL lo que realmente constituye el DAÑO ANTIJURIDICO, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 68 de la Ley 70 de 1996, bajo el entendido de que el término **“INJUSTAMENTE” para efectos de solicitar la declaratoria de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de procedimientos legales, de tal forma que se entienda que la privación de la libertad no resultó apropiada, ni acorde con el ordenamiento jurídico, claramente arbitraria (ratio decidendi)**, razón por la cual, corresponde a la parte actora asumir la carga procesal de acreditar la ilegalidad de las decisiones, aspecto que en este caso no se encuentra acreditado, lo que desvirtúa la ANTIJURIDICIDAD deprecada.



CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA

No pude pasarse por alto que los menores presuntamente agredidos sexualmente por su padre y tío, realizaron un señalamiento directo y reconocimiento de su agresor, no obstante la falta de técnica investigativa y la no coincidencia de las versiones de los menores, no permitió aportar pruebas capaces de soportar una condena.

Además, los menores son objeto de especial protección por el Estado cuando alguien pretenda abusar de sus condiciones de inferioridad e indefensión.

Además, en el presente caso el legislador establece la posibilidad de que la defensa desde la legalización de la captura realice gestiones tendientes a impedir la prolongación de la privación de libertad de sus defendidos, el no utilizarlos constituye una omisión de su labor de defensa.

Desde la captura la ley le brinda la oportunidad de cuestionar las decisiones de legalización de la captura e imposición de la medida de aseguramiento, a través de los recursos de ley, pero no se evidencia el uso de este mecanismo de defensa.

De igual manea la ley brinda la oportunidad con base en el artículo 318 de Ley 906 de 2004, para solicita la revocatoria de la medida de aseguramiento y en el proceso no se observa actuación alguna de la defensa.

Además, pudo haber optado la defensa por gestionar la preclusión de la investigación (art 332) ante la Fiscalía y demostrar una de las 7 causales y no ve actuación al respecto.

Tampoco se observa que se haya instaurado una acción de tutela, un habeas corpus, una nulidad, por lo que la defensa guardo silencio por lo que se presume de acuerdo con ellas.

Estas omisiones advierten una actuación pasiva de la defensa, lo que en el fondo de traduce en una conformidad con el trámite del proceso y que contribuyen con la privación, por lo que luego no puede alegar su desconocimiento para reclamar ahora una privación injusta de la libertad, lo que configuran un eximente de responsabilidad denominado CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA.

HECHO DE UN TERCERO POR CAUSA EXTRAÑA

No sobra recordar que en este caso por las circunstancias que rodean este cado, la causa determinante del daño que aquí se reclama la constituye la denuncia penal instaurada por la señora CAROLINA CUCAITA CAMARGO madre de los menores: L.F.R.C Y S.A.R.C, hicieron un señalamiento directo de responsabilidad penal contra el aquí



demandante su Padre: JOSÉ ALEXANDER RIVERA LOZANO que da cuenta de un acto de agresión sexual contra los referidos menores, agresión que quedó demostrada al menos en una de ellas, no así la autoría de la misma respecto del imputado, por cuanto la denuncia penal instaurada contra persona determinada, resulto INFUNDADA, por las contradicciones existentes.

El Consejo de Estado, en delitos contra menores, en un caso similar respecto a la denuncia infundada que se equipara a una falsa denuncia, ha expresado.

“ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Niega. Caso medida de aseguramiento de detención preventiva a ciudadano sindicado de la comisión de delito de acto sexual con menor de edad, menor de 14 años / DELITO SEXUAL CONTRA MENOR DE EDAD - Padre sindicado de acto sexual con menor de 14 años, niña, y acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir / EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD POR HECHO DE UN TERCERO EN EVENTOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Criterios para su aplicación / HECHO DE UN TERCERO - Declara probada. Se configuró / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA / **FALSA DENUNCIA** - Desistimiento de la denuncia / DAÑOS CAUSADOS POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Niega

Cabe concluir que, dependiendo de cada caso en particular, en asuntos de privación injusta de libertad resulta perfectamente viable que se configure el eximente de responsabilidad del hecho de un tercero, sea por denuncias o por sindicaciones que se hagan en contra de la persona que, con ocasión de ello, padezca una restricción de su libertad, de modo que, de encontrarse configurada, el juez de la causa deberá declararla probada, tal como se hará en este caso. En ese orden de ideas, si bien la Rama Judicial con su decisión restringió la libertad del ahora demandante, pues le impuso medida de aseguramiento en su contra, lo cierto es que, dadas las particularidades del caso, se configuró el eximente de responsabilidad del hecho exclusivo y determinante de un tercero, por cuenta de las incriminaciones detalladas, concretas y contundentes que en contra del señor (...) hizo la señora (...). En otras palabras, ante ese tipo de sindicación contundente y determinante, aunado al contexto familiar que rodeó a la menor para la época de los hechos por los que se adelantó la respectiva investigación, a la Rama Judicial no se le podía exigir camino distinto que el de adoptar la medida restrictiva de la libertad en contra del señor (...). Además, en la audiencia que dio continuidad al juicio oral adelantado en contra del actor se indicó el sentido del fallo, el cual sería de carácter absolutorio, luego de que se presentaran como pruebas sobrevinientes las declaraciones tanto de la madre de la menor como de esta última, quienes se retractaron de la acusación dirigida en contra del señor (...). **Así pues, para la Sala, el proceso penal que se inició en contra del aquí actor, con la respectiva imposición de la medida de aseguramiento, fue consecuencia directa de la falsa denuncia de la madre de la menor para afectar al hoy actor,** lo cual resultó ajeno e imprevisible para los entes



