



DEAJALO20-5631

Bogotá D.C, martes 11 de agosto de 2020.

Doctora

ASDRUBAL CORREDOR VILLATE

Juez Treinta y Ocho (38) Administrativa de Bogotá - Oralidad

Sección Tercera.

E.S.D.

Radicación: 11001-33-36-038-2019-00191-00.

Acción: Reparación Directa

Demandante: Omar Figueroa Fonque 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:

2.- A LAS PRETENSIONES

Con todo respeto me opongo a la prosperidad de las pretensiones de la presente demanda, por cuanto no se configuran los requisitos para que se configure un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

2.- A LOS HECHOS

Los hechos de la presente demanda son parcialmente ciertos si se tiene en cuenta que la mayoría de ellos constituyen los antecedentes del proceso penal radicado con el No., instaurado contra Omar Figueroa Fonque, por el punible de abuso sexual con menor de 14 años, cuyos hechos más relevantes resumo en los siguientes términos:

Del audio de la audiencia de juicio, se pudo establecer, que la menor por la época de los hechos contaba con 10 años de edad, cursaba 5 de primaria en el Inem de El Tunal, vive con sus abuelos, por cuanto la mamá de la menor la dejó a su cuidado desde su embarazo



siendo adolescente.

La menor narró que ella vive en una casa de tres niveles, ella tiene una gatica y entre el 18 y 20 de marzo de 2016, ese día ella estaba abajo con su papa, y su tío Omar Figueroa Fonque estaba arriba en el tercer piso lavando ropa, su papa estaba fumándose un cigarrillo y la menor le dijo que si podía salir al parque, su papa se lo permitió y le dijo que se arreglara, la niña antes de salir fue arriba al lavadero a coger agua para la gatica, su tío Omar estaba arriba, la niña le pidió el favor que le pasara agua en una coca, él se volteó y empezó a besarla en el cuello y le preguntó si sabía besar, ella le contestó que no, él le dijo que no tenía nada de malo aprender, él le bajo la mano por los senos y la cola por encima de la ropa, él le dijo que no contara a nadie porque no le iban a creer. La menor alzó la voz y le dijo que si le iba a hacer el favor de pasarle la coca con agua o no, él se la tiró, ella la recogió y salió corriendo le dio agua a la gatica y fue a contarle a su papá, quien es realmente su abuelo, esperaron a que llegara la abuela Berenice y al llegar le contaron todo, ella se puso a llorar. Según la menor estos hechos sucedieron en dos ocasiones.

La señora Berenice vio a Omar en las escaleras y le reclamó lo sucedido. Omar le dijo que era una mentirosa, que eso eran fantasías y que lo único que le había dicho era que no corriera por las escaleras.

Por estos hechos la abuela Berenice instauró denuncia penal el 23 de marzo de 2016.

Estos hechos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía, quien con las pruebas recaudadas solicitó la captura del señor Omar Figueroa Fonque, cuya captura se materializó el 13 de abril de 2016.

El 14 de abril de 2016, el Juzgado 46 Penal Municipal en ese caso se acogió a lo dispuesto en la Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia No. 29118 del 2 de julio de 2008, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Gómez Quintero (Según dicha sentencia, los tocamientos constituyen delito de injuria por vía de hecho, querellable) por lo que se abstiene de verificar el cumplimiento de los requisitos legales para imponer medida de aseguramiento y canceló la orden de captura inicial. Esta decisión fue apelada.

De la apelación conoció el Juzgado 27 Penal del Circuito y con auto el 8 de junio de 2016, revocó la decisión del 14 de abril de 2016 e impuso medida de aseguramiento y ordenó la captura. Esta se materializó el 21 de junio de 2016.

El 21 de junio de 2016, fue legalizada la captura. Esta decisión no fue cuestionada y cobró ejecutoria.

Una vez surtidas, ante el Juzgado 21 Municipal con Función de Control de Garantías, las audiencias de legalización de captura, imputación de cargos y medida de aseguramiento el Juzgado se abstuvo de imponer la medida de aseguramiento de carácter intramural; decisión que fue apelada por la Fiscalía.

La audiencia de fallo fue aplazada en diez (10) ocasiones por la no presencia de los testigos de la Fiscalía, quienes renunciaron a su derecho a declarar y fue necesario reprogramarlas, lo que prolongó la privación.



Una vez desarrollado el proceso penal por la conducta punible descrita el Juzgado 15 Penal del Circuito de Conocimiento el día 16 de agosto 2017 emitió fallo absolutorio ordenando la libertad inmediata del procesado y el 18 de octubre se realizó la respectiva lectura de la decisión.

El fallo fue apelado por la Fiscalía General de la Nación pero el Juzgado declaró desierto el recurso y en consecuencia la decisión quedó ejecutoriada.

El demandante considera que por la privación injusta de la libertad, entre el 21 de junio de 2016 y el 18 de agosto de 2017, es decir trece (13) meses y veintisiete (27) días, se le han causado perjuicios materiales, morales y a la vida de relación por valor de \$621'252.064.00.

3.- RAZONES DE LA DEFENSA DE LA RAMA JUDICIAL

Normatividad aplicable

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.

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.

Aunado a lo anterior, y tal como lo ha señalado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en jurisprudencia de unificación, es preciso establecer que el régimen para atribuir responsabilidad a las autoridades con ocasión del daño sufrido por privación injusta de la libertad es 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:

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.”



*“... 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*

De igual manera, 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, 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:

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 doctores 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.

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

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*



“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

Posteriormente, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en su función de unificar jurisprudencia⁷ al emitir decisión en el año 2018 sobre un caso de privación injusta de libertad, en su parte resolutive definió las reglas que deben ser tenidas en cuenta por el Juez de lo Contencioso Administrativo al pronunciarse de fondo sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad. Tales reglas son:

“ 1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;

2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

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.

