



DEAJALO20-9404
Bogotá D.C, noviembre 11 de 2010.

Doctora

LUCELY ROCIO MUNAR CASTELLANOS

Juez Treinta y Tres (63) Administrativo de Bogotá - Oralidad
Sección Tercera.
E. S. D.

Radicación: 11001-33-43-063-2020-00159-00.
Acción: Reparación Directa
Demandante: Nelson de Jesús Giraldo Montes y Otros.
Demandado: Nación - Rama Judicial, Otros.

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

1. A LAS PRETENSIONES

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

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 adelantado contra NELSON DE JESÚS GIRALDO MONTES por el presunto abuso sexual del que fue objeto la menor T.M.R de 5 años de edad, por hechos ocurridos en el sector conocido como La Mina, Municipio de Trujillo - Valle del Cauca, cuyos hechos más relevantes resumo en los siguientes términos:

El señor Nelson de Jesús Giraldo Montes, para el año 2013 residía en una finca ubicada en el sector conocido como, La Mina, Municipio de Trujillo - Valle del Cauca, donde se desempeñaba como mayordomo; allí, era frecuentemente visitado por sus hijos, su yerno y sus nietos, toda vez que, estos residían en el casco urbano de dicho Municipio, además



era costumbre de la familia reunirse en la finca donde vivía y laboraba el señor Nelson de Jesús Giraldo Montes para festejar los cumpleaños y las navidades.

Para esa época, el señor JOSÉ ALEXANDER GÓMEZ GIRALDO (Nieto del señor Nelson de Jesús Giraldo Montes, concurría a la finca a visitar a su abuelo, en compañía su señora FRANCY YULIANA MONTES RIOS y la menor hija de esta T.M.R, con quien convivía desde hacía más de tres años.

Para el 04 de febrero del año 2014, el señor JOSÉ ALEXANDER GÓMEZ GIRALDO y la señora FRANCY YULIANA MONTES RIOS, terminaron su relación sentimental en muy malos términos, al enterarse que su pareja le había sido infiel. Razón por la cual, toda la familia del señor José Alexander perdió contacto con la señora FRANCY YULIANA y con la menor T.M.R.

El **06 de febrero de 2014**, es decir, 2 días después de terminar su relación con el Nelson de Jesús Giraldo Montes con la señora FRANCY YULIANA MONTES RIOS se presentó ante la Comisaria de Familia del Municipio de Trujillo - Valle e interpuso denuncia en su contra porque le había llamado la atención que su hija estuviera dibujando lo que para ella sería un pene (esa fue la interpretación que le hizo la madre al dibujo de la menor) y que al preguntarle acerca de eso, la menor le refirió que el señor **NELSON DE JESÚS GIRALDO MONTES** le había tocado la vagina y los senos en varias oportunidades, sin que en ese momento se precisaran las fechas y lugares de los supuestos hechos.

Una vez la señora FRANCY YULIANA MONTES RIOS instauró la denuncia, la Comisaría de Familia del Municipio de Trujillo - Valle inició el Proceso de Restablecimiento de derechos, y, por ende, la Psicóloga Elizabeth Salcedo procedió a realizarle entrevista a la menor T.M.R. con el fin de indagar sobre los hechos ocurridos y características del presunto agresor; siendo del caso resaltar que, dicha profesional al finalizar la entrevista, dejó la siguiente anotación: ***“Al momento en que se realiza la entrevista se logra evidenciar que la menor no conoce sus partes íntimas, además de la importancia de su cuidado”*** (...).

El 21 de octubre de 2015, la menor T.M.R fue conducida ante el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses a efectos de realizar valoración de orden sexológico, siendo atendida por la Médico legista Yakelin Ramírez Mejía, quien consignó dentro de los resultados: ***“que los órganos genitales e íntimos de la menor se encontraban en un estado normal”***; con lo que se estableció que la menor no había sido accedida sexualmente.

El 11 de noviembre de 2015, la menor T.M.R es entrevistada por la funcionaria adscrita al C.T.I Adriana Milena Dachiardi López, en la cual indicó situaciones totalmente diferentes a las planteadas ante la psicóloga, ya que habla de sitios y tiempos totalmente diferentes, así como de conductas que no son acordes con la realidad.



El 08 de noviembre de 2016, a las 17:00 horas, es decir, dos años después de que iniciara la correspondiente investigación penal, el señor NELSON DE JESÚS GIRALDO MONTES, fue capturado por integrantes de la Policía Judicial SIJIN de Tuluá – Valle, según orden de captura 6 expedida por parte de Juzgado Promiscuo Municipal de Caicedonia – Valle.

El 10 de noviembre de 2016, el señor NELSON DE JESÚS GIRALDO MONTES es presentado ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Tuluá - Valle, con el fin de adelantar las audiencias preliminares, en ellas, se declaró la legalidad de la captura por parte del Juez, seguidamente, la Fiscalía General de la Nación le imputó cargos por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, artículo 209, 211, numeral 7° del Código Penal; diligencia en la que el señor Giraldo Montes no aceptó cargos. La Fiscalía solicitó se le impusiera medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva en establecimiento carcelario, solicitud que fue despachada favorablemente por el Juez de Control de Garantías y fue recluido en Centro Penitenciario y Carcelario de Tuluá - Valle.

El 06 de marzo de 2017, se instaló la audiencia de formulación de Acusación ante el Juzgado Primero penal del Circuito de Tuluá - Valle

En la misma audiencia de acusación se realizó por parte del Fiscal 30 Seccional de Tuluá, el cambio de la circunstancia de agravación punitiva establecida en el numeral 7, por la del numeral 2 del artículo 211 del Código Penal, que estipula: *“el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”*, en concurso homogéneo y sucesivo con la misma conducta.

Con todo el tiempo transcurrido desde la denuncia (tres años y un mes) era más que suficiente que para que el órgano investigador hubiera realizado unas labores de investigación acordes con su protocolo en casos de actos sexuales abusivos, donde el procedimiento para la realización de actos de investigación e indagación.

Para el 15 de junio de 2017, se celebró audiencia preparatoria en la que la Fiscalía y la defensa, descubrieron sus elementos materiales probatorios y evidencia física; adicionalmente, realizaron estipulaciones probatorias en cuanto a la plena identificación del acusado, a la fecha de nacimiento de la menor T.M.R.

Agotadas las pruebas testimoniales de la Fiscalía General de la Nación, el despacho procedió a escuchar los respectivos alegatos de conclusión de los sujetos procesales y el Ministerio Público solicitó se dictara sentencia absolutoria.

En audiencia de juicio oral del 14 de septiembre de 2017, el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Tuluá - Valle, anunció el sentido del fallo, ABSOLUTORIO y ordenó la libertad inmediata del señor Nelson de Jesús, tras considerar:



*“(…) concluido entonces los alegatos presentados por cada una de las partes que han intervenido en este juicio oral se declara la clausura del mismo y se procede a emitir sentido de fallo, recordemos como principio rector el de la dignidad humana que guía todo nuestro proceso penal el cual debe respetarse, debe ser debidamente observado por cada uno de quienes hacemos parte del Estado Social de Derecho, unido a este principio de dignidad humana, sigue el principio de la presunción de inocencia que acompaña al procesado durante el todo el transcurrir de su proceso, de su juicio, donde se le da a la Fiscalía esa carga de demostrar más allá de toda duda, la existencia del hecho, y la responsabilidad penal de quien ha sido convocado a juicio, en el presente caso se juzgó, la conducta del señor **NELSON DE JESÚS GIRALDO MONTES**, a quien la Fiscalía General de la Nación, llamó a responder por conducta delictiva de actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo con la misma conducta, agravado artículo 209 y 211 No. 2 del Código Penal, frente a esos hechos giró entonces el propósito de la Fiscalía General de la Nación a través de su delegado, de demostrar primero que el delito había existido, que esa vulneración a ese bien jurídico protegido por la ley, cual es la integridad y formación sexual de una menor, de escasos 4 y 5 años, había sido atacado o era responsabilidad del señor **NELSON DE JESÚS GIRALDO MONTES**, es así, como el delegado fiscal tanto en sus alegatos de inicio prometió demostrar más allá de toda duda esa responsabilidad y existencia del hecho punible, como en sus alegatos de conclusión reafirmó haber demostrado lo mismo, partiendo de las pruebas legalmente introducidas al juicio oral que surgió esos principios de oralidad, contradicción, concentración, inmediación, se basa entonces en el testimonio de la madre de la menor agredida, y parte de ese testimonio para ir decantando el acontecimiento de los hechos, la real existencia de los mismos, junto con las demás pruebas que fueron de carácter pericial, que pudo presentar en la vista oral.*

*En igual sentido se pronuncia la representante de víctimas, dejando claro, que si bien es cierto el perito psiquiatra puede hablar de que la niña presenta un testimonio escueto, esto obedece al transcurrir del tiempo y a un efecto donde los menores quieren sacar de su mente todo aquello negativo, y se resisten a recordar aspectos que han sido dañinos para su vida, pero también hace un recuento de todos los elementos de pruebas aquí recogidos y expuestos para poder llegar a esa conclusión de que el hecho existió y que el responsable es el señor **NELSON DE JESÚS GIRALDO**.*

El 17 de octubre de 2017, se llevó a cabo audiencia pública de lectura del fallo absolutorio.

Contra la sentencia absolutoria el Fiscal 30 Seccional de Tuluá y el Representante de Víctimas, interpusieron recurso de apelación.

El 9 de abril de 2018, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga Sala de Decisión Penal, confirmó la sentencia absolutoria, destacando:



(...) “De las pruebas practicadas e introducidas al juicio oral, es imposible determinar la ocurrencia de la conducta punible de acto sexuales abusivos con menor de catorce años agravado y, por tanto, la responsabilidad del señor Nelson de Jesús Giraldo Montes, ya que del estudio de las distintas versiones rendidas por la menor T.M.R., fácilmente se extracta que existen serias incongruencias y contradicciones en los aspectos relevantes.

Nótese, que **no existe congruencia en los dichos de la menor cuando refiere las supuestas amenazas propinadas en su contra por el acusado para evitar que ella contara acerca del supuesto abuso sexual del cual era víctima, inicialmente afirmó que el agresor le decía que si contaba algo podría hacer algo en contra de su progenitora, después que la golpearía, luego adujo que el señor NELSON le pedía que no contara nada para que no se enojaran con él y finalmente señaló que el acusado la amenazó de muerte.**

Tampoco existe claridad de los eventos en los cuales sucedieron los supuestos tocamientos libidinosos, no está claro el número de veces que ello supuestamente ocurrió, en el entendido que **la niña refirió varias celebraciones de cumpleaños, entre ellas, la del señor Alexander, compañero sentimental de su progenitora a quien veía como su figura paterna, la de su progenitora a quien veía como su figura paterna, la de su cumpleaños número cinco y la de una familiar del acusado.**

Ahora bien, en ninguna de las entrevistas rendidas por la menor ante las Psicólogas de la Comisaría de Familia de Trujillo, del CTI y ante el Psiquiatra del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses se determinó si los dibujos con figura fálica realizados al parecer por la menor T.M.R., fueron consecuencia de los supuestos tocamientos realizados por el señor NELSON DE JESÚS GIRALDO MONTES, nunca se logró establecer o al menos la niña no afirmó que el acusado hubiera exhibido sus partes íntimas en su presencia ni que las hubiera tocado.

Aunado a las evidentes incongruencias advertidas en las distintas versiones rendidas por la menor, el testimonio del Psiquiatra adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, **deja serias dudas** acerca de la real ocurrencia de los hechos objeto de acusación, pues en esa oportunidad, **la niña rindió una versión totalmente escueta, carente de detalles que permitieran establecer con certeza que los supuestos tocamientos libidinosos en realidad se materializaron.**

A través del análisis del perito Psiquiatra y aunado a los demás medios de prueba, **se creó la seria probabilidad de que la niña, estuviera fantaseando al haber vivido experiencias propias de adultos y de contenido sexual, vinculando a un tercero cercano a la persona que ella reflejaba como su figura paterna, y esas circunstancias vividas que no eran propias de un menor de tan solo cinco años de edad, seguidas del rompimiento de la relación sentimental existente entre la persona y su progenitora, la llevaron a relatar esa historia, sin que en efecto probatoriamente hubiese ocurrido.**



De otro lado, llama la atención de la Sala, que durante los tres años que duró la relación sentimental entre el señor José Alexander y la señora Francly Yuliana Montes Ríos, tiempo durante el cual visitaron la finca donde residía el acusado, y en el que supuestamente realizó tocamiento libidinosos sobre la menor T.M.R., quien en una oportunidad afirmó que siempre era manoseada por Giraldo Montes, ninguna de las personas allí presente hubieran notado esa situación y que sólo tres años después la niña mostrara las supuestas señales de haber sido abusada sexualmente.

Además la progenitora de la niña T.M.R. no refirió que en realidad el acusado y la menor hubiesen permanecido a solas y que tuviera la oportunidad de realizar los tocamientos libidinosos, nótese, que al preguntársele sobre ese aspecto, la denunciante solo reiteró que constantemente visitaban la finca y que el señor NELSON DE JESÚS GIRALDO MONTES era muy especial con la menor, no le gustaba que la reprendieran, que en sus cumpleaños él era el que compraba la torta, y que al llegar a la finca la saludaba de beso y abrazo, sin que advirtiera alguna situación de contenido sexual.

*En conclusión, las múltiples incongruencias presentes en el relato de la niña y de su progenitora, los vacíos dejados en las entrevistas rendidas ante las Psicólogas que valoraron a la menor y el estudio efectuado por el Perito Psiquiatra adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal, **impiden tener el conocimiento más allá de toda duda razonable acerca** de la ocurrencia del delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años.*

El señor Nelson de Jesús Giraldo Montes, nació el 08 de septiembre de 1948 en Neira Caldas, ha dedicado gran parte de su vida a labores agrícolas con el objeto de generar sustento para él y su familia.

Por estos hechos el aquí demandante permaneció privado de la libertad desde el 08 de noviembre de 2016 al 14 de septiembre de 2017, es decir por, diez (10) meses y seis (6) días, por lo que considera que se han causado perjuicios materiales, morales, derechos convencionalmente protegidos, a la honra y buen nombre, daño autónomo independiente, daño a la salud que cuantifica en la suma de \$1.744'291.975.00.