demandados, pues, dado el engaño, el convencimiento que del mismo fundaron en los profesionales que trataron a la menor y en la disposición legal que prevé la imposición de medida de aseguramiento en tales casos, tanto la Fiscalía como la Justicia Penal debieron actuar en la forma en que procedieron, hasta que, con ocasión del desistimiento de la denuncia y el establecimiento de que todo fue un engaño, absolvieron de responsabilidad penal al hoy actor. Como consecuencia, la Sala confirmará la sentencia apelada que dispuso negar las pretensiones de la demanda, por los motivos aquí expuestos. (CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 73001-23-33-005-2014-00520-01(57954), Actor: CARLOS ARTURO GONZÁLEZ RAMÍREZ Y OTROS, Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL.

Aunado a lo anterior se debe tener en cuenta que el legislador sanciona a quien instaura denuncia penal contra persona determinada y que esta resulte infundada, en el artículo 436 del Código Penal, el cual dispone:

“Artículo 436. Falsa denuncia contra persona determinada. El que bajo juramento denuncie a una persona como autor o partícipe de una conducta típica que no ha cometido o en cuya comisión no ha tomado parte, incurrirá en prisión sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de dos punto sesenta y seis (2.66) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Siendo así las cosas, al aquí demandante le correspondía iniciar el incidente de reparación de víctimas dentro del proceso penal para reclamar perjuicios, en los hechos de la demanda no se menciona que el aquí demandante se haya constituido en parte civil para reclamar perjuicios, que aquí se reclaman, lo que constituye en un culpa exclusiva de la víctima.

Bajo esta perspectiva, en el presente caso se configura una causa extraña que impide que el daño antijurídico se imputable a la Rama Judicial.

4.- PRUEBAS Y PERJUICIOS

La parte actora solicita indemnización de perjuicios, materiales, morales, los cuales no hay lugar a su reconocimiento, con base en los argumentos de hecho y de derecho anteriormente expuesto.

Respecto a la carga de la prueba el Consejo de Estado, ha expresado:



“CARGA DE LA PRUEBA - Naturaleza / CARGA DE LA PRUEBA - Regla de conducta del juez / CARGA DE LA PRUEBA - Principio de autorresponsabilidad El concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que despliegan en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo sido acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo. **En otros términos, «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota»: las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso. Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado hecho y, por consiguiente, a quién corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, pues dichas reglas, precisamente, permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía procesal y de eficacia de la función jurisdiccional. En los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa.** (Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá, D.C., febrero cuatro (04) de dos mil diez (2010) Radicación número: 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720) Actor: ULISES MANUEL JULIO FRANCO Y OTROS Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE TOLU Y OTROS).

NOTA DE RELATORIA: Sobre carga de la prueba”, (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 28 de octubre de 1976, MP. Jorge Valencia Arango; del 30 de junio de 1990, rad. 3510, MP. Antonio J. Irisarri Restrepo y del 16 de 2007, MP. Ruth Stella Correa Palacio; rad. 25000-23-25-000-2002-00025-02(AG)).

5.- ANEXOS





1.- Copia de la Resolución No. 5393 del 16 de agosto de 2017, por medio de la cual el Director Ejecutivo delega la función de Representación Judicial de la Nación - Rama Judicial en la Directora Administrativa de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal y Copia de la Resolución No. 7361 del 3 de noviembre de 2016 mediante la cual se nombra en propiedad a la doctora BELSY YOHANA PUENTES DUARTE como Directora Administrativa de la División de Procesos de la Dirección Ejecutiva de Administración judicial y Acta de posesión del 30 de noviembre de 2016.

2.- Copia de la Resolución No 0986 del 5 de abril de 2012 con la que se nombra en provisionalidad al Doctor CESAR AUGUSTO MEJÍA RAMIREZ como Director (E) de la División de Procesos, por el tiempo de la licencia no remunerada de la Dra. BELSY YOHANA PUENTES DUARTE.

6.- NOTIFICACIONES

Ministerio Público: Procurador Judicial Administrativa 80 Dra. Martha Leonor Ferreira: correo: procjudadm80@procuraduria.gov.co

Apoderado parte actora: abogado Yuri Alexander Martínez Forero, correo: litigiocorporativo@yahoo.com, celular no reporta.

Fiscalía General de la Nación: jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co.

Las notificaciones personales las recibiré en la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Calle 72 No.7 - 96 Piso 8º. Tel. 3127011 Ext. 705661 de Bogotá D.C. o en el buzón electrónico de notificaciones: Correo electrónico: notifdeaj@deaj.ramajudicial.gov.co o al mi correo institucional: jdazat@deaj.ramajudicial.gov.co Celular: 320-4685184.

Del Señor Juez,

JESÚS GERARDO DAZA TIMANÁ

C.C. No 10'539.319 de Popayán.

T.P. No 43.870 del C. S. de la J.

Correo: jdazat@deaj.ramajudicial.gov.co



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Cel: 320-4685184.

Calle 72 No. 7 -96 Conmutador 3127011 www.ramajudicial.gov.co



No. SC 5780 - 1



No. GP 059 - 1