⁷ Sobre esta función ha destacado el Consejo de Estado: *“Se ha señalado hasta el momento (i) que la función de unificación de la jurisprudencia en cabeza del Consejo de Estado deriva de su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y que, en tal sentido, es anterior a la ley 1437 de 2011; y (ii) que la Administración tiene el deber general de tener en cuenta las sentencias de los órganos de cierre en que se han interpretado las normas aplicables al asunto que debe resolver en sede administrativa, lo cual reduce la litigiosidad, promueve la seguridad jurídica y asegura el principio de legalidad y la igualdad de trato a los ciudadanos. En este contexto, la ley 1437 de 2011 reforzó el valor de las sentencias de unificación a través varios mecanismos de activación judicial y administrativa de sus efectos, así: 1. **Deben ser tenidas en cuenta por la Administración al resolver las actuaciones administrativas, con el fin de garantizar la aplicación uniforme de las normas constitucionales y legales aplicables al caso (artículo 10); (...)** .Su desconocimiento por los Tribunales Administrativos en sentencias de segunda o única instancia es causal del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (art.256 y ss) (...) 6. **Deben ser tenidas en cuenta por las autoridades administrativas para las conciliaciones y así lo debe advertir a ellas el Ministerio Público (artículo 302, parágrafo).”** En: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 16 de diciembre de 2013. C. P. Dr.: William Zambrano Cetina*



3) *Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.*

En virtud del principio iura novit curia, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto.”⁸

El fundamento de la anterior decisión radica en que por mandato constitucional a la Fiscalía General de la Nación se le exige que solicite al Juez de Control de Garantías la imposición de medidas de aseguramiento y además debe tenerse en cuenta que la naturaleza misma de dichas medidas no tiene carácter sancionatorio o de pena, sino preventivo. De allí que en la decisión antes citada se afirma:

“Así las cosas, se insiste, resultaría incoherente que el Estado tuviera que indemnizar automática o indefectiblemente por una privación de la libertad impuesta, incluso, por la aplicación del mencionado sustento constitucional, pues para nada es lógico y sí más bien es absurdo pensar y aceptar que la propia Constitución Política exige a la Fiscalía adoptar -o solicitar al Juez- medidas de aseguramiento, como la detención domiciliaria o la detención preventiva u otras que –en las voces de la jurisprudencia de esta Corporación– implican la pérdida jurídica de la libertad, como, por ejemplo, la prohibición de salir del país (art. 388 del antiguo C.P.P.), para garantizar la comparecencia del investigado al proceso –como lo exigen las normas transcritas– y que dicho organismo, sin embargo, por satisfacer ese deber y por obedecer el mandato que le imponía el artículo 6 del derogado Decreto 2700 de 1991 -el cual establecía que los funcionarios judiciales debían someterse al imperio de la Constitución y de la Ley-, se vea obligado a pagar indemnizaciones cuando deba levantar la medida, la cual, como se vio unos párrafos atrás, para nada implica la imposición de una sanción o condena.”⁹

Lo anterior es el fundamento para que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado modulara su línea jurisprudencial sobre responsabilidad patrimonial del Estado y en su lugar, definiera una serie de criterios a tener en cuenta por el Juez al momento de hacer estudio de fondo sobre un caso particular. De lo anterior se colige que el régimen de responsabilidad aplicable en materia de privación de la libertad no es *prima facie* el objetivo, sino que se debe tener en cuenta determinados aspectos subjetivos en cabeza de quien fuera privado de su libertad con ocasión de la imposición de una medida de aseguramiento, independiente de si el fallo absolutorio en la justicia penal es por aplicación del principio *in dubio pro reo*, atipicidad del hecho, o inclusive si el hecho no existió. En tal sentido manifestó el Alto tribunal:

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2018. Rad.: 46947. C. P. Dr.: Carlos Alberto Zambrano Barrera

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2018. Rad.: 46947. C. P. Dr.: Carlos Alberto Zambrano Barrera



“En consecuencia, procede la Sala a **modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad**, en el sentido de que, en lo sucesivo, **cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.**

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

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.”¹⁰

Las anteriores precisiones permiten establecer que, en materia de privación injusta de la libertad con ocasión de la imposición de una medida de aseguramiento de carácter intramural o domiciliaria, el Juez Administrativo debe verificar si efectivamente el destinatario de dicha medida incurrió en alguna conducta que haya originado la apertura del proceso o investigación y si la misma fue desarrollada con culpa grave o dolo desde la perspectiva del derecho civil. Es decir, el Juez Administrativo debe verificar además de la antijuridicidad del daño, elementos de naturaleza subjetiva, los cuales en principio excluyen cualquier forma de responsabilidad objetiva, sin perjuicio de que el operador jurídico tenga la facultad de determinar el régimen aplicable según las características del caso bajo su estudio.

Dicho de otro modo, le compete al Juez verificar si el agente actuó con culpa grave o dolo, verificar la concurrencia de alguno de estos elementos. Sobre este tópico ha destacado la jurisprudencia:

“La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2018. Rad.: 46947. C. P. Dr.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Esto sin perjuicio de que en aplicación del principio *iura novit curia*, el Juez determine el régimen aplicable al caso *sub examine*.



“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

“Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

“El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

“Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.¹¹

En concordancia con lo anterior, posteriormente el Consejo de Estado ratificó tal postura, afirmando que el régimen aplicable para casos de privación injusta de libertad no es el objetivo, añadiendo además que debe tenerse en cuenta criterios de razonabilidad y proporcionalidad a la hora de estudiar la medida de aseguramiento impuesta, resaltando que para ello debe acudir a elementos subjetivos tales como la culpa grave o el dolo. En tal sentido manifestó en reciente decisión:

“En conclusión, las sentencias de unificación del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, establecen que en eventos de privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

En la misma vía, en todos los eventos posibles, será necesario descartar si el imputado o sindicado con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a la medida de privación de la libertad.”¹²

Esta postura adoptada por el Consejo de Estado, resulta ajustada a los preceptos desarrollados por la Corte Constitucional, tribunal que reconoció que las diferentes legislaciones que regulan lo pertinente a la medida de aseguramiento atienden no

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Decisión del 25 de julio de 2019. Rad.: 54760. C. P. Dra.: María Adriana Marín

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Decisión del 25 de julio de 2019. Rad.: 54760. C. P. Dra.: María Adriana Marín.



solamente a criterios de razonabilidad y proporcionalidad sino que destaca el estándar probatorio y el grado de conocimiento a alcanzar con el cual se pueden imponer las medidas preventivas ya citadas. Esto por cuando la naturaleza de la medida de aseguramiento privativa de la libertad difiere en su naturaleza misma a las penas impuestas con ocasión una sentencia declaratoria de responsabilidad penal. Al respecto destaca la Corte Constitucional:

*“Ahora bien, como se anotó, la detención preventiva es una figura distinta a la pena, y los presupuestos para su procedencia también eran diferentes. De esta manera, se tiene que el Decreto Ley 2700 de 1991, en su artículo 247 establecía que no podía condenarse sin que obraran en el proceso pruebas que condujeran a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado. **En ese orden, mientras que para imponer la medida se requería solo un indicio grave de responsabilidad, para condenar se requería un grado de conocimiento y convicción sustancialmente mayor.** Esta fórmula se mantuvo en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, norma que solo introdujo un cambio conceptual, al reemplazar el concepto de hecho punible por el de conducta punible, y la acepción sindicado por la de procesado.*

Por su parte, el artículo 381 del actual Código de Procedimiento Penal –Ley 906/2004-- exige para condenar “el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.”

Se advierte así que los esquemas procesales penales han establecido una lista de requisitos para imponer la medida de aseguramiento las cuales difieren en el grado de convicción probatoria, frente a las exigencias para emitir sentencia condenatoria.¹³

La sentencia C - 037 de 1996.