3.- RAZONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DEFENSA

Normatividad aplicable

La demandante pretende que se declare que la Nación – Rama Judicial es responsable administrativamente por los daños y perjuicios que reclama, invocando como título jurídico de imputación de responsabilidad patrimonial por una privación injusta de la libertad.



Por lo anterior, se hace imperioso citar las normas relativas a la responsabilidad del Estado y en particular las normas de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que consagran dicho título de imputación de responsabilidad, analizarlas frente a las consideraciones que respecto a este título de imputación.

Sea lo primero tener en cuenta que la Ley 906 de 2004, no contempla la existencia de la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, como si lo hicieron estatutos penales precedentes, razón por la cual se debe acudir a la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política y los artículos 65 y siguientes de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

Sea lo primero tener en cuenta que la Ley 906 de 2004, no contempla la existencia de la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, como si lo hicieron estatutos penales precedentes, razón por la cual se debe acudir a la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política y los artículos 65 y siguientes de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

El Consejo de Estado de tiempo atrás en privación de la libertad, por ejemplo en la sentencia del 23 de abril de 2008, exp. 17534, M.P. Enrique Gil Botero, se venía exigiendo que en cada caso se realizara la revisión total del proceso penal, sin embargo el paso del tiempo dio lugar a variaciones en la jurisprudencia, últimamente sobre el tema de la responsabilidad estatal en esta materia señaló que en vigencia de la ley 270 de 1996, se analizó el tema de la responsabilidad como objetiva, (sentencia del 3 de diciembre de 20121), aun en los casos de absolución por duda en aplicación del principio in dubio pro reo.

En reciente pronunciamiento la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU – 072 del 5 de julio de 2018, determinó que en adelante la responsabilidad objetiva ahora es excepcional, es decir que por el hecho de vincularse a una persona e imponerle medida de aseguramiento y luego se absuelva, automáticamente no se configura la responsabilidad objetiva.

De tiempo atrás, el Consejo de Estado exigía la revisión del proceso penal con el fin de analizar la legalidad de las decisiones adoptadas en el proceso penal, incluyendo el análisis de las pruebas, criterio que ha sido ratificado y actualizado en la sentencia antes referenciada de la Corte Constitucional, en la que se reitera el deber del Juez Administrativo de valorar las circunstancias de cada caso en concreto para determinar si el sindicado tenía o no el deber jurídico de soportar el perjuicio derivado de la detención, con miras a determinar si la actuación de las autoridades judiciales resultaron manifiestamente desproporcionadas, caprichosas, arbitrarias o contraria a los

¹ Expediente 25000-23-26-000-1998-02512-01(25571).



procedimientos legales, a tal punto que se torne antijurídico el daño y se justifique declara la responsabilidad estatal.

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

El caso concreto

Como quiera que el presente caso se relaciona con una investigación penal por un delito contra libertad y la integridad sexual contra la menor T.M.R, de 5 años de edad, 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, y por lo los indicios existentes: la denuncia penal instaurada por la madre de la menor, la versión de la menor, el informe ejecutivo de captura, Informe de investigador de campo FPJ-11 del 01-12-2015 suscrito por Adriana Milena Dachiardi López, el examen sexológico, versiones de familiares, de tal suerte que la obligación del Juez de Garantías, en estos casos es dar cumplimiento a la ley.

Aunado a lo anterior, el numeral 11 del artículo 193 de la misma Ley 1098 de 2006 prohíbe decretar la detención domiciliaria en los casos en que el imputado es miembro del grupo familiar del menor, cuando señala:

“(…)”



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

Lo anterior ratifica la drasticidad que el legislador ha establecido respecto de delitos sexuales contra menores. En este caso se trató del abuelo de la menor.

LEGALIDAD DE LA CAPTURA E IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Sea lo primero destacar que en el presente caso, el Juez encontró que el auto que ordenó la captura cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 297 del estatuto penal en armonía con lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006, Código de infancia y Adolescencia se respetaron las garantías constitucionales del capturado.

Recordemos que 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, lo hace con base en el análisis de 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”² 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”³.

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

“DETENCION PREVENTIVA-Naturaleza/MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO-Naturaleza

² Corte Constitucional, sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³ Íb.



*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 ineficaz 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.

En este caso la prueba indiciaria la constituyen: la denuncia de la señora FRANCY YULIANA MONTES RIOS ante la Comisaría de Familia del Municipio de Trujillo - Valle madre de la menor contra persona determinada, la versión de la menor, la entrevistada realizada a la menor por la funcionaria adscrita al C.T.I Adriana Milena Dachiardi López, el informe de captura, el informe de investigación de campo, el resultado sexológico de la Medicina Legal (aunque el punible no es acceso carnal, sino actos sexuales abusivos), el informe de la Psicóloga, que el juez de garantías valoró respecto a la probabilidad de que el imputado haya cometido la conducta penal imputada.

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 delito⁴. 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

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C 673 de 2005. M. P. Dra. Clara Inés Vargas



participación que no es otra cosa que la deducción efectuada por el funcionario judicial sobre la probabilidad que existe, en términos lógicos y razonables dentro del espectro de posibilidades serías, que el imputado haya cometido y/o dominado la realización de la conducta ilícita o haya participado en su ejecución, sin que tal operación mental, fundada en el valor demostrativo de las evidencias puestas a su disposición, implique un pronóstico anticipado de responsabilidad penal o equivalga a la certeza sobre el compromiso del procesado.”⁵ (Negrilla no original del texto).

Esa prueba indiciaria en este caso está conformada por la denuncia de la madre de la menor y la versión de la menor, el resultado del examen sexológico realizado por Medicina Legal por tratarse de un delito de los llamados “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”.

A este tipo penal se le debe adicionar el incremento de la pena por el agravante.

El numeral 8 de la artículo 199 de la ley 1098 de 2006, por su parte prohíbe la concesión de beneficios,

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta lo dispuesto en Además de lo anterior, el numeral 11 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006, prohíbe conceder detención domiciliaria cuando el imputado es miembro de la familia y al respecto señala:

“(…)”

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

No sobra recordar que el señor NELSON DE JESÚS GIRALDO MONTES presunto autor del abuso sexual es el abuelo de la menor T.M.R, lo que permite la aplicación de dicha norma al presente caso.

Armonizadas las normas especiales antes referenciadas contenidas en la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, la familiaridad del indiciado y el delito imputado se observa que la pena de las conductas punibles imputadas, son superiores a cuatro (4) años por lo que en aplicación a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, se cumple uno de los requisitos para imponerla y tratándose de

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Decisión del 24 de julio de 2017. Rad.: 47850. M. P. Dr. Eugenio Fernández Carlier.



delitos contra menores la medida de aseguramiento debe ser de intramural, so pena de incurrir en prevaricato por omisión.

De otra parte, no puede pasarse por alto que la oportunidad procesal para cuestionar la legalidad de la captura y de la imposición de dicha medida era el término de ejecutoria de dichas decisiones, pero el abogado defensor en estos dos momentos procesales guardó silencio, tampoco se observa que se haya instaurado una nulidad, una acción de tutela, un habeas corpus, por lo cobraron ejecutoria y hoy gozan de presunción de legalidad.

Como quiera que la defensa del aquí demandante alegaba su inocencia, el artículo 318 la Ley 906 de 2004, brinda la oportunidad de que la defensa solicite en cualquier momento del proceso la revocatoria de la medida de aseguramiento, respecto de la cual también se guardó silencio.

Dicha ley también prevé en el artículo 332 la posibilidad de que la defensa demuestre la configuración de una de las 7 causales para solicitar la preclusión de la investigación y tampoco se utilizó, omisiones con las que la defensa había podido agilizar la terminación del proceso, sin embargo no las utilizó, permitiendo la dilación del proceso, no se sabe con qué propósito, lo que configura el eximente de responsabilidad denominado CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.

PELIGRO PARA LA COMUNIDAD

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

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

Vale la pena recordar que estas circunstancias son las siguientes:

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

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



Lo anterior ratifica la necesidad de la imposición de la medida de aseguramiento intramural en esta clase de punibles cuando está de por medio un menor.

Por lo anterior, el análisis que realizó la Juez de Control de Garantías, reitérese, se circunscribió a verificar la razonabilidad⁶, proporcionalidad⁷, ponderación⁸ y el cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales para imponerla, las cuales se cumplieron en el caso que se analiza, pues la misma resultaba necesaria por tratarse de un delito cuya gravedad y modalidad del hecho punible, comportaban un peligro para la comunidad en general, además del agravante porque el indiciado era el abuelo de la menor al existir norma especial, consagrada en el numeral 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, que impone que debe ser intramural.

De acuerdo con lo anterior, con el nuevo procedimiento penal, las funciones de los jueces están claramente delimitadas entre la función de control de garantías (cuyas misiones son las de controlar el abuso de poder y proteger los derechos y, en consecuencia, evitar las restricciones arbitrarias de los derechos) y la de conocimiento que estudia la responsabilidad penal de los imputados.

Sobre el papel del juez de garantías ha expresado igualmente la Corte:

“Particular mención ha hecho la jurisprudencia al caso de la figura del juez de control de garantías⁹. Destaca así que una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue la creación del juez de control de garantías, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar (i) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas excepcionalmente por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicas por la

⁶ Este principio prohíbe los ejercicios del poder público que son abiertamente irrazonables, es decir, ejercicios del poder que no tengan ninguna motivación y que no tengan en consideración a los individuos afectados el mismo. En este sentido un acto del Estado, será irrazonable cuando carezca de todo fundamento, cuando no tienda a realizar ningún objetivo jurídicamente razonable. [Carlos Bernal Pulido, El Derecho de los Derechos pág. 69- Universidad Externado de Colombia].

⁷ El principio de proporcionalidad se compone de tres reglas que toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar para poder ser considerada como una intervención constitucionalmente legítima. Estas reglas son los subprincipios de idoneidad (o adecuación), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. [Carlos Bernal Pulido, El Derecho de los Derechos pág. 67- Universidad Externado de Colombia].

⁸ La ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. [Carlos Bernal Pulido, El Derecho de los Derechos pág. 97.-Universidad Externado de Colombia].

⁹ Ver Sentencia C-1092/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis



Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, (i) si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si la medida es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.”¹⁰

En este contexto, se evidencia que el Juez de Garantías verificó el cumplimiento de la normatividad que regula la imposición de una medida de aseguramiento previstas en la Ley 906 de 2004 en armonía con lo dispuesto en numeral 11 del artículo 193 y artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, actual Código de la Infancia y Adolescencia, lo que permite concluir que, la imposición de la medida de aseguramiento intramural, se encuentra ajustada a la constitución y la ley, además del acervo probatorio allegado no se evidencia que dichas decisiones se hayan proferido de manera, caprichosa, arbitraria o proferida por fuera de los procedimientos legales, según lo dispuesto en la sentencia C - 037 de 1996, y no son constitutivas de una VÍA DE HECHO.

Principio de progresividad.

Por lo anterior, en el desarrollo del proceso penal no se puede desconocer el principio de progresividad, según el cual, una es la prueba para imponer la medida de aseguramiento, otra para decretar la preclusión y otra con mucho más convicción probatoria, sólida y suficiente que permitirá al Juez de conocimiento obtener un grado de convencimiento sobre la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda, para imponer una sentencia de condena.

Ahora, como se sabe, a medida que transcurre el proceso penal la exigencia de la prueba sobre la responsabilidad en la comisión de un hecho punible es mayor, de modo que, para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva, basta que obren en contra de la persona sindicada del hecho punible indicios graves de responsabilidad penal, según los ya mencionados artículos 388 del Decreto 2700 de 1991, 356 de la Ley 600 de 2000 e, incluso, el 308 del Código de Procedimiento Penal hoy vigente; pero, dicha carga cobra mayor exigencia a la hora de proferir sentencia condenatoria, toda vez que para ello se requiere plena prueba de la responsabilidad. Así, las decisiones que se profieren en cada una de las etapas de la investigación tienen requisitos consagrados en disposiciones adjetivas distintas y, por ello, unos son los requisitos sustanciales que se exigen para que proceda la imposición de la medida de detención preventiva (contemplados en los artículos recién citados), otros los que se dan para calificar el mérito del sumario a través de la resolución de acusación (artículos 441 y 442 del Decreto 2700 de 1991, artículos 397 y 398 de la Ley 600 de 2000 y artículos 336 y 337 de la Ley 906 de 2004) y otros -bien distintos- los existentes para

¹⁰ Ver Sentencia C-592/05 M.P. Álvaro Tafur Galvis



condenar, pues para esto último es preciso, como ya se dijo, tener total convicción, esto es, certeza plena de la responsabilidad del enjuiciado en la comisión del ilícito.

Por consiguiente, puede llegar a ocurrir que estén reunidas las condiciones objetivas para resolver la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento de detención preventiva e, incluso, para proferir resolución de acusación en su contra y que, finalmente, la prueba recaudada permita absolverlo o resulte insuficiente para establecer su responsabilidad penal, evento este último en el cual debe prevalecer la presunción de inocencia o, si es del caso, la decisión debe sujetarse al principio de *in dubio pro reo*, pero nada de ello implica, por sí mismo, que los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan sido necesariamente desvirtuados en el proceso penal y que la privación de la libertad haya sido, por tanto, injusta. Por esta razón, pretender que la imposición de una medida de aseguramiento, como la detención preventiva, se funde en la recaudación de una plena prueba de responsabilidad penal no es otra cosa que la contraposición a los postulados procesales dispuestos para tal fin por el legislador y a las atribuciones que la Constitución ha otorgado con ese mismo propósito a los jueces y a los órganos de investigación.

“Ciertamente, unas son las circunstancias en las que a la decisión absolutoria se arriba como consecuencia de la ausencia total de pruebas en contra del sindicado, lo que afecta, sin duda, el sustento fáctico y jurídico de la detención preventiva, pues no puede aceptarse de ninguna manera que, pese a la falta de pruebas o indicios el Estado adopte la decisión de aplicar al investigado esa medida restrictiva de su libertad y le imponga efectivamente dicha carga y otras, en cambio, son las circunstancias que tendrían lugar cuando, a pesar de haberse recaudado diligentemente la prueba necesaria para proferir medida de aseguramiento y, luego, resolución de acusación en contra del sindicado, se concluye que no hay lugar a dictar una sentencia condenatoria”. (Consejo de Estado, CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., sentencia del 15 de agosto de 2018, expediente No. 66001-23-31-000-2010-00235-01- NI 46.947, Demandante: Martha Lucía Ríos Cortés y Otros. Demandada: Nación Rama Judicial y Fiscalía).