Junto a la anterior sentencia de unificación se debe tener en cuenta la Sentencia C - 037 de 1996, que realizó el estudio de constitucionalidad de la Ley 270 de 1996, en la que se determinó, lo que realmente constituye el **DAÑO ANTIJURÍDICO**, bajo el entendido 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).**

En este orden de ideas es evidente que el apoderado de la aquí demandante tiene la carga procesal de acreditar que en el presente caso, las decisiones adoptadas por el juez de control de garantías y por el juez de conocimiento, son arbitrarias,

¹³ Corte Constitucional. Sentencia SU 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas.



caprichosas o proferidas por fuera de los procedimientos legales, aspecto que no se encuentra acreditado en el presente asunto.

El caso concreto, inexistencia del daño antijurídico

Como quiera que en el presente caso se trata de una investigación penal por un delito contra libertad y la integridad sexual contra una menor de 14 años, sea lo primero tener en cuenta que el Legislador ha sido drástico en la sanción de estas conductas por la especial protección *por “el interés superior de los menores”*, por lo que respecto a la medida de aseguramiento ha estableció norma especial, contenida en el numeral 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, en la que expresamente prohíbe otorgar a quien se investiga por estas conductas el subrogado penal de suspensión condicional de la pena previsto en el artículo 63 del Código de Procedimiento Penal, por lo no es posible conceder la detención domiciliaria, POR LO QUE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN ESTOS CASOS DEBE SER INTRAMURAL, por la gravedad que dichas conductas revisten para la sociedad, de tal suerte que la obligación del Juez de Garantías, en estos casos es dar cumplimiento a la ley.

En este caso se constata que el convocante OMAR FIQUEROA FONQUE, fue procesado por el delito de acceso carnal abusivo. 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 y el relato de la menor de edad víctima de los presuntos punibles, el informe ejecutivo de la captura, prueba indiciaria con base en la que el Ente Investigador solicitó medida de aseguramiento y el Juez Primero Municipal de Control de Garantías accedió a dicha petición ordenando enviar de forma preventiva al procesado 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 Política¹⁴, 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:

¹⁴ 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.



“ 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.”¹⁵

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 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.”¹⁶

En el nuevo sistema penal acusatorio, al Juez de Garantías le corresponde decidir sobre la imposición o no de una medida de aseguramiento previa verificación del cumplimiento de los requisitos legales. 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 y el juez de conocimiento.

¹⁵ 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 Nº 141, párrafo 69; Corte I.D.H., Caso García Asto y Ramírez Rojas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C Nº 137, párrafo 106; Corte I.D.H., Caso Acosta Calderón. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C Nº 129, párrafo 75; Corte I.D.H., Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C Nº 114, párrafo 180; y Corte I.D.H., Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C Nº 35, párrafo 77.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C – 469 de 2016. M. P. Dr.: Luis Ernesto Vargas Silva.



Según la reforma constitucional del Acto Legislativo 03 de 2002, nuestro sistema penal es de tendencia acusatoria, es decir, que radica en la Fiscalía, 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 conocimiento¹⁷, 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,¹⁸ 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 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 participación¹⁹

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

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 delito²⁰. 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**

¹⁷ Artículo 250 C.P.

¹⁸ Artículos 275 y s.s. del C.P.P.

¹⁹ Ley 906 de 2004. Art. 286.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C 673 de 2005. M. P. Dra. Clara Inés Vargas



pronóstico anticipado de responsabilidad penal o equivalga a la certeza sobre el compromiso del procesado.²¹ (Negrilla fuera de 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 OMAR FIGUEROA FONQUE. Existió el relato de una menor de edad que daba cuenta de la ocurrencia de los hechos, que presuntamente atentaban contra su bien jurídico de desarrollo y formación sexual. Aunado a esto también el Ente Acusador en su actividad investigativa recolectó ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS los que le bastaban para llegar al grado de probabilidad sobre la ocurrencia de los hechos y la posible autoría del aquí convocante, sobre todo tratándose de conductas donde la víctima era una menor de edad.

Legalidad de la captura y la imposición de la medida de aseguramiento

En el nuevo Sistema Penal Acusatorio el Juez de Control de Garantías, al momento de la imposición de la medida de aseguramiento no realiza juicio de responsabilidad penal alguno, solo verifica el cumplimiento de los requisitos formales para imponerla, con base en la prueba indiciaria que le presenta la Fiscalía.

El artículo 308 de la Ley 906 de 2004 precisa que la medida de aseguramiento procede “cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”.

Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que “[el hecho de] que ciertos elementos de conocimiento hayan sido suficientes para ordenar una medida de aseguramiento no significa que también lo sean para demostrar la responsabilidad penal del acusado”²² y ha aclarado que “[l]a presentación, contradicción y evaluación de los elementos de conocimiento que prevé el artículo 306 no buscan establecer la responsabilidad del imputado, como sí lo hacen las pruebas, sino la procedencia de una medida de aseguramiento que incide en los derechos del imputado”²³.

La Corte Constitucional en la sentencia C - 695 de 2013, respecto a las medidas de aseguramiento, ha expresado:

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Decisión del 24 de julio de 2017. Rad.: 47850. M. P. Dr. Eugenio Fernández Carlier.

²² Corte Constitucional, sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²³ Ib.



“DETENCION PREVENTIVA-Naturaleza/MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO-Naturaleza

*Las medidas de aseguramiento no requieren de juicio previo. Ellas pueden aplicarse, a la luz de la Constitución, si se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 28 de la Carta. Así, si media orden escrita del juez competente, se han cumplido las formalidades que la ley consagre al respecto y el motivo de la detención, conminación, prohibición de salida del país o caución está nítidamente consagrado en norma legal preexistente, tales medidas se ajustan al mandato constitucional y no implican desconocimiento del debido proceso, aplicable en el caso de las penas. **Pretender que toda detención o medida de aseguramiento deba estar forzosamente precedida de un proceso íntegro llevaría a desvirtuar su carácter preventivo** y haría en no pocas ocasiones completamente inoficiosa la función judicial, pues la decisión correspondiente podría tropezar -casi con certeza- con un resultado inútil en lo referente a la efectividad de la pena que llegara a imponerse”.*

Además de lo anterior, es preciso tener en cuenta que en esta etapa procesal de la audiencias preliminares (audiencia de legalización de la captura, formulación de la imputación por la fiscalía y la de imposición de la medida de aseguramiento), el Juez de Garantías, solo cuenta con prueba indiciaria aportada por la Fiscalía, pues en esta etapa NO CUENTA CON UNA PLENA PRUEBA es decir, que solo dispone de los ELEMENTOS PROBATORIOS PRELIMINARES y ACTOS DE INVESTIGACIÓN y como lo ordena el artículo 344 de la Ley 906 de 2004 y el destape probatorio, solo comienza con la audiencia de acusación, por lo que es necesario agotar la mayoría de las audiencias, (acusatoria, preparatoria y la de juicio, en que se controvierten todas las pruebas y testimonios allegados, no antes), para determinar si del material probatorio aportado, surge la PLENA PRUEBA que determine la responsabilidad del indiciado, surge la duda, o se establezca su inocencia para absolverlo.