Es este contexto, es pertinente resaltar que el proceso penal colombiano se caracteriza porque rige o se reconocido, entre otros, **el principio de progresividad**. Este ha sido reconocido y desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que precisamente es responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación verificar si para imputar (y consecuentemente solicitar una medida de aseguramiento) se encuentran los presupuestos exigidos por la Ley procesal penal. En tal sentido ha expresado la Sala Penal:



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

En los diversos «escalones» del proceso penal la Fiscalía debe examinar previamente su fundabilidad. El primero de estos momentos o «escalones» viene constituido por el control jurisdiccional efectuado sobre los actos procesales de iniciación que determinan una imputación de parte. El grado de verosimilitud en que se funda este escalón es una simple posibilidad. Por ello el artículo 287 de la Ley 906 señala que la imputación se eleva cuando, de los ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS, evidencia física o información legalmente obtenida, se infiere razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. La imputación formal no sólo es una exigencia que posibilite el derecho de defensa (art. 290 ibídem), sino que cumple la función garantista de evitar, en un primer estadio, las acusaciones infundadas.”¹¹ (Negrilla no original del texto).

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

“Según vamos avanzando en el proceso penal el grado de conocimiento exigido al funcionario judicial: juez o fiscal según el caso; va aumentando, de tal suerte que la ausencia de duda en cuanto a la existencia del delito y la atribución de responsabilidad debe ir despejándose a través del tamiz del procedimiento.”¹²

Es por ello que, la ley exige diferentes grados de poder demostrativo por parte de los Elementos Materiales Probatorios que presenta la Fiscalía con la imputación, otro el que se adquiere a partir de la audiencia de acusación (art 344) momento a partir del cual se realiza el destape probatorio (que el juez no podía pasar por alto y en el que se esperaba

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 25 de abril de 2007. Rad.: 26309. M. P. Dr.: Yesid Ramírez Bastidas. Posición reiterada en: Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Decisión del 5 de junio de 2019. Rad.: 51007 M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar

¹² 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.



se reforzaran el material probatorio requerido) y otro más exigente en la audiencia de juicio, en la que se controvierten todas la pruebas.

Por lo anterior, en el desarrollo del proceso penal no se puede desconocer el principio de progresividad, según el cual, una es la prueba para imponer la medida de aseguramiento, otra para decretar la preclusión y otra con mucho más convicción probatoria, sólida y suficiente que permitirá al Juez de conocimiento obtener un grado de convencimiento sobre la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda, para imponer una sentencia de condena.

Ahora, como se sabe, a medida que transcurre el proceso penal la exigencia de la prueba sobre la responsabilidad en la comisión de un hecho punible es mayor, de modo que, para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva, basta que obren en contra de la persona sindicada del hecho punible indicios graves de responsabilidad penal, según los ya mencionados artículos 388¹³ del Decreto 2700 de 1991, 356¹⁴ de la Ley 600 de 2000 e, incluso, el 308¹⁵ del Código de Procedimiento Penal hoy vigente; pero, dicha carga cobra mayor exigencia a la hora de proferir sentencia condenatoria, toda vez que para ello se requiere plena prueba de la responsabilidad. Así, las decisiones que se profieren en cada una de las etapas de la investigación tienen requisitos consagrados en disposiciones adjetivas distintas y, por ello, unos son los requisitos sustanciales que se exigen para que proceda la imposición de la medida de detención preventiva (contemplados en los artículos recién citados), otros los que se dan para calificar el mérito del sumario a través de la resolución de acusación (artículos 441 y 442 del Decreto 2700 de 1991, artículos 397 y 398 de la Ley 600 de 2000 y artículos 336 y 337 de la Ley 906 de 2004) y otros -bien distintos- los existentes para condenar, pues para esto último es preciso, como ya se dijo, tener total convicción, esto es, certeza plena de la responsabilidad del enjuiciado en la comisión del ilícito.

Por consiguiente, puede llegar a ocurrir que estén reunidas las condiciones objetivas para resolver la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento de detención preventiva e, incluso, para proferir resolución de acusación en su contra y que, finalmente, la prueba recaudada permita absolverlo o resulte insuficiente para establecer su responsabilidad penal, evento este último en el cual debe prevalecer la presunción de inocencia o, si es del caso, la decisión debe sujetarse al principio de in

¹³ “Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando (sic) contra del (sic) sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso ...”.

¹⁴ “Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva. “Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso...”.

¹⁵ “El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga ...”.



dubio pro reo, pero nada de ello implica, por sí mismo, que los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan sido necesariamente desvirtuados en el proceso penal y que la privación de la libertad haya sido, por tanto, injusta. Por esta razón, pretender que la imposición de una medida de aseguramiento, como la detención preventiva, se funde en la recaudación de una plena prueba de responsabilidad penal no es otra cosa que la contraposición a los postulados procesales dispuestos para tal fin por el legislador y a las atribuciones que la Constitución ha otorgado con ese mismo propósito a los jueces y a los órganos de investigación.

Recordemos 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 penal 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)

En dichas condiciones, puede afirmarse que si bien los Jueces gozan de autonomía e independencia judicial para elegir las normas jurídicas aplicables al caso concreto, para determinar su forma de aplicación, y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no es menos cierto que en esta labor no les es dable apartarse de los hechos, o dejar de valorar las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y, menos aún, desconocer las disposiciones constitucionales o legales, que rigen el procedimiento que orientan el proceso bajo cuya dirección adelantan, para el caso



concreto la Ley 906 de 2004, que obliga al Juez Penal de Conocimiento a emitir una decisión favorable al procesado cuando no sea posible probar más allá de toda duda la responsabilidad del acusado, en atención además al principio de congruencia, en razón a que el Juez de Conocimiento dio aplicación al principio in dubio pro reo, por las dudas presentadas.

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

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

“La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal”¹⁶ (se subraya).

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

“En síntesis, las medidas de aseguramiento tienen un carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad del imputado o acusado. No

¹⁶ Al respecto, también se puede consultar, entre otras, la sentencia C-774 de 2001.



constituyen por ende una sanción como tal, como quiera que su naturaleza siempre será la de una actuación cautelar, eminentemente excepcional, cuyo carácter es meramente instrumental o procesal, más no punitivo, esto es, no debe estar precedida de la culminación de un proceso, pues tal exigencia ... desnaturalizaría su finalidad, se insiste, preventiva”.

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

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

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

Siendo así las cosas, la medida de aseguramiento impuesta se encuentra ajustada a la constitución y la ley, es decir, fue proferida en derecho.

Es así como del análisis de la sentencia se concluye que cuando una persona es sometida a una medida privativa de la libertad y posteriormente es absuelta, sin importar la ley penal bajo la cual se tramitó el respectivo proceso penal, o la causal por la cual



se profirió la absolución, habrá lugar a responsabilidad del Estado, en aplicación de la teoría del daño especial, entendido éste como aquel que el individuo no estaba obligado a soportar, sin que en estos casos, tenga relevancia la juridicidad de la conducta del agente estatal.

Sin embargo y pese a la posición anteriormente esgrimida, en sentencia proferida el 10 de agosto de 2015, Consejero Ponente Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa Radicación 54001233100020000183401(30134) Sección Tercera del Consejo de Estado, adoptó otra posición y cuyo eje está enfocado a realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustentan la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio de la in dubio pro reo, esconde deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son las que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación penal a su favor.

La sentencia de unificación señala también que, si bien el régimen de responsabilidad aplicable al caso de la persona privada de la libertad que finalmente resulta exonerada penalmente ya sea por sentencia absolutoria o su equivalente, es el régimen objetivo del daño especial; ello no es óbice para que también concurren los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, caso este en el cual se determina y aconseja fallar bajo el régimen subjetivo.

No obstante lo anterior, a la hora de resolver el caso concreto, esto es, **en la ratio decidendi del fallo, la Sala Plena de la Sección Tercera habilita al juez contencioso administrativo para que en el marco de su competencia, a la hora de resolver sobre la responsabilidad del Estado en los casos en que una persona es privada injustamente de la libertad en el desarrollo de una investigación penal, y finalmente resulta exonerada penalmente mediante la expedición de un fallo absolutorio a su favor o mediante decisión equivalente, para que realice un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determine si los argumentos que sustentan la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio de la in dubio pro reo, esconde deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son las que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación penal a su favor.**

Siguiendo la secuencia del proceso, se advierte que el aquí demandante fue absuelto por duda en aplicación del principio in dubio pro reo, es decir que el procesado no demostró plenamente su inocencia.

La Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha afirmado que la aplicación del **principio in dubio pro reo no se equipara con la inocencia del procesado, sino que simplemente no se llegó a un convencimiento**



más allá de toda duda, con base en las pruebas practicadas. Al respecto ha señalado el Alto Tribunal:

*“...Si la presunción de inocencia es un estado garantizado constitucional y legalmente a toda persona que se le inicie un proceso en nuestro territorio patrio, desprendiéndose la regla del **in dubio pro reo en el sentido de que toda duda debe resolverse a favor del procesado, y que al aplicarse por los funcionarios judiciales conduce indefectiblemente a la declaratoria de NO RESPONSABILIDAD**, bien a través de la preclusión de la investigación o de la sentencia absolutoria, de ninguna manera puede equipararse con la declaratoria de INOCENCIA, habida cuenta que si la DUDA se entiende como carencia de CERTEZA, deviene como lógica reflexión en los casos en que se considere, **no la aseveración de que se juzgó a un inocente, sino la IMPOSIBILIDAD PROBATORIA** para que se dictara sentencia condenatoria...”¹⁷*

De tiempo atrás, en otra oportunidad, a éste respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que: **“el hecho que se absuelva al procesado por duda, no implica que se haya juzgado a un inocente”**. [Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL, Exp. Rad. No. 16384, M. P. Dra. MARINA PULIDO DE BARON, 21 de enero de 2004].

Ahora bien, la responsabilidad estatal, sea cual fuera la causa que la origina, puede estar ausente si se prueban causales eximentes de responsabilidad, como la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

HECHO DE UN TERCERO

Como ya se mencionó en el presente caso, la señora FRANCI YULIANA MONTES RIOS se presentó ante la Comisaria de Familia del Municipio de Trujillo - Valle e interpuso denuncia en contra del señor NELSON DE JESÚS GIRALDO MONTES, porque le había llamado la atención que su hija estuviera dibujando lo que para ella sería un pene (esa fue la interpretación que le hizo la madre al dibujo de la menor) y que al preguntarle acerca de eso, la menor le refirió que el señor Nelson de Jesús le había tocado la vagina y los senos en varias oportunidades, sin que en ese momento se precisaran las fechas y lugares de los supuestos hechos.

Una vez la señora FRANCI YULIANA MONTES RIOS instauró la denuncia, la Comisaría de Familia del Municipio de Trujillo - Valle inició el Proceso de Restablecimiento de derechos, y, por ende, la psicóloga Elizabeth Salcedo procedió a realizarle entrevista a la menor T.M.R. con el fin de indagar sobre los hechos ocurridos y características del presunto agresor.

¹⁷ Corte suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 15 de julio de 2003. Rad.: 17866. M. P. Dr.: Jorge Anibal Gómez Gallego. Posición reiterada en decisión del 13 de junio de 2012. Rad.: 35331.



En estas condiciones, es evidente en este caso que se presentó una denuncia penal contra persona determinada, con un señalamiento directo contra el señor NELSON DE JESÚS GIRALDO MONTES, siendo esta la causa determinante del daño que aquí se reclama, por cuanto ello permitió que en su contra se iniciara proceso penal y fuese privado de su libertad y por los delicados hechos descritos por la menor contra su abuelo y la severidad con la que el legislador regula la medida de aseguramiento tratándose de menores, aunque a la postre resultó absuelto, lo que permitió que su privación de la libertad se prolongara hasta la sentencia de primera instancia. La Fiscalía y el representante de víctimas apelaron y ello contribuyó a que se prolongara la privación de su libertad.

El legislador sanciona en el artículo 436 del Código Penal Colombiano las falsas denuncia contra persona determinada, cuando expresa:

“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.

Por la corta edad de la menor su versión resultó contradictoria e imprecisa por lo que a la postre perdió credibilidad y fue la causa para la absolución por duda constituyéndose, como ya se señaló, en la causa determinante del daño que aquí se reclama, lo que exime de responsabilidad a la Rama Judicial, por cuanto el Operador Judicial dio cumplimiento a la Ley para imponer la medida de aseguramiento

Por la versión de la menor se configuró una imputación bajo la gravedad del juramento a través de la denuncia penal contra persona determinada y dada la gravedad de la versión de la menor, era necesaria la imposición de la medida de aseguramiento intramural, por lo que dicha decisión se encuentra ajustada a derecho, lo que configura el eximente de responsabilidad denominado causa extraña por EL HECHO DE UN TERCERO.

CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.

El legislador también previó en la Ley 906 de 2004, la posibilidad de reclamar perjuicios cuando la denuncia no prospera, por cuanto es una imputación contra persona determinada, sancionable por el código penal, motivo por el cual, era obligación de la defensa del aquí demandante, iniciar el incidente de reparación de víctimas en el proceso penal en el que fue absuelto, sin embargo no se evidencia que su abogado defensor lo haya iniciado, con base en lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 906 de 2004), dicha omisión, configura otro eximente de responsabilidad denominado CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.



INEXISTENCIA DE ANTIJURIDICIDAD

Como quiera que las etapas procesales del proceso penal son perentorias y sus decisiones cobran ejecutoria cuando contra ellas no se interponen los recursos de ley, omisión que hace presumir que la defensa estuvo de acuerdo con ellas, por cuanto en las etapas subsiguientes no se interpuso una nulidad.