Esa prueba indiciaria en este caso está conformada por la denuncia del Padre de la menor, la versión de la menor, el informe de captura, versión de su madrastra, dada la dificultad para obtener material probatorio, por tratarse de delitos a puerta cerrada.

En cuanto al delito de acceso carnal contra menor de edad, el artículo 208 establece:

“Artículo 208. Acceso Carnal Abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años”.



Ahora, de la lectura desprevenida de las normas anteriores se observa que la pena de dicha conductas, es superior a cuatro (4) años por lo que en armonía con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, había lugar a imponer una detención preventiva, por lo que al Juez de Control de Garantías le era necesario imponer medida de aseguramiento intramural.

Como quiera que el delito imputado por la Fiscalía superar los cuatro (4) años que exige el artículo 313 de la Ley 906 de 2004, en armonía con lo dispuesto en el artículo 199 del Código del Menor y la Adolescencia, era obligatoria la imposición de la detención preventiva.

De la revisión del proceso penal se observa que contra el auto que impartió la legalidad la captura del 21 de junio de 2016, la defensa del aquí demandante no interpuso recurso alguno contra esta decisión, en el término de ejecutoria, oportunidad en la que debía cuestionar la legalidad de la misma, por lo que dicha decisión cobro ejecutoria y dicha decisión goza de presunción de legalidad.

El 14 de abril de 2016, el Juzgado 46 Penal Municipal en ese caso se acogió a lo dispuesto en la Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia No. 29118 del 2 de julio de 2008, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Gómez Quintero (Según dicha sentencia, los tocamientos constituyen delito de injuria por vía de hecho, querellable) por lo que se abstiene de verificar el cumplimiento de los requisitos legales para imponer medida de aseguramiento y canceló la orden de captura inicial. Esta decisión fue apelada.

De la apelación conoció el Juzgado 27 Penal del Circuito y con auto el 8 de junio de 2106, revocó la decisión del 14 de abril de 2016 e impuso medida de aseguramiento. Además, se ordenó la captura. Esta se materializó el 21 de junio de 2016.

Siendo así las cosas, la legalidad de la medida de aseguramiento ya fue debatida en el proceso penal, la cual cobró ejecutoria y hoy goza de presunción de legalidad.

El 21 de junio de 2016, fue legalizada la captura. Esta decisión no fue cuestionada y de igual manera se encuentra en firme.

El proceso penal en la medida que avanza con el desarrollo de las respectivas audiencias, exige un grado mayor de conocimiento probatorio, 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 despejándose a través del tamiz del procedimiento.”²⁴

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.”²⁵

Peligro para la comunidad

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.

²⁴ 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.

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Decisión del 12 de octubre de 2016. Rad.: 46148. M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar.



- 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”.

Lo anterior ratifica la necesidad de la imposición de la medida de aseguramiento intramural.

Siendo así las cosas, es preciso concluir que en esta etapa procesal de la legalidad de la captura y la imposición de la medida de aseguramiento intramural, con los anexos de la presente demanda, el actor no está acreditando que el Juez de Garantías, haya obrado de manera, caprichosa, arbitraria o proferida por fuera de los procedimientos legales.

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 art. 199 de la Ley 1098 de 2006); y (iii) si resulta 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).”²⁶

Y 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, por ello siempre en estos delitos, debe ser intramural:

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*

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Decisión del 11 de junio de 2019. Rad.: 104439. M. P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.



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”²⁷

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 21 de agosto de 2018. Rad.: 99804. M. P. Dr.: Eugenio Fernández Carlier.



En otra ocasión, en cuanto a la imposición de la medida de aseguramiento intramural tratándose de delitos contra la integridad sexual contra un menor de edad ha expresado:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el Proceso N° 37668, Magistrada Ponente Dra. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ, aprobado Acta N° 206, del 30 de mayo de 2012, respecto a la medida de aseguramiento intramural consagrada en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, ha expresado:

“El decreto de nulidad de la presente actuación procesal a partir de la audiencia de verificación de legalidad del allanamiento ante el juez de conocimiento puede repercutir en la libertad del implicado GELSAÍN CASTILLO RODRÍGUEZ, de conformidad a lo establecido en el artículo 317 de la Ley 906 de 2004, modificado por los artículos 30 de la Ley 1142 de 2007 y 61 de la Ley 1453 de 2011.

Sin embargo, no se debe olvidar que se procede por un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales cometido sobre dos menores de edad, respecto del cual pesa la prohibición contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, en los siguientes términos:

“7. No procederán las rebajas de pena con base en los ‘preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado’, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

“8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva” (subraya fuera de texto).

La Sala, en pretérita oportunidad, se refirió al alcance de esta preceptiva precisando que el descuento punitivo previsto por razón del allanamiento a cargos también está incluido en la prohibición. Dentro de la argumentación expuesta en aquella oportunidad, se dijo:

“En su interpretación natural y obvia, es claro que el precepto atrás destacado (artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006) busca cerrar cualquier puerta que en la delimitación exhaustiva de los siete numerales anteriores pueda quedar abierta, haciendo inequívoco el interés del legislador en que a la persona imputada, acusada o condenada por esos delitos señalados en el inciso primero del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, que arrojen como víctimas a infantes y adolescentes, no se les otorgue ningún tipo de beneficio, rebaja o prebenda legal, judicial o administrativa, con la sola excepción, porque expresamente se dejó sentada ella, de los beneficios por colaboración eficaz.



Y basta verificar el contenido íntegro del artículo 199 en cita, en particular sus 8 numerales y el párrafo, para definir inconcuso el querer del legislador, que se extiende al inicio mismo de la investigación penal, en punto de las medidas de aseguramiento a imponer y su imposibilidad de sustitución; el desarrollo de la misma, con limitaciones respecto del principio de oportunidad y las formas de terminación anticipada del proceso; el contenido del fallo, restringiendo la posibilidad de conceder subrogados; y la fase ejecutiva de la pena, impidiendo la libertad condicional o la sustitución de la sanción”²⁸ (subraya fuera de texto).