Además, en este contexto, vemos que respecto a la legalidad de la captura y la imposición de la medida de aseguramiento en el término de ejecutoria, no fueron impugnadas para debatir su legalidad, omisión que de igual manera hace presumir que al defensa estuvo de acuerdo con ellas.

El Legislador además a través del artículo 318 la Ley 906 de 2004, brinda la oportunidad de que la defensa solicite en cualquier momento del proceso la revocatoria de la medida de aseguramiento, respecto de la cual también se guardó silencio.

Dicha ley también prevé en el artículo 332 la posibilidad de que la defensa demuestre la configuración de una de las 7 causales para solicitar la preclusión de la investigación y tampoco se utilizó, omisiones con las que la defensa había podido agilizar la terminación del proceso, sin embargo no las utilizó, permitiendo la dilación del proceso, no se sabe con qué propósito, lo que configura el eximente de responsabilidad denominado CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.

Finalmente, el Juez de Garantías verificó el cumplimiento de la normatividad que regula las medidas de aseguramiento previstas en la Ley 906 de 2004 en armonía con lo dispuesto en numeral 11 del artículo 193 y artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, actual Código de la Infancia y Adolescencia, lo que permite concluir que, la imposición de la medida de aseguramiento intramural, se encuentra ajustada a la constitución y la ley, además del acervo probatorio allegado no se evidencia que dichas decisiones se hayan proferido de manera, caprichosa, arbitraria o proferida por fuera de los procedimientos legales, según lo dispuesto en la sentencia C - 037 de 1996, y no son constitutivas de una VÍA DE HECHO.

JURISPRUDENCIA RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL ART 199 DE LA LEY 1098 DE 2006.

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”¹⁸ (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

¹⁸ Auto de septiembre 17 de 2008, rad. 30299.



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”¹⁹ (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 perseguido²⁰, señaló que cuando se trate 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 párrafo 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

¹⁹ Auto de abril 28 de 2010, rad. 34044.

²⁰ Radicados 34044 de 2010, 32176 de 2009 y 30299 de 2008.



sea concedido ningún tipo de beneficio, rebaja o prebenda legal o administrativa, salvo los beneficios por colaboración eficaz únicos admitidos por la propia ley”²¹ (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 formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. Tal reconocimiento quedó plasmado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3º) y, en Colombia, en el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989). Conforme a estos principios, la Constitución Política elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (artículos 44 y 45)”²² . (subrayas fuera de texto).

²¹ Auto de octubre 10 de 2011, rad. 37616. En idéntico sentido, auto de junio 28 de 2011.

²² Corte Constitucional, sentencia de tutela T-408 del 12 de septiembre de 1005..



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 víctima de delitos sexuales en el curso de un proceso judicial, absteniéndose de cualquier práctica discriminatoria”²³ (subrayas fuera de texto).

La permisión de la libertad frente a las conductas punibles establecidas en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 pone en riesgo la integridad 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

²³ Corte Constitucional, sentencia T-554 del 10 de julio de 2003.



entorno familiar, pues no debe olvidarse que se trata del padrastro de las menores, quien puede tomar retaliaciones en su contra.

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

Con base en la jurisprudencia transcrita, se ratifica que imposición de la medida de aseguramiento en el proceso que nos ocupa, no desbordó los preceptos legales.

DEFICIENCIA PROBATORIA

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

“Artículo 7º. Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda

Por su parte el artículo 381, establece:

Artículo 381. Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere 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.



La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

No obstante, en el presente caso como ya se advirtió, el Ente Investigador no logró desvirtuar la presunción de inocencia, como la sentencia absolutoria por duda, por cuanto la Fiscalía se había comprometido desde la formulación de la imputación a demostrar más allá de toda duda, la responsabilidad penal del indiciado, pero que por la deficiencia probatoria, por cuanto no hubo prueba en su contra, toda vez que, el único testigo Brayan Camilo Baquero quien lo sindicó como autor del homicidio, por lo que era necesario clarificar su situación jurídica.

En este orden de ideas, por la gravedad de la imputaciones directas que realizó la menor contra su abuela, el juez de control de garantías por la gravedad del delito imputado, por lo que decidió imponerle medida de aseguramiento restrictiva de la libertad, debido a que encontró demostrado el requisito de necesidad de la medida, en tanto las circunstancias permitían inferir la probabilidad de participación en el homicidio imputado.

Es por lo anterior que, 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, toda vez que, la privación de la libertad, tuvo origen en el caudal probatorio allegado inicialmente por el Ente investigador, en los que, por las deficiencias allí consignadas, el proceso no contó con las pruebas suficientes para ser tenidos como plena prueba y soportar una decisión condenatoria contra la aquí demandante, además que un tercero, acepto cargos y se sometió sentencia anticipada, motivo por el cual, es a quien se le debió reclamar los perjuicios.

La impugnación de la Fiscal 30 Seccional de Tuluá y el Representante de las Víctimas contribuyeron a que la privación se prolongara en el tiempo y demorara su trámite.

4.- PRUEBAS Y PERJUICIOS

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Inexistencia del error judicial

Como quiera que en el presente caso la parte actora cuestiona la sentencia de condena de primera instancia como antijurídica, si se tiene en cuenta que fue revocada en segunda instancia, por lo que se hace necesario analizar el error judicial con el fin de establecer si en este caso se configura.

En esta materia, reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, al respecto, ha dicho:

“Por la situación descrita no puede corresponder a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular



todo administrador de justicia. Por el contrario, la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas - según los criterios que establezca la ley -, y no de conformidad con su propio arbitrio".
(Subrayado no original del texto).

El H. Consejo de Estado, igualmente se ha pronunciado frente a la materia:

“sólo excepcionalmente será admisible la responsabilidad patrimonial del Estado derivada del error judicial cometido por las altas corporaciones de justicia y demás tribunales y juzgados en los eventos en que éste sea absolutamente evidente y no se requiera realizar ninguna labor hermenéutica para hallarlo configurado” .

La misma Corporación, en sentencia de fecha Diciembre 5 de 2007, expediente 15128, Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra, consideró:

“El “Error Judicial” según la doctrina “no se produce como consecuencia de la simple revocación a (sic) anulación de una resolución judicial; si se considerase así todo recurso interpuesto con éxito daría lugar a un error judicial cuando, precisamente el sistema de recursos tiene por objeto evitarlo en lo posible. Esto nos lleva a aseverar que no todo error contenido en una resolución judicial constituye error judicial. El error judicial se da sólo cuando la decisión del Juzgador aparezca injustificable desde el punto de vista del derecho”

También citó algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, que afirman:

*“..en el juicio jurisdiccional fuente de responsabilidad civil para quien lo omite, la culpa implica negligencia o ignorancia y ambas, según sean las circunstancias concretas que rodean cada caso, **tienen que ser garrafales**, habida consideración que el escueto error de concepto, doctrina o interpretación, aún cuando lo haya, no origina aquella responsabilidad sino en tanto se ponga en evidencia la manifiesta infracción de un precepto legal específico cuya preterintención pueda obedecer sino a descuido o impericia de tal entidad que, para cualquier profesional en las disciplinas jurídicas con rectitud de miras y de mediana experiencia, resulten imperdonables; por fuera de este marco y dada la importancia que la independencia de criterio reviste para el eficaz ejercicio de la función judicial, visto el precario y falible que es el entendimiento humano y por cuanto es en no pocas oportunidades la defectuosa redacción de las leyes el factor desencadenante de desaciertos*



En este orden de ideas, el Juez de Conocimiento con base en la prueba legalmente arimada al proceso, dejando a un lado el secuestro, en especial la versión inicial de la menor, el examen sexológico realizado por Medicina Legal, cuyo informe “evidencia la existencia de una penetración reciente y otra antigua”, las lesiones en las piernas, la versión de la menor en Cámara Gessel, recepcionada el 8 de noviembre de 2013, en la que se evidencia, la sinceridad de la menor para aceptar unos hechos, consentir otros y ratificar que si hubo abuso sexual sin consentimiento de uno de ellos, que hubo ingesta de licor y que mintió por temor reverencial a sus padres, la versión de los indiciados, argumentos que fueron tenidos en cuenta por el Juez de primera instancia, para proferir la sentencia de condena, porque era evidente la presión que existía sobre la menor y además no tenía la madurez psicológica para consentir dicha relación.

Con todo, el alto tribunal concluye que el juicio de responsabilidad del Estado por error jurisdiccional debe realizarse en atención a las circunstancias del caso concreto, a partir de las cuales se determinará si la actuación judicial es contentiva de yerro alguno.

Por lo anterior, es importante también señalar los alcances de los fallos y la independencia judicial al respecto: La jurisprudencia constitucional reiteradamente ha decantado su posición de prevalecer y respeta los principios de autonomía e independencia judicial, es así como la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

“El principio de autonomía e independencia del poder judicial es una de las expresiones de la separación de poderes. Se ha señalado que este aspecto definitorio de la Constitución implica que los órganos del poder público deben ejercer sus funciones de manera autónoma y dentro de los márgenes que la misma Carta Política determina, ello dentro un marco que admite y promueve la colaboración armónica. Para el caso de los jueces, la autonomía e independencia se reconoce a partir del papel que desempeñan en el Estado, esto es, garantizar los derechos de los ciudadanos y servir de vía pacífica e institucionalizada para la resolución de controversias. Por lo tanto, la separación de poderes respecto de la rama judicial se expresa a través del cumplimiento estricto de la cláusula contenida en el artículo 230 C.P., según la cual los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La jurisprudencia ha comprendido esta cláusula como un límite para las actividades de los demás poderes públicos y los particulares, que exige que los jueces no sean condicionados, coaccionados o incididos, al momento de adoptar sus decisiones, por ningún factor distinto a la aplicación del ordenamiento jurídico y al análisis imparcial y objetivos de los hechos materia de debate judicial. Estos condicionamientos, a su vez, conforman el segundo pilar de la administración de justicia, como es el deber de imparcialidad de los jueces.”

La independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones o, como lo indica la norma bajo estudio, a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma Rama Judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales.



La autonomía del juez es, entonces, absoluta. Por ello la Carta Política dispone en el artículo 228 que las decisiones de la administración de justicia “son independientes”, principio que se reitera en el artículo 230 superior cuando se establece que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, donde el término “ley”, al entenderse en su sentido general, comprende en primer lugar a la Constitución Política”. (Apartes de la Sentencia C-288 del 18 de abril de 2012).

Ahora bien, un fallo reciente de la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁴ empieza explicando que en algunas oportunidades el juez solo dispone de la “única decisión correcta” para resolver el asunto sometido a su conocimiento. No obstante, en otros escenarios, pueden existir distintas decisiones razonables.

Así pues, en esta última hipótesis, aclara la Sala, el juicio de responsabilidad no puede reputar como daño antijurídico la consecuencia adversa a los intereses de una de las partes como consecuencia de la decisión judicial fundada en argumentos racionales.

En tal sentido, explicó que el denominado “principio de unidad de respuesta correcta o de unidad de solución justa” de los enunciados jurídicos constituye una aspiración de los mismos, la cual podrá ser alcanzada, mientras que en otras ocasiones no será así.

De ahí que, en un mismo caso, es jurídicamente posible la existencia de varias soluciones razonables pero diferentes, incluso excluyentes o contradictorias. Tal consideración limita el ámbito dentro del cual puede estimarse que la decisión de un juez incurre en el error jurisdiccional, toda vez que la configuración de este ha de tener en cuenta que pueden darse varias interpretaciones o soluciones, todas jurídicamente admisibles en cuanto correctamente justificadas.

Con todo, determinó que sólo las decisiones carentes de este último elemento (una justificación o argumentación jurídicamente atendible) pueden considerarse incursas en error judicial.

Y concluyó que tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado por error jurisdiccional “únicamente será determinante la contravención al ordenamiento jurídico contenida en una providencia judicial y no la conducta ‘subjetiva, caprichosa y arbitraria’ del operador jurídico.

De igual forma en otra decisión, la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁵, través de una sentencia de instancia, analizó los elementos constitutivos del error jurisdiccional o judicial y al respecto identificó algunos límites estrictos en los que se debe enmarcar el juez de lo contencioso administrativo.

²⁴ (C. P. Jaime Orlando Santofimio) Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 73001233100020020050301 (39846), Nov. 21/17

²⁵ Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 76001233100019972445001 (30548), Dic. 02/15(C.P. Marta Velásquez).



De esta manera, para que se configure el error jurisdiccional, el demandante debe demostrar que en el caso concreto el juez no cumplió con la carga argumentativa de justificar que su respuesta era la única correcta.

Esto implica demostrar que la posición recogida en la sentencia acusada de verdad carece de una justificación jurídicamente atendible, bien porque no ofrece una interpretación razonada de las normas jurídicas o porque adolece de una apreciación probatoria debidamente sustentada por el juez de conocimiento, así lo reiteró basándose en las normas vigentes y la jurisprudencia de la corporación.

En esa lógica, la alta corporación también recordó que situaciones como la discrepancia entre magistrado de una sala no es señal de que la decisión final esté en contra del Derecho.

“Tal entendimiento es abiertamente incompatible con el principio de autonomía judicial y desconoce el sentido que tiene la expresión de opiniones disidentes en el ejercicio de la magistratura”, agregó el alto tribunal. Lo anterior se considera no para deslegitimar o descalificar la decisión adoptada por la mayoría, sino para formular una crítica útil a la sentencia o la de expresar un punto de vista jurídico distinto, que se considera más apropiado

Finalmente se trae a colación un pronunciamiento reciente del Consejo de Estado²⁶ en el que se afirma que en algunas oportunidades el juez solo dispone de la “única decisión correcta” para resolver el asunto sometido a su conocimiento. No obstante, en otros escenarios, pueden existir distintas decisiones razonables. Así pues, en esta última hipótesis, el juicio de responsabilidad no puede reputar como daño antijurídico la consecuencia adversa a los intereses de una de las partes como consecuencia de la decisión judicial fundada en argumentos racionales.

En tal sentido, “(PRINCIPIO DE UNIDAD DE RESPUESTA CORRECTA O DE UNIDAD DE SOLUCIÓN JUSTA) es, apenas, una aspiración de los mismos, la cual podrá, en veces, ser alcanzada, mientras que, en otras ocasiones, no acontecerá así. De ello se desprende que, ante un mismo caso, es jurídicamente posible la existencia de varias soluciones razonables —en cuanto correctamente justificadas - pero diferentes, incluso excluyentes o contradictorias. Tal consideración limita el ámbito dentro del cual puede estimarse que la decisión de un juez incurre en el multicitado error jurisdiccional, toda vez que la configuración de éste ha de tener en cuenta que en relación con un mismo punto de hecho, pueden darse varias interpretaciones o soluciones de Derecho, todas jurídicamente admisibles en cuanto correctamente justificadas. Entonces, sólo las decisiones carentes de este último elemento - una justificación o argumentación jurídicamente

²⁶ (C. P. Jaime Orlando Santofimio) Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 73001233100020020050301 (39846), Nov. 21/17



atendible -pueden considerarse incursas en error judicial²⁷. (Subrayado fuera de texto).

De ahí que, en un mismo caso, es jurídicamente posible la existencia de varias soluciones razonables pero diferentes, incluso excluyentes o contradictorias. Tal consideración limita el ámbito dentro del cual puede estimarse que la decisión de un juez incurre en el error jurisdiccional, toda vez que la configuración de este ha de tener en cuenta que pueden darse varias interpretaciones o soluciones, todas jurídicamente admisibles en cuanto correctamente justificadas.

En el caso que nos ocupa, la sentencia absolutoria se encuentra debidamente motivada, soportada en jurisprudencia de la época y la parte actora no ha demostrado que la legalización de la captura, y la imposición de la medida de aseguramiento sean decisiones caprichosas, arbitrarias o con la intención de favorecer a una parte, o que el agente jurisdiccional haya actuado con culpa o dolo, mucho menos constitutivas de una VIA DE HECHO. Si bien el parámetro para definir el error es la norma jurídica aplicable al caso, no siempre esta arroja resultados hermenéuticos unificados, con lo cual, distintos operadores jurídicos pueden aplicar la misma norma a partir de entendimientos diferentes, con resultados igualmente dispares, siendo válida la autonomía e interpretación del operador judicial, no existiendo error judicial alguno **por interpretación**, incluso, el aquí demandante fue absuelto por duda, en aplicación al principio *in dubio pro reo*, más no porque hubiesen demostrado su plena inocencia.

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

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

²⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 2 de mayo de 2007. Expediente No. 15776. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.



IMPOSIBILIDAD PROBATORIA para que se dictara sentencia condenatoria...²⁸

En este orden de ideas, queda desvirtuado el presunto error judicial que pueda reclamarse en el presente caso.

PRINCIPIO PRO INFANS.

Teniendo en cuenta que tanto ANDRÉS LOZANO como OSCAR PEÑUELA fueron procesados 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 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.”²⁹

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 – por 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 los menores en el marco de los delitos sexuales y el contexto de los delitos sexuales en Colombia.

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 que permiten establecer que nos encontremos ante una posible culpa o dolo de la víctima aquí demandante, y el denunciado estaba en el deber de soportar la medida cautelar restrictiva de la libertad que se le impuso en el marco del proceso penal.

²⁸ Corte suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 15 de julio de 2003. Rad.: 17866. M. P. Dr.: Jorge Anibal Gómez Gallego. Posición reiterada en decisión del 13 de junio de 2012. Rad.: 35331.

²⁹ Corte Constitucional. A009 de 2015. M. P. Dr.: Luis Ernesto Vargas Silva.



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 fueron juzgados los señores: Oscar Camilo Peñuela Guatibonza, Diego Andrés Lozano Rayo, 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.

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”.

El Tribunal emitió fallo absolutorio pues concluyó que lo relatado por la menor de edad no podría llevar a un conocimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad ANDRÉS LOZANO y OSCAR PEÑUELA. De dicha situación se puede concluir que hubo falencias por parte del Ente Acusador en cuanto a las solicitudes probatorias. La Ley 906 de 2004 impone la carga a las partes de realizar las solicitudes probatorias.



Por lo anterior **esta omisión 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.

Sin aportar mayores elementos probatorios ni argumentos de jurídicos y sin tener en cuenta la jurisprudencia ya decantada en materia, la Fiscalía olvidó 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 presentó la teoría del caso, respecto de los delitos de: acceso carnal contra menor de 14 años.

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.)



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 den 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, el cual posteriormente no contó con las pruebas suficientes para ser tenidos como plena prueba para soportar una decisión condenatoria contra los aquí demandantes.

4.- 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:

4.1.- INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURIDICO POR LA RAMA JUDICIAL

En conclusión, en el presente caso, es claro, de un lado, que las decisiones del Juez de Control de Garantías se sujetaron a lo previsto en el artículo 28 de la Constitución Política y en los artículos 306, 308, 310, 311 y 313 de la Ley 906 de 2004, pues estuvieron fundadas en criterios de RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD y PONDERACIÓN, producto de los cuales se arribó a una **inferencia razonable**, soportada además en los elementos materiales probatorios que le fueron presentados por parte de la Fiscalía, al momento de las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, los cuales daban cuenta de la posible participación de los convocantes frente los delitos de **acceso carnal violento agravado en concurso con acto sexual violento agravado**, por lo que el acto jurisdiccional restrictivo preventivamente de la libertad del hoy demandante fue en un todo legal y proporcional, consecuencia de la inferencia razonable, con lo que la decisión se reputa legítima y legal.

Debe tenerse en cuenta que los convocantes fueron imputados y se les impuso medida de aseguramiento por hechos donde el sujeto pasivo de la conducta era menor de edad víctima de delitos sexuales. Frente a esto, tal como lo expone el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, la única medida de aseguramiento posible a imponer es la de privación de



libertad en establecimiento de reclusión carcelaria, una vez el Juez en grado de conocimiento de inferencia razonable encuentre acreditados la autoría y los fines constitucionales de la medida. Si acredita esto, tal como sucedió en este caso, y no impone la medida de carácter intramural, podría eventualmente incurrir en un delito de prevaricato.

Razones por las que se considera que el **daño que alega el extremo demandante no tiene la calidad de antijurídico**, pues, tanto la decisión de privar preventivamente de la libertad al imputado, como la sentencia condenatoria y su posterior revocatoria 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**.

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

5.- PERJUICIOS

Con base en los argumentos de hecho y de derecho anteriormente expuestos, con todo respeto me permito expresar que no hay lugar a reconocer los perjuicios reclamados.

6.- PRUEBAS Y PERJUICIOS

Pruebas de la parte actora

Entre las pruebas de la parte actora presenta declaración extrajudicial del 11 de agosto de 2018, respecto de la cual en la demanda no solicitó su ratificación como lo exige el artículo 222 del Código General del Proceso, razón por la cual no puede ser tenida en cuenta en esta causa.

En cuanto al lucro cesante, la parte actora no acredita una vinculación laboral, ni acredita estar cotizando al régimen de salud y pensiones, motivo por el cual no puede aplicarse la presunción.

Perjuicios morales y a la vida de relación son excluyentes no acumulativos

Como quiera que el Consejo de Estado ha prohibido el doble pago de perjuicio 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 son excluyentes y no acumulativos,

No presunción de perjuicios para yernos y nietos

Frente a la pretensión indemnizatoria de los sobrinos y tios del demandante el H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación Radicación número: 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460), no reconoce perjuicios morales a favor de tios y sobrinos de la víctima,



ya que respecto de los mismos no opera la presunción de aflicción que ha trazado la jurisprudencia de esa Corporación.

En relación con el perjuicio moral, el Consejo de Estado ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral.

Pruebas de la Rama Judicial.

La Nación - Rama Judicial, con todo respeto solicita se tenga en cuenta lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual, incumbe a las partes deber de probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, lo anterior por cuanto uno es el expediente penal y otro el expediente administrativo, entendido este último como lo que anteriormente se denominaba “*agotamiento de la vía gubernativa*”, que se gestiona ante la misma Rama Judicial, en tratándose de asuntos administrativos salariales y prestacionales y que corresponden a la Sección Segunda. Lo anterior sin desconocer el deber de colaboración que nos asiste, siempre y cuando la parte actora haya realizado al menos una gestión (radicado un derecho de petición art 173 CGP), para conseguir el proceso disciplinario, penal, o de otra jurisdicción.

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

*“CARGA DE LA PRUEBA - Naturaleza / CARGA DE LA PRUEBA - Regla de conducta del juez / CARGA DE LA PRUEBA - Principio de autorresponsabilidad El concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que despliegan en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo. **En otros términos, «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota»; las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso. Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado hecho y,***



por consiguiente, a quién corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, pues dichas reglas, precisamente, permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía procesal y de eficacia de la función jurisdiccional. **En los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa.** (Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá, D.C., febrero cuatro (04) de dos mil diez (2010) Radicación número: 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720) Actor: ULISES MANUEL JULIO FRANCO Y OTROS Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE TOLU Y OTROS).

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

No obstante lo anterior, la Rama Judicial, está dispuesta a lo que su Señoría determine.

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, y el Acta de Posesionada el 30 de noviembre de 2016.

8.- NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal de la Calle 72 No 7 - 96, Piso 8, Teléfono 3127011: Extensión 7056. Celular: 320 - 4685184.

Al Ministerio Publico, Procuradora Judicial Administrativa 83, Dra. Pilar Patricia Ruiz Orjuela, prociudadm83@procuraduria.gov.co.

La Fiscalía General de la Nación:
<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/notificaciones-judiciales/>



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

El apoderado de la parte actora Abogado: Moisés Mora, correo: moismora51@.yahoo.com.

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.

Correo: jdazat@deaj.ramajudicial.gov.co.





NELSON DE JESUS GIRALDO MONTES Y OTROS
Rad. 11001334306320200015900
Ekogui: 2146266
JL 42681

Página 1 de 22

Señora Juez
Dra. LUCELLY ROCIO MUNAR CASTELLANOS
JUZGADO SESENTA Y TRE (63) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTA-SECCIÓN TERCERA
E. S. D.

Referencia:

Radicado No.: 11001-33-43-063-2020-0015900
Medio de Control: REPARACION DIRECTA
Demandante: NELSON DE JESUS GIRALDO MONTES Y OTROS
Demandando: NACIÓN - FISCALIA GENERAL DE LA NACION – RAMA JUDICIAL

MARIA CONSUELO PEDRAZA RODRIGUEZ, mayor de edad, domiciliada en la Ciudad de Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía número 39.616.850 de Fusagasugá, abogada en ejercicio, con Tarjeta Profesional No. 161.966 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando dentro del proceso de la referencia, en calidad de apoderada especial de la Nación - Fiscalía General de la Nación, de conformidad con el poder que se adjunta al presente, con sus respectivos anexos, debidamente otorgado por la Coordinadora Unidad Defensa Jurídica – Dirección de Asuntos Jurídicos, quien ostenta la representación judicial de esta Entidad, debidamente asignada mediante Oficio 20181500002733 del 4 de abril de 2018, en los términos de la delegación efectuada por el señor FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, mediante el artículo octavo de la Resolución No. 0-0303 del 20 de marzo de 2018, respetuosamente le solicito se me reconozca personería dentro del presente proceso, y procedo a **contestar la demanda y su subsanación** presentada contra la Fiscalía General de la Nación y otros mediante apoderado por el señor, **NELSON DE JESUS GIRALDO MONTES Y OTROS**.

PROBLEMA JURIDICO

Establecer si las entidades demandadas son administrativa y extracontractualmente responsables de forma solidaria de los perjuicios materiales e inmateriales causados a los demandantes, por el daño antijurídico causado a los demandantes con ocasión de la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor NELSON DE JESUS GIRALDO MONTES, o si por el contrario existe un eximente de responsabilidad a favor de las entidades demandadas.

I- OPORTUNIDAD PROCESAL

De conformidad con lo establecido por los artículos 199 del C.P.A.C.A y 612 del C.G.P., y teniendo en cuenta que la demanda fue notificada electrónicamente al correo institucional creado para tal fin jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co, el día 14 de septiembre de 2020, se precede a contestar la demanda dentro del término legal establecido para tal fin.

II- A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Señor Juez, me permito dar contestación a los hechos de la demanda, así:

Hechos 1, 2, 3, 5, No me consta lo afirmado en estos hechos, no se allego prueba que merita establecer que lo aquí afirmado por el apoderado de los demandantes sea cierto, por lo que me atengo a lo que resulte probado dentro del proceso.

Hecho 6, es cierto, que el 8 de noviembre de 2016 se llevó a cabo la captura del hoy demandante.

Hecho 7, Es cierto, que la señora Francly Juliana Montes Ríos, presentó denuncia en contra del hoy demandante Nelson de Jesús Giraldo Montes el 6 de febrero de 2014.

Hechos 8, 16, 17, 18, 19, 24, 26, 38, 39, No son hechos, Son apreciaciones y transcripciones de la denuncia, de carácter subjetivo realizadas por el apoderado del demandante de las cuales estoy relevada a pronunciarme.

Las acciones y omisiones en que haya incurrido la F.G.N. deberán ser probadas dentro del presente proceso

Hecho 9, Es cierto, que la menor T.R.M., de apenas 5 años de edad fue conducida al Instituto nacional de Medicina legal y ciencias forenses para que fuera valorada sexológicamente, como efectivamente se hizo.

Las acciones y omisiones en que haya incurrido la F.G.N. deberán ser probadas dentro del presente proceso.

Hecho 10, Es cierto, que el 11 de noviembre de 2015, que la menor de solo 5 años T.R.M. fue entrevistada por una funcionaria del C.T.I.

En cuanto a la transcripción de lo manifestado por la menor, estoy relevada a pronunciarme.

Las acciones y omisiones en que haya incurrido la F.G.N. deberán ser probadas dentro del presente proceso.

Hecho 11, 12, Son ciertos, que el 16 de noviembre de 2016, se llevó a cabo la audiencia de legalización de Captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, ante el Juez Segundo Municipal con Función de Control de Garantías de Tulúa – Valle.

Hecho 13, Es cierto, es cierto que el 16 de marzo de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de imputación ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tulúa – Valle.

Los demás argumentos de este hecho son apreciaciones de carácter subjetivo realizadas por el apoderado del demandante de las cuales estoy relevada a pronunciarme

Las acciones y omisiones en que haya incurrido la F.G.N. deberán ser probadas dentro del presente proceso.