Con sustento en esta hermenéutica, funcionarios judiciales han negado la libertad provisional por vencimiento de términos en casos donde las víctimas son menores de edad y se procede por los delitos específicamente establecidos en la disposición. Es más, en virtud de la interposición del derecho de habeas corpus por algunos afectados, el asunto ha sido abordado por esta Colegiatura a través de decisiones unipersonales coincidentes en señalar que la prohibición se extiende a la libertad provisional por vencimiento de términos, de la siguiente forma:

“...el Magistrado del Tribunal de Sincelejo recalcó en el contenido del numeral 8 del artículo 1991 del estatuto en mención y lo ponderó al lado del párrafo de dicho artículo² y la decisión del 17 de septiembre de 2008, como también de las consideraciones atinentes a la protección y prevalencia de los intereses de los menores, según lo ordena la Constitución Política, y fue de esta manera como concluyó, entonces, en que la intención del legislador fue la de excluir de cualquier prebenda a los procesados por ciertas conductas punibles - entre ellas las constitutivas de abuso sexual- en perjuicio de los menores, motivo por el cual debe entenderse incluida la concesión de la libertad provisional”²⁹ (subraya fuera de texto).

En oportunidad posterior se recalcó que ese ha sido el entendimiento de la Sala en relación con el punto:

“Con todo, aceptando en gracia de discusión la procedencia del mecanismo de amparo, es claro que la libertad provisional no era viable en favor del procesado, por así disponerlo el art. 199 de la Ley 1098 de 2006, toda vez que entre los delitos atribuidos se encuentra el de secuestro simple en perjuicio de un menor de edad, de suerte que no era aplicable ningún beneficio al procesado, argumento que precisamente se adujo en el auto objeto de impugnación.

Sobre el particular, ciertamente la Sala en la decisión que sirvió de fundamento para negar el derecho a la liberación perseguido³⁰, señaló que cuando se trate

²⁸ Auto de septiembre 17 de 2008, rad. 30299.

²⁹ Auto de abril 28 de 2010, rad. 34044.

³⁰ Radicados 34044 de 2010, 32176 de 2009 y 30299 de 2008.



de 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 distintas exclusiones de beneficios excarcelatorios contemplados en el Código de la Infancia y la Adolescencia contenido en la Ley 1098 de 2006, bajo el entendido que el precepto 199 también comprende las concernientes a la libertad provisional, que en virtud de la prevalencia de los derechos de los menores (art. 44 de la Constitución Política), se ve restringida por así disponerlo el numeral 8 y parágrafo de esta norma, en forma tal que a las personas imputadas, acusadas o condenadas por esa clase de reatos en que como se dijo sean sujetos víctimas infantiles y adolescentes, no les sea concedido ningún tipo de beneficio, rebaja o prebenda legal o administrativa, salvo los beneficios por colaboración eficaz únicos admitidos por la propia ley”³¹ (subraya fuera de texto).

El interés superior del menor

La Sala encuentra acertado el anterior criterio, por las siguientes razones:

En cuanto 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 sicología, 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

³¹ Auto de octubre 10 de 2011, rad. 37616. En idéntico sentido, auto de junio 28 de 2011.



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 3°) 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)”³². (Subrayado no original del 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.

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

³² Corte Constitucional, sentencia de tutela T-408 del 12 de septiembre de 1005..



víctima de delitos sexuales en el curso de un proceso judicial, absteniéndose de cualquier práctica discriminatoria”³³ (Subrayado no original del 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 fiscal 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*”.

Por lo anterior, la imposición de la medida de aseguramiento en el proceso que nos ocupa, se encuentra ajustado a la constitución y la ley, es decir a derecho y con la demanda y sus anexos la parte actora no se está acreditando que dicha decisión sea arbitraria, caprichosa o proferida por fuera de los procedimientos legales, al contrario se realizó en acatamiento de una norma especial.

En este contexto, el Juez de Control de Garantías al imponer la medida de aseguramiento, atendió los procedimientos y presupuestos previstos en la Ley 906 de 2004 y lo dispuesto en el artículo 199 de 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 la formación y el desarrollo sexuales de una menor de edad, lo que desvirtúa la ANTIJURIDICIDAD de la medida de aseguramiento deprecada.

Aplicación del principio pro infans como causal de exoneración de responsabilidad

Teniendo en cuenta que el señor BAQUERO URREGO fue procesado por delitos contra la integridad sexual de una menor de edad, 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

³³ Corte Constitucional, sentencia T-554 del 10 de julio de 2003.



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.”³⁴

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 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

³⁴ Corte Constitucional. A009 de 2015. M. P. Dr.: Luis Ernesto Vargas Silva.



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.**"³⁵*

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

³⁵ 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)



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.

Deficiencia probatoria

Recordemos las obligaciones que imponen los artículos 7 y 381 del C.P.P, para poder imponer una sentencia de condena, pues exigen que a través del material probatorio debatido se tenga un conocimiento más allá de toda duda razonable acerca del delito y de responsabilidad penal del acusado.

La Fiscalía presentó escrito de acusación con base en lo dispuesto en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004, según el cual, cuando de los elementos materiales probatorios evidencia física o de información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de media de aseguramiento que corresponda.

Por lo anterior, en el presente caso, es evidente que olvidó el Ente Investigador que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado y que no bastan simples señalamientos de autoría objetiva o de participación objetiva, cuando conforme a las mismas se sustentan actos de formulación de imputación.

Ahora, en el modelo de tendencia acusatoria por el cual fue juzgado el señor BAQUERO URREGO, la Fiscalía se convierte en parte y es quien la solicita la medida de aseguramiento, por regla general al Juez de Garantías, por mandato legal.

Ahora frente a las sindicaciones de la menor contra persona determinada se destaca que la Fiscalía no demostró la presencia de los procesados en el lugar de los hechos y la prueba testimonial allegada deja serias contradicciones que no permiten dar fe de los señalamientos que contra ellos realizó la menor.

indago por el motivo que dio lugar a las falaces acusaciones y su falta de colaboración.

En este nuevo escenario, el Juez de Garantías verifica simplemente que el ente acusador cumpla con la carga de efectuar una “INFERENCIA RAZONABLE” entendida por la Doctrina “como una operación de carácter lógico realizada por el fiscal, regida por las reglas de la apreciación probatoria que vinculan tanto al fiscal como al juez de garantías: al primero para los actos de postulación y al segundo, para la toma de decisiones concretas”. En esta dirección la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia recordó que la inferencia razonable se construye sobre la base del material probatorio aportado por el Fiscal como presupuesto indispensable del acto de imputación.

“Si bien en ese momento no es menester descubrir los elementos materiales probatorios ni la evidencia física, si es necesario ofrecer al Juez de Control de



Garantías elementos de juicio tendientes a acreditar la índole penal del comportamiento y la relación del imputado con el mismo, no de otro modo se logra “inferir razonablemente que el imputado es el autor o partícipe del delito que se investiga, como lo reza el artículo 287 de la norma en comento”.

La inferencia razonable que tuvo el Juez de Garantías para decretar la medida de aseguramiento contra OMAR FIGUEROA FONQUE por la teoría del caso, según la cual la Fiscalía se comprometió a demostrar la materialidad de las conductas punibles de rebelión en concurso con el empleo, producción, comercialización o almacenamiento de minas antipersonas homicidio agravado y concierto para delinquir, **más allá de toda duda razonable y no lo hizo.**

Por lo anterior **esta retractación de la Fiscalía no puede ser tomada a la ligera, toda vez, la omisión o deficiencia investigativa** exonera de responsabilidad a la Rama Judicial al contravenir la máxima: **“venire contra factum proprium”**, que exige según la jurisprudencia y la doctrina, la ocurrencia de los siguientes elementos: i.-) una conducta o comportamiento relevante que, por sus connotaciones, previamente infundada despierte o suscite una confianza legítima en el otro., ii.-) que irrumpa en el devenir un actuación que a posteriori, contrarié o menoscabe dicha confianza inicial que objetivamente se ha mancillado – o pretendido mancillar en consideración a la falta de coherencia respecto de una o varias conductas anteriores (acto propio); iii.-) que existe identidad de sujetos (emisor – receptor) y, iv.-) que haga presencia un perjuicio real o potencial.

Recuérdese que la Corte Constitucional en sentencia C - 025 de 2010, al declarar exequible el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, amplió aún más su contenido en el sentido de conminar al fallador a emitir un pronunciamiento acorde con lo solicitado.

En igual sentido, en decisión del 21 de marzo de 2012, con ponencia del doctor **JOSÉ LUÍS BARCELÓ CAMACHO**, Radicación No. 38256, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, enseñó lo siguiente:

“9.5 La jurisprudencia ha dicho que en el sistema de la Ley 906 del 2004, la solicitud de absolución, hecha por la Fiscalía, implica el retiro de los cargos, tanto que, a voces del artículo 448, en ningún caso el juez puede emitir condena por delitos por los cuales el acusador no haya pedido esa decisión. (Sentencia del 13 de julio de 2006, radicado 15.843.)

En estricto sentido, cuando el juez condena por un delito no contemplado en la acusación o respecto del cual la Fiscalía no pidió ese tipo de decisión, lo que hace es asumir oficiosamente una nueva acusación, “pues en últimas tan obligado está el funcionario judicial para absolver por el delito acusado, en los casos en que la fiscalía renuncia a la acusación, como lo



está para condenar o absolver solamente por los hechos y la denominación jurídica que han sido objeto de acusación y no por otras”

Es decir, jurisprudencialmente la petición de la Fiscalía para la emisión de una sentencia absolutoria se constituye en un verdadero retiro de los cargos por parte de la Fiscalía ya que finalmente es la titular de la acción penal. (...)” (negrillas y subrayas fuera del texto)

Son varias las deficiencias encontradas en el plan metodológico investigativo:

En el destape probatorio, la prueba testimonial aportada por la Fiscalía, no se allegó un testigo directo, todos fueron testigos de referencia, en los que no es posible soportar una sentencia de condena.

El ambiente familiar se desarrolló en un inmueble objeto de una sucesión por la que se presentaban muchos conflictos. La relación entre Omar y Berenice y los hijos de éste no era la más armoniosa, al parecer uno de los hijos de la señora Berenice intentó matarlo.

No se indagó si realmente la denuncia para acusar al aquí demandante estaba preparada con anterioridad, como si se tratase de la repetición de una lección aprendida por la menor, ya que el

Operador Judicial no encontró una fiel narración de la verdad en la versión de la menor por lo que no resultó creíble.

Siendo su abuelo el cabeza de hogar y protector directo de la menor, poqué no hizo el reclamo a Omar Figueroa Fonque, ni instauró la denuncia inmediatamente, debió esperar a que llegara la señora Berenice para formular la denuncia cinco (5) días después.

En la recepción de la versión de la menor, por las dudas que ofrecía, no se utilizaron métodos de valoración de credibilidad, tales como: El SAL, SVA, , (Statement Validity Assessment), CBCA, el modelo conceptual de ION, método de procesamiento de Donalgué – Faneti, la guía integrada de Mapes, criterios de alegaciones ficticias de Roges, por lo que la verificación de la verdad se quedó corta.

Como se observa, son múltiples las dudas que afloraron en este caso que no fueron aclaradas.

Respecto a la deficiencia probatoria del Ente Investigador, en decantada jurisprudencia el Consejo de Estado ha establecido la necesidad de la revisión del proceso penal en su conjunto,

“De otro lado, es necesario precisar que aún cuando en la providencia que se decreta la medida de aseguramiento de detención preventiva, se considere que existían suficientes pruebas o indicios graves para imponerla, esta circunstancia, por sí sola, no es suficiente para eximir al Estado de



responsabilidad, puesto que, el análisis que debe realizar el juez de lo contencioso administrativo se debe concentrar, en la existencia o no del daño antijurídico para posteriormente determinar si es imputable al Estado, en virtud de que esa privación de la libertad devino o no en injusta.

Por consiguiente, **la responsabilidad por la privación injusta de los ciudadanos no puede circunscribirse a la actuación de los funcionarios judiciales que profirieron la medida de aseguramiento** y, por lo tanto, entenderse como un compartimento estanco, sino que, por el contrario, es posible que **la actuación de la Fuerza Pública haya sido determinante, como en el caso objeto de estudio, para la imposición del instrumento cautelar, lo que modifica la perspectiva de análisis y el compromiso de responsabilidad de una institución a la otra.**

De allí que, si el daño antijurídico en los casos de privación injusta de la libertad es imputable al Estado, **deviene no sólo de la providencia que decretó la medida de aseguramiento, sino del proceso penal en su conjunto, incluyendo las demás decisiones adoptadas al interior del mismo,** especialmente, la que revoca la medida de aseguramiento impuesta, **así como las actuaciones de las autoridades de policía judicial y de la fuerza pública que sirven de fundamento para la adopción de las decisiones al interior de la investigación.**

La lectura de la providencia en la que se **absolvió al sindicado**, proferida por el Fiscal Regional de Cúcuta, es suficiente y torna en inequívoca la aplicación de la consecuencia jurídica por la privación injusta de la libertad, esto es, **la declaratoria de responsabilidad extracontractual contra el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional porque su comportamiento fue el determinante en la producción del daño, ya que, en términos de la imputación fáctica, a partir del mismo se impuso la medida de aseguramiento; y, en lo que se refiere a la imputación jurídica, esa circunstancia de presentar un informe de inteligencia militar sin fundamentos, así como haber rendido testimonios que no se compadecían con la realidad, son constitutivos de falla del servicio, por cuanto generaron en el funcionario judicial un falso juicio de razonamiento** que, en su momento, ameritó la imposición de la detención preventiva.