Hecho 14, 20, 21, 22, 23, 25, 7, 28, 29, Son ciertos, son actuaciones propias regladas por el procedimiento penal.

Las acciones y omisiones en que haya incurrido la F.G.N. deberán ser probadas dentro del presente proceso

Hecho 15, Es cierto, que el 5 de junio de 2017, se llevó a cabo la audiencia preparatoria, dentro del proceso penal en el que se vio inmerso el hoy demandante.

Los demás argumentos de este hecho son propios del procedimiento penal señalado para llevar a cabo la Audiencia preparatoria.

Hecho 30, 31, 32, 34, 35 Son ciertos, que el 14 de septiembre de 2017 se reanudó la Audiencia de Juicio Oral, se escucharon os médicos citados, y la defensa del hoy demandan ejerció su derecho a contradecir al igual que el Señor Juez, la F.G.N. presentó sus alegatos de conclusión y ese mismo día el Juez dicto el sentido del fallo de carácter absolutorio, ordenando su libertad inmediata.

Hecho 36, Es cierto, que el 17 de octubre del 2017 se llevó a cabo la audiencia de Lectura de Fallo por el Juez Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, fallo que fue apaleado por la F.G.N. y por el apoderado de las víctimas del proceso penal.

Hecho 37, Es cierto, que el 9 de abril de 2018 el Tribunal Superior Sala Penal del Distrito Judicial de Buga, confirmó la sentencia de primera instancia que absolvió al hoy demandante por duda, dando aplicación del principio **In dubio pro reo** a su favor.

Hecho 40 No es cierto, que el daño se haya tornado en antijurídico, recordemos que lo que dio inició a la investigación penal

HECHOS 41, 42, No son hechos, es de Ley agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación para poder acceder a la jurisdicción Administrativa.

III- DE LAS PRETENSIONES Y CONDENAS

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación se enmarcaron siempre en las descritas en el Artículo 250 de la Carta Política; las disposiciones legales, dentro de éstas el Estatuto Orgánico de la misma Entidad y las disposiciones tanto sustanciales como procedimentales penales vigentes para la época de los hechos.

En cuanto a la condena. Señala la doctrina, que para una condena por responsabilidad administrativa prospere, no sólo se debe demostrar el daño, sino que los perjuicios deben ser ciertos y a causa de una acción u omisión de la demandada y los mismos imputables al demandado por una acción u omisión.

Como reglas básicas para que un perjuicio sea indemnizable, no podemos perder lo que la doctrina y la jurisprudencia¹, han señalado no solo en torno a los requisitos, sino la prueba de cara a un juicio de responsabilidad patrimonial:

1.- El diccionario de la Real Academia Española, vigésima primera edición, ha definido la acción de dañar como “Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”, y por daño, “Detrimento o destrucción de los bienes.

2.- El daño debe ser probado por quien lo sufre, so pena de que no proceda su indemnización. No basta, entonces, que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia del daño, porque “el demandante no puede limitarse, si quiere sacar adelante su pretensión, a hacer afirmaciones sin respaldo probatorio”, que por demás no pueden ser valoradas “como si se tratara de hechos notorios o presumibles, y no de situaciones cuya comprobación, por mandato legal le correspondía al demandante

De acuerdo con lo anterior, procedo a analizar directamente si existe prueba de los perjuicios materiales reclamados por la parte actora.

Lo primero que se debe señalar que en cuanto a los perjuicios solicitados a favor de su yerno y cuatro nietos no se aportó prueba de la relación afectiva existente entre el hoy demandante NELSON DE JESUS GIRALDO MONTES entre su pariente de afinidad LUIS ANTONIO MAHECHA PEREZ (yerno), y sus parientes de consanguinidad (4 nietos).

1.2.1. Perjuicios Morales. Si bien para este tipo de perjuicios opera una presunción, también lo es la medida del demandante en su reclamo, con lo cual pongo de presente, que se ha desconocido el

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de febrero de 1992, expediente 6030

criterio Jurisprudencial en relación con el resarcimiento de perjuicios, las cuales se deben tasar no solo en virtud del grado de consanguinidad y los lazos afectivos; sino del medio probatorio requerido, así como en proporción al tiempo de detención.

1.2.2. Afectación relevante a bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados. Los estimó en 480 SMLMV

1.2.3. Por la Lesión a la honra, el honor y el buen nombre: los taso en 160 SMLMV, no se manifiesta en la demanda en que consistió este perjuicio ni se aportó prueba idónea sobre la existencia del mismo.

1.2.4. Por la privación injusta de la libertad: estimó el demandante en la cuantía del 160 SMLMV, pretende el apoderado un doble pago, uno por perjuicios morales por la privación injusta de la libertad, y otro por la privación injusta de la libertad.

Se objetan estos montos al no haberse aportado prueba idónea sobre la existencia de los mismos, y por cuanto el apoderado del demandante pretende se le pague doble mente los perjuicios inmateriales **de privación de la Libertad** de manera injusta, que dice fue objeto la aquí demandante un pago lo pretende por daño moral por privación injusta de la libertad, otro pago por violación a los derechos constitucionales y convencionales por privación injusta de la libertad; por lesión a la honra, el honor y el buen nombre por privación injusta de la libertad, y por la privación injusta de la libertad; situación que se encuentra prohibida por la alta corporación en su sentencia de Unificación, del 4 de septiembre de 2014 en el numeral **5. PROHIBICIÓN DE PAGO DOBLE DE DAÑO O PERJUICIO INMATERIAL.** *Ningún daño o perjuicio inmaterial podrá ser indemnizado doblemente.*

1.2.5 Por daño a la salud: solicita el reconocimiento de 480 SMLMV

Señora Juez, se evidencia que para que los mismos sean reconocidos debe existir prueba idónea que demuestre la causación de dichos perjuicios; en el caso sub judice, no se aportó prueba de la existencia de los mismos.

Así mismo también se debe tener en cuenta y como ha definido el Alto Tribunal Contencioso Administrativo, **el daño a la vida en relación** afecta la órbita existencial exterior de una persona como consecuencia de la alteración de sus intereses vitales por la lesión de sus derechos de la personalidad o de otro bien jurídicamente tutelable. Para tener derecho al mismo debe ser cierto, directo, determinado y debidamente probado, puesto que no es posible resarcir perjuicios hipotéticos o meramente eventuales.

No se aportó prueba con la demanda de las circunstancias, que afectara el normal desarrollo de la vida del demandante, por lo tanto, no se produjo ninguna alteración o cambio en sus relaciones con el mundo exterior o en sus actividades, por lo tanto no hay lugar al reconocimiento del mismo, por lo que se objeta este perjuicio.

Llama la atención, que el actor se abstuvo de centrar los pretendidos daños en conceptos concretos y de puntualizar en qué consistieron los perjuicios, enunciándolos y cuantificándolos uno a uno, para someterlos a la controversia y a la ponderación.

El demandante, como se colige del repaso de su demanda y de su actitud probatoria, abandonó su carga demostrativa, por el contrario, pareciera que está a la espera de lo que brote con sus meras enunciaciones.

Perjuicios Materiales: Lucro cesante Según el Código Civil, el lucro cesante es la ganancia o el provecho que deja de reportarse (artículo 1614), esto es, la pérdida de un interés futuro a un bien que todavía no corresponde a una persona. Este daño, como cualquiera otro, debe indemnizarse, si se prueba y en lo causado. La explicación que se da a esa regla se apoya en otro principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la “víctima”; si el daño se indemniza por debajo del

realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la 'víctima'; por ello el daño constituye en sí mismo la medida del resarcimiento.

Considera el demandante que se le debe reconocer la suma de \$21.810.695, por los salarios dejados de percibir de sus actividades agrícolas por el tiempo de privación de la libertad, más el lapso que dura una persona en conseguir trabajo.

Se objeta este monto, toda vez que no se aportó prueba que permita establecer, que efectivamente el aquí demandante para la época de los hechos, tenía un vínculo laboral, o desempeñaba un arte u oficio y que se encontraba aportando al Sistema de Seguridad Social Integral.

Respecto de los perjuicios materiales, Señora Juez, es necesario tener en cuenta que no basta la simple afirmación de los daños y la cuantificación de los mismos relacionados por el actor, es imprescindible aportar las pruebas, para permitir la comprobación de la existencia de los supuestos daños. Recordemos que, en esta justicia rogada, lo que se pide o se señala debe probarse. Tal requisito es fundamental, pues el Juez o Magistrado sólo puede hacerlo si aparecen debidamente probados los daños, elemento sin el cual no se podría configurar una responsabilidad patrimonial por parte de la entidad que represento. Al respecto es de señalar que el artículo 167 del Código General del Proceso establece: "*Carga de la prueba: Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)*"

Se debe tener en cuenta que esta justicia es rogada y la carga probatoria incumbe a las partes, al respecto el Honorable Consejo de estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

"CARGA DE LA PRUEBA – *compete a la parte que alega un hecho o a quien la excepciona o la controvierte / CARGA D ELA PRUEBA – *Noción Definición. Concepto**

*Como lo ha precisado la Sala en varias oportunidades, la carga de la prueba compete a la parte que alega un hecho o a quien lo excepciona o lo controvierte, de acuerdo con el artículo 177 del C.P.C., y si bien la ley faculta al juez para decretar pruebas de oficio, tal posibilidad no puede convertirse en un instrumento que supla las obligaciones que corresponden a las partes del proceso. Cabe recordar que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa resulten probadas; en este sentido, en relación con los intereses de la parte demandante, **debe anotarse que quien presenta la demanda, conoce de antemano cuáles de los hechos interesa que aparezcan demostrados en el proceso...**" (resaltado fuera de texto).*

Acogiéndome a los criterios jurisprudenciales y doctrinales que deben tenerse en cuenta para reconocer la indemnización de todos los perjuicios solicitados por el demandante, se ha de exigir que en las afirmaciones que se pretenden reclamar, por razones de probidad y de buena fe se exige, que el demandante obre con sensatez y rigor al momento de hacer su reclamo a la justicia, en especial en cuanto atañe a la existencia y a la cuantía de los perjuicios sufridos. Puesto que no se trata de un mero requisito formal para admitir la demanda, sino que se trata de un verdadero deber, cuyo incumplimiento puede comprometer la responsabilidad de la parte y de su apoderado, de tal suerte que el daño se convierta en cierto y que su reparación y/o restablecimiento debe ser en un mismo plano de igualdad igual o similar al que se encontraba al momento de su causación.

Me opongo al reconocimiento de todos los perjuicios pues su falta de la descripción circunstanciada de los perjuicios, esto es: de qué se trató cada perjuicio, sobre qué recayó el daño, en qué tiempo, en qué cuantía, con qué personas naturales o jurídicas singularizadas puede respaldarlas, en fin, brindando los detalles que especifiquen esos perjuicios, provoca que el panorama descrito por el accionante sea difuso y hace imposible materializar justificadamente su pretensión.

Así que entonces, conceder perjuicios con la sola afirmación en la demanda, resulta un despropósito, porque en momento alguno estas vulneraciones no deben ser presumidas, sino demostradas.

Con lo cual no me queda más que solicitar SE NIEGUE el reconocimiento por dichos conceptos.

IV DE LAS PRUEBAS

Sírvase señora Juez, tener como tales las aportadas por el demandante y que obran dentro del proceso.

Respetuosamente solicito al señor Juez se sirva NEGAR la práctica de las siguientes pruebas solicitadas por el demandante, así:

V FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

5.1. SINTESIS DEL CASO

El ciudadano NELSON DE JESUS GIRALDO MONTES acudió a la acción de reparación directa para que le fueran indemnizados los perjuicios que sufrió por la privación de su libertad que dice fue objeto desde el desde el 8 de noviembre de 2016 al 25 de septiembre de 2017, en el marco de una investigación penal por el delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOGENEO Y SUCECIVO, dentro del proceso penal adelantado en su contra.

Ante tal hecho, se inició la respectiva investigación penal, y previo el cumplimiento de los rituales procesales de Legalización de captura e imputación de cargos, fue privado de su libertad por el Juzgado 2 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Tuluá - Valle.

El sindicado estuvo privado de la libertad y fue absuelto de la investigación en aplicación del principio in dubio pro reo.

5.2. SITUACIONES DE DERECHO

Visto el anterior marco factico, se entra a dilucidar que la privación de la libertad que soportó el señor NELSON DE JESUS GIRALDO MONTES en el marco de la investigación penal que siguió en su contra la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial por el delito de Actos Sexuales Abusivos con menor de 14 años Agravado en concurso Homogéneo y Sucesivo, que culminó con ABSOLUCIÓN EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO, no fue injusta y, en consecuencia, no le es imputable a la entidad que represento, por el contrario de lo presentado en el proceso, las pruebas aducidas, se evidencia que el hoy demandante con su comportamiento se expuso a la medida de aseguramiento, lo que dará lugar a exonerar de responsabilidad a las entidades demandadas.

5.3. DE LOS CRITERIOS DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Basados en criterios legales y Jurisprudenciales, para que surja la responsabilidad de la Administración, se requiere, entonces, la concurrencia de dos factores:

- a). La existencia de un daño antijurídico
- b). La imputación jurídica y fáctica

A.- **En cuanto a la existencia del daño:** Se da por sentado su existencia si tómanos en cuenta que el señor NELSON DE JESUS GIRALDO MONTES fue privado de la libertad y posteriormente fue absuelto de la investigación

B.- **Pero podremos decir lo mismo de la Imputabilidad?** De acuerdo con la anterior panorámica, y aun cuando el demandante pretende determinar que el daño ostenta la naturaleza de antijurídico y por tanto injusto, motivo adicional para predicar el cumplimiento de los preceptos normativos

contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política, necesario se hace para sustentar que en el presente caso no existe forma de atribuir fáctica, ni jurídicamente el daño endilgado a la FGN, para lo cual vale la pena detenerse en dos aspectos a saber:

1.- Si el Daño antijurídico devine de la Privación de la libertad, la cual se tornó en injusta habida consideración el fallo absolutorio, tendremos que decir, que la actuación de la FGN ni es, ni pudo haber sido la causa eficiente en la producción de este, por lo siguiente:

- Porque dentro de sus competencias, ni de su contenido obligacional se desprende función alguna que le permita disponer de medidas restrictivas a la libertad, como lo sería una **medida de aseguramiento**.
- Porque su función en tratándose de privación de la libertad se concreta en **la solicitud de la medida de aseguramiento**, exigiéndose para ese fin una inferencia razonable autoría o participación del sindicado en los hechos denunciados, Solicitud que es elevada ante el Juez de Control de Garantías, quien previo su control de legalidad decide imponerla o rechazarla.
- Porque que si bien la absolución de la investigación a favor del hoy demandante se produjo por aplicación del principio in dubio pro reo, lo cual, en principio, llevaría a que el Estado tuviera que indemnizarle los perjuicios que le fueron causados por razón de la medida de detención preventiva que lo privó de su libertad, lo cierto es que, en el presente asunto, se configura la causal eximente de responsabilidad consistente en la **culpa exclusiva de la víctima**, toda vez que fue la conducta del demandante la que dio lugar a la investigación penal que se adelantó en su contra y que lo privó de su derecho fundamental a la libertad, según los criterios que se desprenden del artículo 70 de la Ley 270 de 1996 –Estatutaria de la Administración de Justicia, dispone que la culpa exclusiva de la víctima se configura “*cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley*”.