Así las cosas, es incuestionable que en el presente caso **el título de imputación del daño debe ser el subjetivo**, puesto que como se precisó, no es aplicable al asunto concreto los títulos de imputación contenidos en la ley 270 de 1993, ni en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 (CPP), **toda vez que se trata de la imputación que se hace a la fuerza pública de haber presentado documentos y testimonios sin el correspondiente soporte y fundamento, que son constitutivos de una falla del servicio en tanto que a partir de los mismos se hizo derivar consecuencias jurídicas limitativas**



de la libertad de un ciudadano, lo cual no sólo es censurable sino que además implica un escenario de responsabilidad.

En ese orden de ideas, se modificará la sentencia impugnada para, de un lado, confirmar la declaratoria de responsabilidad y, de otra parte, modificar la liquidación de perjuicios morales efectuada en primera instancia, sin que se pueda hacer más gravosa la situación del apelante único, en virtud del principio constitucional de la no reformatio in pejus". (CONSEJO DE ESTADO. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, del 9 de julio de 2014, radicación 680012315000200005600 01, accionante Gonzalo Fontecha Chacón.)

"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 d 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. 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 practica 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 juico oral, la Fiscalía examinar la fundabilidad de estos, tal como lo ha desarrollado la jurisprudencia.

Cuando la Fiscalía incumple sus deberes probatorios, lo cual da lugar a que se deba absolver al procesado no surge la responsabilidad del Estado respecto de la Nación - Rama Judicial, porque la privación de la libertad, tuvo origen en el caudal probatorio allegado inicialmente por el Ente investigador.

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 convocante, además de estar soportada está en medios de conocimiento como el relato de la menor.

EXCEPCIONES



En ejercicio del legítimo derecho de defensa y contradicción que le asiste a la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, propongo los siguientes medios exceptivos:

El hecho de un tercero por causa extraña.

En el presente caso, es necesario analizar la conducta de la denunciante y la menor presuntamente agredida, lo anterior por cuanto en este caso estuvo en juego el derecho fundamental a la libertad del aquí demandante, si se tiene en cuenta que en el trámite del proceso penal se les respetó el debido proceso de las denunciadas por lo que fueron escuchadas en versión, rindieron testimonio y a la menor en la oportunidad procesal correspondiente, se le recibió su versión, por varios profesionales, practicó examen psicológico correspondiente con el fin de evidenciar las lesiones que adujo se le causaron, no obstante, dicho examen no sirvió para demostrar las cuestionadas afirmaciones de la menor, ni en la audiencia aportaron argumentos para ratificar o ser contundentes en sus afirmaciones o presentar nuevos elementos de prueba respecto a las acusaciones.

En este contexto, se destaca, que las acusaciones de la menor al parecer estaban preparadas con anterioridad, como si se tratase de la repetición de una lección aprendida por la menor. Además, De las pruebas psicológicas del I.C.B.F, se pudo verificar que la menor estaba coaccionada para acusar al señor Omar Figueroa Fonque, por lo que el Operador Judicial no encontró una fiel narración de la verdad en la versión de la menor por lo que su dicho no resultó creíble.

De otra parte, esta denuncia, involucra un aspecto extraño, el ambiente familiar conflictivo en el que se desarrolla la denuncia, para la época de los hechos, a punto de verse involucrados en riñas entre Omar Figueroa Fonque y la señora Berenice, incluso con amenazas de muerte, pues uno de los hijos de la señora Berenice intentó matarlo, por lo que no era nada armoniosa y pudo dar lugar a involucrar a la menor, la cual resultó infundada, con las consabidas consecuencias de la privación. En este aspecto no se profundizó en la investigación.

Así las cosas, vemos que la imposición de la medida de aseguramiento, fue consecuencia directa de la denuncia infundada instaurada por el Padre de la menor.

Cuando las incriminaciones contra persona determinada resultan infundadas, constituyen una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico denominada, falsa denuncia contra persona determinada, previste en el artículo 436 del Código Penal, el cual prescribe:

De otra parte, dichas acusaciones infundadas y contundentes contra persona determinada, se encuentran prohibidas por el ordenamiento jurídico en el artículo



436 del Código Penal, por configurar una falsa denuncia contra persona determinada, aspectos estos que constituyen la causa determinante del daño, 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 de 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”.

Es por lo anterior que los perjuicios que aquí se recaman deben reclamarse a quien instauró la denuncia y puso en funcionamiento el aparato judicial

Así pues, el proceso penal que se inició en contra del aquí demandante, con la captura e imposición de la medida de aseguramiento, fue consecuencia directa de la falsa denuncia instaurada por el Padre de la joven y las sindicaciones de la menor contra el aquí demandante, lo cual resultó ajeno e imprevisible para los entes demandados,

En conclusión, la conducta de la menor y de su familia configura el eximente de responsabilidad que rompe el nexo de responsabilidad respecto a la Rama Judicial, denominado HECHO DE UN TERCERO POR CAUSA EXTRAÑA.

Respecto al hecho de un tercero por falsa denuncia, el Consejo de Estado 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, Sección Tercera, Magistrado Ponente Dra. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, sentencia del 26 de abril de 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).*

En un caso similar el Consejo de Estado, expresó:

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Niega. Caso medida de aseguramiento preventivo a ciudadano por la comisión del delito de acto sexual con menor de 14 años / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PREVENTIVO DE LA LIBERTAD - Situación especial: Testimonio de menor de edad en investigación penal. Configuración de causa extraña / DAÑOS CAUSADOS POR LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Niega. Declara probada la ausencia de responsabilidad por causa extraña / **INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO POR CAUSA EXTRAÑA** - Deber de investigar en casos de menor de edad / MENOR DE EDAD - Sujeto de especial protección / PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD - Deber de soportar carga frente a especial protección del sujeto menor de edad en delitos cometidos contra estos / SISTEMA PENAL ACUSATORIO / IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE



ASEGURAMIENTO - Juez con funciones de control de garantías El comportamiento de los denunciantes, en este caso, resultó externo, imprevisible e irresistible para la entidad demandada, pues dado que, por la forma en que ocurrió el delito, la víctima del mismo era la única que podía identificar a su autor y, además, esta era un menor de edad (6 años al momento de los hechos), cuyos derechos prevalecen sobre los derechos de los demás y es sujeto de especial protección por parte de las autoridades, quienes estaban obligadas a dictar una medida preventiva para protegerlo de una eventual agresión. Por ello, no era previsible ni podían impedir las entidades demandadas que, posteriormente a la denuncia, a la gravedad del delito y al concepto del psicólogo de medicina legal, las pruebas no fueran suficientes para acreditar más allá de toda duda la existencia del delito y la responsabilidad penal. Esta circunstancia implicó que el ente investigativo y el juez competente procedieran, con base en la información suministrada por la víctima, a solicitar e imponer la medida restrictiva de la libertad, pues no otra conducta podía exigirse ante la gravedad de la denuncia y del relato del menor. Bajo esta perspectiva, la Sala declarará la configuración de una causa extraña que impide que el daño antijurídico sea imputado a la demandada. NOTA DE RELATORÍA: Con aclaración de voto del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa. A la fecha, esta Relatoría no cuenta con el medio magnético ni físico de la citada aclaración. Con protección de datos personales respecto de información de niños, niñas y adolescentes de conformidad con las disposiciones consignadas en: i) La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 expedida por la Organización de las Naciones Unidas; ii) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH en su artículo 19 y afines; iii) Las reglas mínimas para la difusión de información judicial en internet, Reglas de Heredia de 2003; iv) Constitución Política Colombiana en sus artículos 15 y 44; v) el Memorando sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en Internet, en particular de niños, niñas y adolescentes de Montevideo de 2009; vi) Ley 1581 de 2012 de protección de datos personales en su artículo 7 y concordantes; vii) Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, especialmente en lo referido en su artículo 193; viii) Decreto 1377 de 2013 especialmente en sus artículo 3 y 12; ix) Ley 1712 de 2014, Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional; x) Decreto 103 de 2015 especialmente el artículo 26; xi) Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015 especialmente en su artículo 2.1.1.1.1.2 inciso 2. Así mismo, atendiendo a las consideraciones de la Corte Constitucional en sus fallos C-748 de 2011, C-274 de 2013 y T-277 de 2015. Igualmente, al respecto se sugiere consultar la decisión ATC1856-2015 de 14 de abril de 2015, rad. 17001- 22-13-000-2009-00252-01, expedida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia". (CONSEJO DE ESTADO, SUBSECCIÓN C Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE Bogotá D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00374-01(53606) Actor: JAVIER ALFONSO MÉNDEZ Y OTROS Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, RAMA JUDICIAL).

En este contexto, con todo respeto considero que el **daño que alega el extremo demandante no tiene la calidad de antijurídico**, pues, la decisión de privar preventivamente de la libertad al imputado, 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.**

Inexistencia del daño antijurídico

El comportamiento de los denunciantes Padre y menor en este caso, resultó externo, extraño, imprevisible e irresistible para la entidad demandada, pues dado que, por la forma en que ocurrió el delito, la víctima del mismo era la única que podía identificar a su autor y, además, esta era una menor de edad (9 años al momento de los hechos), cuyos derechos prevalecen sobre los derechos de los demás y es sujeto de especial protección por parte de las autoridades, quienes estaban obligadas a dictar una medida preventiva para protegerla de una eventual agresión. Por ello, no era previsible ni podían impedir las entidades demandadas que, posteriormente a la denuncia, a por la gravedad del delito y al concepto del psicólogo de medicina legal, las pruebas no fueran suficientes para acreditar más allá de toda duda la existencia del delito y la responsabilidad penal.

En el presente caso, el Juez de Garantías y el Juez de Conocimiento en el trámite del proceso obraron conforme a la constitución y la ley, es decir en derecho y a la fecha no se encuentra acreditado que las decisiones adoptadas en este proceso, sean caprichosas o arbitrarias.

Además, si bien existió una privación de la libertad, esta no fue injusta, NI ANTIJURÍDICA, pues se ajustó a las prescripciones legales vigentes, toda vez que la causa determinante del daño que aquí se reclama fue ocasionada por la denuncia infundada contra persona determinada, y es a quien se le deben reclamar dichos perjuicios.

LA INNOMINADA: Prevista en el artículo 164 inciso segundo del C.CA, esto es, "cualquier otra que el fallador encuentra probada".

5.- PRUEBAS Y PERJUICIOS

Por estos hechos, el demandante reclama perjuicios materiales por lucro cesante, daño emergente, morales y a la vida de relación.

Objeción por error grave del dictamen pericial.

El Perito presenta el dictamen pericial, refiriéndose a los gastos invertidos en el transporte de la familia del aquí demandante a visitarlo en el Centro de Reclusión, sin allegar del Centro de Reclusión una certificación que evidencie que personas de su familia lo visitaron y cuantas veces ingresaron. La oportunidad procesal para allegar dicha prueba era con el dictamen, pues debería ser uno de los soportes documentales, por tratarse de una prueba extraprocesal.

De otra parte, el Perito realiza unos cálculos de lucro cesante pasado y futuro, como si el señor Omar Figueredo Fonque, hubiese tenido una vinculación laboral estable, con pago de salario fijo, con prestaciones sociales, realizando los pagos a pensión



y salud, con derecho a vacaciones, cuando laboraba como Todero en Oficios Varios en forma independiente, sin que con la demanda, no se allega prueba documental alguna que acredite una vinculación laboral, ni se acreditan la planillas pila del pago de pensión y salud, por cuanto él ejercía una profesión independiente, no hay lugar a aplicar la presunción relacionada con el tiempo que se tarda para vincularse nuevamente a las actividades laborales.

Además, en éste caso no era necesario la elaboración de este dictámen pericial, por cuanto el Consejo de Estado, ha depurado en sentencia de unificación la regulación de perjuicios morales, materiales, según la cercanía de la afinidad, sentencia que tiene carácter vincular y de obligatorio cumplimiento.

Perjuicios morales y a la vida de relación

Al respecto el Consejo de Estado ha prohibido el doble pago de perjuicios morales y los relacionados con la vida de relación, como lo establece la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014, Expediente 26251, Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor Ana Rita Alarcón, demandado Municipio de Pereira, por cuanto dichas pretensiones son excluyentes y no acumulativos.

De otra parte, los perjuicios por daños a la salud, deben acreditarse por cuanto estos no se presumen y la prueba no obra en los anexos de la demanda.

Finalmente, con base en los argumentos de hecho y derecho anteriormente expuestos, con todo respeto solicito se deniegue la prosperidad de las pretensiones.

6.- PRUEBAS

La Nación - Rama Judicial, con todo respeto solicita se decrete como prueba documental:

Se oficie al Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá, a fin de que ordene el desarchivo y remisión escaneada del proceso penal radicado con el No. 11001-60-00-015-2016-02509 NI 260824, instaurado contra Omar Figueroa Fonque, por el punible de abuso sexual con menor de 14 años, con destino al Juzgado 38 Administrativo de Bogotá, ubicado en la Sede Judicial de EL CAN, en la carrera 57 No. 43-91, Oficina de Apoyó. Dicho proceso y toda correspondencia puede ser remitido a los correos: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co, o al jadmin38bt@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Frente a la anterior prueba allego copia del Oficio No.DEAJALO20-5629 del 13 de agosto de 2020, con el que este servidor solicitó dicho proceso penal.



7.- 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, posesionada el 30 de noviembre de 2016.

8.- NOTIFICACIONES

Las 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: jdazat@deaj.ramajudicial.gov.co Celular: 320-4685184..

De la Señora Juez,

JESÚS GERARDO DAZA TIMANÁ
C.C. No 10'539.319 de Popayán.
T.P. No 43.870 del C. S. de la J.
Cel: 320 – 4685184.