Lo anterior se deduce claramente del Artículo 250 de la Carta, recordemos:

“...ARTICULO 250.- Modificado. A. L. 3/2002, art. 2º.

La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

(...)

4. *Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediatez de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.*
5. *Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.*
6. *Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación a los afectados con el delito.*
- (...)
9. *Cumplir las demás funciones que establezca la ley.*

El fiscal general y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el fiscal general o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que sean favorables al procesado...". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

La disposición antes transcrita se encuentra desarrollada tanto en la norma sustancial como en la de procedimiento Penal, el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, y demás normas concordantes y procedimentales vigentes para la época de los hechos. Veamos:

La ley 906 de 2004, por la cual se expidió en nuevo Código de Procedimiento Penal, establece en el artículo 306:

*"Solicitud de imposición de medida de aseguramiento. **El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento**, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.*

Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia".

Así mismo establece, en el artículo 308.

*"Requisitos. **El juez de control de garantías**, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:*

1. *Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*
2. *Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*
3. *Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia". (negrillas fuera de texto)*

Así las cosas, la investigación en la cual se vio involucrado el señor **NELSON DE JESUS GIRALDO MONTES**, tuvo su origen, el 12 de febrero de 2014, mediante denuncia presentada por la señora Frency Yuliana Montes Ríos madre de la menor T.M.R. de 5 años de edad, ante la Comisaría de Familia del Municipio de Trujillo Valle del Cauca.



NELSON DE JESUS GIRALDO MONTES Y OTROS
Rad. 11001334306320200015900
Ekogui: 2146266
JL 42681

Página 9 de 22

Ante tal evento la FGN, inició a las correspondientes actividades investigativas el fin de establecer las circunstancias de tiempo modo y lugar de los hechos denunciados, así:

Remisión de la menor T.R.M. al Instituto de Medicina Legal para su correspondiente valoración.

Se escuchó en entrevista forense a la menor T.R.M. al igual que a la madre de la menor.

Se allegaron copia de las diligencias realizadas en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos adelantado por la Comisaría de Familia de Trujillo Valle en favor de la menor víctima, así como la intervención psicológica individual efectuada a la niña por parte de la Psicóloga Elizabeth Salcedo Giraldo adscrita a la comisaría de Familia de Trujillo Valle.

Lo anterior permitió establecer señora Juez que estaban dadas las condiciones para la solicitud de la medida de aseguramiento realizada por mi representada, fue así como se legalizó la captura como lo hizo el Juez 2 Penal Municipal con Función de Garantías de Tuluá . Valle, en contra del hoy demandante, se llevó a cabo la imputación realizada por la Fiscalía y consecuente privación de la libertad decretada por el Juez, por cuanto se infirió razonablemente que era autor de los delitos endilgados.

Fueron razones suficiente entonces **i) la captura, y ii) la edad de la menor para asegurar que el señor NELSON DE JESUS GIRALDO MONTES se encontraba incurso en el delito imputado**, lo que obligó a la Fiscalía a presentar acusación en el que señaló los elementos probatorios anteriormente mencionados, con base en ellos el Juzgado en control de garantías realizó la audiencia de formulación de acusación pues consideró que estaban dadas las condiciones para llevarla a cabo, de igual forma llevo a cabo audiencia preparatoria y audiencias de juicio oral para concluir con sentencia absolutoria.

Así mismo, la Ley 906 de 2004, nuevo Código de Procedimiento Penal, establece en el artículo 306, que la **“solicitud de imposición de medida de aseguramiento se hará por El fiscal al juez de control de garantías, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente”**.

Y a renglón seguido establece, la citada ley, la obligación del juez de control de garantías de emitir la decisión **de imponer o no imponer la medida solicitada**, una vez escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa.

Otro de los requisitos que ordena la Ley 906 de 2004, para legitimar la imposición de la medida de aseguramiento y dar validez a la respectiva audiencia, es la presencia del defensor. Requisitos todos que se reunieron en el presente caso, quedando notificada en estrados y no se presentó recurso alguno.

Honorable Juez, es conveniente señalar que de acuerdo a las normas antes citadas, le corresponde a la Fiscalía adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, solicitar, como medida preventiva la detención del sindicado, correspondiéndole al Juez de Garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, y decretar las que estime procedentes, para luego sí establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, que en últimas, si todo se ajusta a derecho, es el juez de garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer.

En el presente caso, tal y como ya se indicó, el juez consideró que se daban los requisitos exigidos por la norma procedimental y conforme al caudal de elementos probatorios allegados a la investigación, así como su posible peligro al permitirle la libertad, legalizó la captura del aquí demandante y le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva.

Por otra parte, Señora Juez, aquí también es necesario tener en cuenta que para proferir tanto la medida de aseguramiento como la acusación no es necesario que en el proceso existan pruebas

que conduzcan a la certeza sobre la responsabilidad penal del sindicado, pues este grado de convicción sólo es necesario para proferir sentencia condenatoria. Sobre la plena prueba de la responsabilidad, el autor Carlos A. Guzmán Díaz, en la obra Procedimiento Penal Aplicado expresa lo siguiente:

“Al decirnos del artículo 215 (hoy 247) del C. de P.P. que para condenar se requiere PLENA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD, nos está indicando entonces que ella debe ser fruto de la certeza y que, por tanto, no puede haber lugar a la probabilidad y menos a la duda, las cuales son incompatibles con la plena prueba.

Hay duda en general, cuando una proposición presenta motivos afirmativos y, a un mismo tiempo, motivos negativos. Si existe un predominio de los motivos negativos sobre los afirmativos, tendremos lo improbable; si existe igualdad entre las dos clases de motivos, tendremos lo creíble en sentido específico; si prevalecen los motivos afirmativos sobre los negativos, tendremos la probabilidad; si prevalecen únicamente motivos afirmativos, tendremos la certeza. Es así como la duda flota entre dos corrientes: lo creíble y lo probable.

Por tanto, para condenar penalmente a una persona no es suficiente ni la sospecha, ni la duda, ni lo creíble ni lo probable, sino que es necesario e indispensable lo verdadero y lo real”.

Tratándose de la responsabilidad del acusado, la duda y lo creíble pueden subsistir como suficientes para ordenar su detención; lo creíble y lo probable pueden mantenerse como bastantes para llamarlo a responder en juicio criminal; (Resolución Acusatoria), pero ni lo dudoso ni lo creíble ni lo probable pueden servir para dictar en su contra sentencia condenatoria, pues para ello se requiere únicamente la certeza. De ahí que no todas las veces que una persona es llamada a responder en juicio criminal deba necesaria e indefectiblemente recibir una condena penal, pues bien puede ocurrir que la prueba allegada en su contra tenga fuerza para conducir a lo creíble y a lo probable, pero no para llegar a lo cierto o verdadero”.

Señora Juez, se debe tener en cuenta el nuevo rol de la Fiscalía General de la Nación en el sistema acusatorio, donde establece sus funciones, y entre ellas no está la de imponer medida de aseguramiento sino al contrario solicitarla al Juez de Control de Garantías quien es el llamado a valorar las pruebas presentadas y adoptar la decisión que corresponda.

2.- Teniendo en cuenta la situación fáctica es indudable que la Fiscalía General de la Nación tenía la obligación de investigar los delitos, acusar al presunto infractor y asegurar su comparecencia y, en ese orden, teniendo en cuenta la naturaleza del hecho investigado, las pruebas aportadas, el origen de la acusación y la observancia de los criterios fijados por la ley. Con lo cual, si bien la decisión de preclusión puso en evidencia la presencia de una causal de exculpación.

Resultaba procedente la SOLICITUD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO de detención preventiva, la cual fue impuesta al hoy demandante, por cuanto además de reunir el pleno de los requisitos legales para ser emitida, la inferencia razonable indicaba autoría del delito endilgado, a saber:

- *Primero, porque la víctima si era una menor de edad 14 AÑOS, (5 años) lo cual fue afirmado por la denunciante y comprobado con el registro civil de la menor .*
- *Por haber la falta de preservación, pues quedó demostrado que NELSO DE JESUS GIRALDO MONTES realizó actos lividinosos a la menor, como se desprende de la entrevista de noticia criminal realizada a la menor T.M.R. el 6 de febrero de 2014.*

En el sub judice, y aunque a la postre al imputado fue absuelto de la investigación a su favor, en aplicación del principio in dubio pro reo, se debe tener en cuenta que antes del fallo, la F.G.N, presentó escrito de acusación, celebrándose la correspondiente Audiencia el 15 de junio de 2017, en la cual se acusó al hoy demandante de los delitos de actos sexuales con menor de 14 años con

circunstancias de agravación punitiva y en concurso homogéneo y sucesivo.

El 14 de septiembre de 2017 el Juez de conocimiento absuelve al hoy demandante en aplicación al principio **in dubio pro reo**.

Dicho de otra manera, por lo que se deduce de las pruebas, el hoy demandante no guardó debida prudencia y compostura, con lo cual se expuso deliberadamente a la privación de la libertad, enervando con su propia conducta dolosa los efectos lesivos del daño que tuvo que padecer y por el cual pierde el derecho a reclamar indemnización. En términos de la responsabilidad del Estado, esta conducta es vista como un dolo civil que exonera a la demandada y que, a instancias de la vista contenciosa, constituye un dolo civil que, ciertamente, redime la obligación de reparar. **NOTA DE RELATORÍA: Sobre la caracterización de los conceptos de culpa grave y dolo a nivel jurisprudencial, consultar sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 17933 del 18 de febrero de 2010, exp. 27414 del 30 de abril de 2014 y exp. 39311 del 27 de enero**

Así las cosas, suficiente y fundadas razones tuvo la FGN para actuar en el marco de sus responsabilidades y solicitar la Medida de aseguramiento, que fue impuesta por el Juez de Control de Garantías conforme a los insucesos presentados en contra de la menor de 14 años, por los hechos denunciados el 6 de febrero de 2014 por la madre de la menor de 5 años

Siendo así, para el juicio de responsabilidad administrativa y patrimonial aun cuando se pueda sostener que si bien se constató que el accionante padeció un daño antijurídico con motivo de la privación de la libertad a la que fue sometido, el mismo es imputable a su propio actuar civilmente doloso y, en tal sentido, la obligación debe desaparecer.

En caso de similares connotaciones, el H. Consejo de Estado, reseñó que la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad - no procede en todos los casos de exoneración penal, máxime si se configura una causal eximente de responsabilidad del estado, como lo es la culpa exclusiva de la víctima. **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / SECCIÓN TERCERA / SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA** Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) **Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00210-01(43562)**

La síntesis del caso se contrae

“... RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - No procede en todos los casos de exoneración penal / CAUSAL EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Culpa exclusiva de la víctima

[S]i bien la exoneración de responsabilidad penal del señor Juan Carlos Cano se produjo en virtud de uno de los eventos determinantes de la privación injusta de la libertad, conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, esto es, que el hecho investigado es atípico, lo cual, en principio, llevaría a que el Estado tuviera que indemnizarle los perjuicios que le fueron causados por razón de la medida de detención preventiva que lo privó de su libertad, lo cierto es que, en el presente asunto, se configura la causal eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima, toda vez que fue la conducta del demandante la que dio lugar a la investigación penal que se adelantó en su contra y que lo privó de su derecho fundamental a la libertad. (...) el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 –Estatutaria de la Administración de Justicia-, dispone que la culpa exclusiva de la víctima se configura “cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley”, mientras que el artículo 67 de la misma normativa prevé que el afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial. (...) la jurisprudencia ha acudido a los criterios contemplados en el artículo 63 del Código Civil, de los cuales se extrae que el primero se corresponde con un comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, mientras que el segundo se equipara con la conducta realizada con la intención

de generar daño a una persona o a su patrimonio. (...) los presupuestos fácticos del sub lite podrían estar encuadrados en el régimen de responsabilidad derivado de la privación injusta de la libertad que tiene lugar cuando, a pesar de que la medida de aseguramiento hubiere sido legalmente proferida, comoquiera que si bien reunía el pleno de los requisitos legales para ser emitida, a la postre el imputado fue puesto en libertad provisional y posteriormente absuelto de los cargos formulados en su contra, por estimar el juez del conocimiento que su conducta solo constituyó una antijuridicidad formal, que no material, por lo que no era reprochable penalmente.

TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA / HECHO EXCLUSIVO DE LA VÍCTIMA / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / CULPA GRAVE / RESPONSABILIDAD POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD – Improcedencia [E]stá plenamente acreditada en el expediente la inexistencia de vínculo causal -desde la perspectiva de la causalidad adecuada, se entiende- entre la mencionada medida de aseguramiento y los perjuicios por cuya indemnización se reclama en el sub lite, previa declaratoria de la responsabilidad del Estado por los hechos que dieron lugar a la iniciación del trámite procesal que esta providencia decide, pues la privación de la libertad del señor Juan Carlos Cano no tuvo su causa eficiente o adecuada en la actividad de la Administración de Justicia -a pesar de ser la causa inmediata- sino en la conducta asumida por la víctima. (...) El ejercicio de la prostitución de una menor de edad en el establecimiento de comercio de propiedad del señor Juan Carlos Cano justificaba la correspondiente investigación penal, lo cual le imponía a la Fiscalía y a la Rama Judicial el deber constitucional y legal de vincular al proceso penal al señor Juan Carlos Cano, por ser el propietario y el administrador de ese establecimiento de comercio en el cual se encontró a la menor ejerciendo la prostitución y que, además, carecía de permiso para funcionar como lugar de lenocinio. (...) la causa eficiente adecuada de la privación de la libertad del actor no fue una actuación de la administración de justicia, sino la culpa grave y el comportamiento negligente y descuidado de éste, toda vez que, en su condición de propietario y administrador del establecimiento de comercio donde se realizaban actividades de lenocinio, permitió que una menor ejerciera la prostitución. Al respecto, es menester señalar que el señor Juan Carlos Cano debía cerciorarse, por la naturaleza de la actividad comercial que desarrollaba, de que las personas (en este caso las mujeres) que permanecían y trabajaban en su establecimiento de comercio fueran mayores edad y, por lo tanto, debía exigir el cumplimiento de ese requisito, pues bien sabía o debía saber que en lugares como esos no pueden estar menores de edad, ni mucho menos se puede permitir o tolerar que éstos realicen actividades o prácticas sexuales...”

La Fiscalía General de la Nación expidió la Directiva N.º 0009 del 6 de julio de 2016, por medio del cual se adopta el marco legal y conceptual para la protección de los derechos de los menores de edad con ocasión de su participación en la actuación penal como víctimas y testigos y adoptó las siguientes pautas destinadas a todos los fiscales de las diferentes direcciones seccionales del órgano acusador: **i)** que no existe distinción entre la edad de primera infancia y aquella que se acerca al límite de la adolescencia, de modo que en las actuaciones judiciales se debe entender que cualquier persona que tenga menos de 18 años es menor de edad y debe recibir una protección especial; **ii)** que cuando los NNA son víctimas de conductas delictivas están en una situación absoluta de indefensión, incapaces de repeler física o jurídicamente las agresiones de las cuales son objeto; **iii)** desarrolla, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006 y 1652 de 2013, las garantías de los NNA en el proceso penal; y **iv)** exhorta a que se aplique las obligaciones internacionales en la participación de los NNA en calidad de víctimas y testigos dentro de las actuaciones judiciales.

VI EXCEPCIONES

Al respecto, fuerza señalar señor Juez, que en el sub judice no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad en cabeza de mi representada, por las siguientes razones:



NELSON DE JESUS GIRALDO MONTES Y OTROS
Rad. 11001334306320200015900
Ekogui: 2146266
JL 42681

Página 13 de 22

1. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:

El término de caducidad de la acción de reparación directa es de 2 años, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia que absuelve o precluye; para el caso en concreto se tiene lo siguiente:

La Sentencia de absolución quedó ejecutoriada el 30 de abril de 2018

Plazo para demandar 30 de abril de 2020

Solicitud de la Audiencia Prejudicial: 14 de febrero de 2020, interrumpiéndose el término de la caducidad por 2 meses y 16 días.

La audiencia prejudicial se llevó a cabo el 16 de marzo de 2020, a partir de este momento se suma el tiempo de la interrupción de la caducidad la cual fue de 2 meses y 16 días, es decir que el plazo para demandar sería el 2 de julio de 2020, aplicando lo ordenado por la norma el plazo **definitivo para demandar sería al día siguiente, es decir 3 de julio de 2020.**

La demanda se presentó el **16 de julio de 2020**, es decir se presentó por fuera de lo establecido en el literal i) numeral 2) del artículo 164 del C.P.C.A.

Por lo que la acción se encuentra caducada.

2. INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO

Se precisa señalar que la protección consagrada en el artículo 28 de la Constitución Política no es absoluta o irrestricta, pues constitucional y legalmente es viable la pérdida de la libertad en los casos y con las formalidades previstas en el ordenamiento legal, como es en el caso de la figuras denominadas **CAPTURA** y **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO CONSISTENTE EN DETENCIÓN PREVENTIVA**, que han sido establecidas como mecanismos apropiados y justificados para asegurar la comparecencia de la persona ante el respectivo investigador y de esta manera evitar que se entorpezca su labor.

La absolución de la investigación a favor del demandante, se dio por la duda que ocasionó al Juez de conocimiento, lo que originó que su absolución se diera en aplicación del principio in dubio pro reo, lo que permite evidenciar que obra un factor que rompe el nexo de causalidad entre el pretendido comportamiento omisivo de la administración y sus consecuencias dañosas, esto es, la culpa exclusiva de la víctima, ya que se demostró en su actuar imprudencia, ignorancia, descuido y nadie puede alegar su propia culpa a su favor y pretender ser reparado.

3. INEXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO

Como es bien sabido, para que se configure responsabilidad patrimonial de las entidades del Estado por sus acciones u omisiones constitutivas de falla del servicio -entendiéndose este título de imputación como **una** falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio, no personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración-, es necesario identificar o determinar claramente las obligaciones que desde el punto de vista legal, están llamadas a cumplir, constituyendo este aspecto la piedra angular para poder establecer si frente a un caso concreto una entidad tiene el deber jurídico de asumir patrimonialmente, las consecuencias de su actividad judicial, reguladas y permitidas por el ordenamiento jurídico.

Al analizarse el caso específico a la luz de los principios y criterios que informan la falla del servicio, se tiene que ésta no se presentó pues todo el proceso penal adelantado en su contra se ciñó a la ritualidad de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal vigente para la época y lugar de los hechos, por lo que la actuación de mi representada la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** no fue contraria a Derecho.

Es necesario recordar que la jurisprudencia ha señalado que para que exista indemnización de perjuicios la falla ha de ser de tal magnitud que, teniendo en cuenta las circunstancias en que debe prestarse el servicio, la conducta de la administración sea considerada como anormalmente

deficiente, lo cual fue manifestado en los siguientes términos por el Consejo de Estado en sentencia del 5 de agosto de 1994, expediente 8485, con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, así:

“...Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el estado con su obligación...”.

“La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad, que teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como “anormalmente deficiente”.

En punto de los requisitos necesarios para que se presente la Falla, el Consejo de Estado ha dicho:

“...Cuando el Estado en desarrollo de sus funciones incurre en la llamada “falta o falla del servicio”, o mejor aún falta o falla de la administración, tratándose de simples actuaciones administrativas, se hace responsable de los daños causados al administrado. Esta es la fuente común y frecuente de la responsabilidad estatal y requiere:

a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio, la falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración;

b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano;

c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho bien sea civil, administrativo etc, con las características generales predicadas en el derecho privado para que el daño sea indemnizable como que sea cierto, determinado o determinable, etc ;

d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio no habrá lugar a la indemnización.”²

En el caso que nos ocupa no se incurrió en ninguna falla que tenga la virtud para que se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda ni para que se le impute a la Fiscalía General de la Nación perjuicio, por las siguientes razones:

La actuación de la Fiscalía General de la Nación se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no es ajustado a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ninguna clase de error, que hubiese tenido por sí solo la entidad para haber generado la privación de la libertad del señor **NELSON DE JESUS GIRALDO MONTES**.

Es preciso recordar que la Fiscalía General de la Nación fue creada por inspiración constitucional, teniendo precisas funciones que cumplir, las que además se determinan entre otros ordenamientos en el estatuto procedimental penal. En el derecho colombiano, la regla general consiste en que las obligaciones a cargo de la administración, como consecuencia del principio constitucional contenido en el Artículo 6.-, deben ser determinadas, especificadas por las leyes o los reglamentos que se expidan para precisar las funciones que a cada organismo administrativo corresponda ejecutar.

La FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, obró de conformidad con la obligación y funciones establecidas en el Artículo 250 de la Carta Política; las disposiciones legales, dentro de éstas el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación y las disposiciones tanto sustanciales como procedimentales penales vigentes para la época de los hechos.

² Bogotá D.E., 28 DE OCTUBRE DE 1976 Sección Tercera Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado. Consejero Ponente : Dr. Jorge Valencia Arango. Ref. Exp 1482.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACIÓN

NELSON DE JESUS GIRALDO MONTES Y OTROS
Rad. 11001334306320200015900
Ekogui: 2146266
JL 42681

Página 15 de 22

Era su obligación solicitar al Juez de Garantías imponer la medida de aseguramiento privativa de la libertad en contra del señor **NELSON DE JESUS GIRALDO MONTES** en razón a los indicios que para el momento existían en su contra y por la gravedad de la falta.

Sean las anteriores razones suficientes por las que respetuosamente solicito a la Honorable Juez, se procure un fallo donde se señale que la privación de la libertad del Señor **NELSON DE JESUS GIRALDO MONTES** se realizó por la existencia de pruebas que en su momento justificaron la solicitud de la medida, de igual forma se deniegue todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda.

Máxime si se tiene en cuenta que la absolución se emitió con fundamento del principio in dubio pro reo, de acuerdo con el juicio de raciocinio del Juez del conocimiento en el marco de libertad, autonomía e independencia que le otorga nuestra Carta Política al funcionario para interpretar los hechos sometidos a su conocimiento y así mismo aplicar las normas constitucionales y legales que juzgue apropiadas para resolver el conflicto, haciendo prevalecer el derecho sustancial, prerrogativa que solo podría dar lugar a indemnizar perjuicios en caso de evidenciarse una actuación deficiente del Estado en la labor probatoria, circunstancia ésta que no se advierte a partir de un análisis razonado y proporcionado de las circunstancias en que se produjo la detención del hoy demandante,

4. DE LEGITIMACION POR PASIVA

FALTA

Al no incumbir a la Fiscalía General de la Nación, con el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal, imponer la medida de aseguramiento, ya que como se dijo anteriormente, le corresponde a la Fiscalía adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, solicitar, como medida preventiva la detención del sindicado, si lo considera conveniente, **correspondiéndole al Juez de garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, y decretar las que estime procedentes**, para luego si establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, que en últimas, si todo se ajusta a derecho, es el juez de garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer. Y siendo ello así no es de recibo la pretensión del demandante de declarar administrativamente responsable a la entidad que represento, por “detención ilegal”, ya que si bien es cierto se dio esta medida, ella no fue proferida por mi representada.

Sobre este particular, en la exposición de motivos de la Ley 906 de 2004, por la cual se expidió en nuevo Código de Procedimiento Penal, se señaló al respecto:

“De cara al nuevo sistema no podría tolerarse que la Fiscalía, a la cual se confiere el monopolio de la persecución penal y por ende, con amplios poderes para dirigir y coordinar la investigación criminal, pueda al mismo tiempo restringir, por iniciativa propia, derechos fundamentales de los ciudadanos o adoptar decisiones en torno de la responsabilidad de los presuntos infractores de la ley penal, pues con ello se convertiría en árbitro de sus propios actos.

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

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

El juez de control de garantías determinará, particularmente, la legalidad de las capturas en flagrancia, las realizadas por la Fiscalía de manera excepcional en los casos previstos por la ley, sin previa orden judicial y, en especial, tendrá la facultad de decidir sobre la imposición de

las medidas de aseguramiento que demande la Fiscalía, cuando de los elementos materiales probatorios o de la información obtenida a través de las pesquisas, aparezcan fundados motivos para inferir que la persona es autora o partícipe de la conducta que se indaga.

De otra parte, armonizando la naturaleza de las medidas de aseguramiento con la filosofía que inspira el sistema acusatorio y acorde con la jurisprudencia constitucional, sobre la materia, su imposición queda supeditada a unos fines que justifican la restricción del derecho fundamental a la libertad. En consecuencia, no bastará con evidencias de las cuales se pueda inferir la autoría o participación en la comisión de un delito, sino que se torna indispensable que la privación de la libertad devenga necesaria en razón del pronóstico positivo que se elabore, a partir de tres premisas básicas: que el imputado estando en libertad pueda obstruir el curso de las investigaciones; que pueda darse la fuga; o que, por la naturaleza del hecho investigado, constituya un peligro para la sociedad o las víctimas del delito.” Exposición de motivos del Acto Legislativo 237 de 2002 – Cámara (Actual Acto Legislativo 02 de 2003). Gaceta del Congreso # 134 del 26 de abril de 2002.

Aun cuando no existe precedente jurisprudencial que implique situación vinculante de la decisión que se deba tomar respecto de la fiscalía, cuando se trata de solicitud de medidas de aseguramiento; si se advierten casos jurisprudenciales permanentemente estudiados y fallados por el Consejo de Estado y por los Tribunales, en virtud de los que han admitido la consolidación de la falta de legitimación en la causa por pasiva, bajo el entendido la Ley 906 de 2004, distinguiendo de manera clara y precisa en cabeza de quién recaen las funciones de investigar y acusar -Fiscalía General de la Nación- y sobre quién radica la función de juzgar - Rama Judicial, ya sean los jueces de conocimiento o en función de control de garantías a quien se le atribuyó la facultad de tomar las determinaciones relacionadas con los Derechos fundamentales de las personas que impliquen la privación a una persona de su libertad.

- Honorable Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 24 de junio de 2015, exp. 38.524, C.P. Dr. HERNAN ANDRADE RINCON.
- Honorable Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Sentencia del 26 de mayo de 2016, expediente 41573 C.P. Dr. HERNAN ANDRADE RINCON.
- Honorable Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sentencia del 30 de junio de 2016, expediente 41604 C.P. Dra. MARTHA NUBIA VELASQUEZ RICO.
- Honorable Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de julio de 2016, expediente 42476. C.P. MARTHA NUBIA VELASQUEZ RICO.
- Honorable Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de julio de 2016, expediente 42555. C. P. Dra. MARTHA NUBIA VELASQUEZ RICO.
- Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia de abril 18 de 2016, expediente 40217C. C.P. Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.
- Honorable Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia de julio 21 de 2016, expediente 41608. C.P. Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO.

5. DE LA VICTIMA

CULPA

En suma, cuando el sindicato es exonerado por sentencia absolutoria o su equivalente por alguna de las causales contenidas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 (*que se aplican a pesar de la derogatoria de la norma*), o por virtud del *in dubio pro reo*, el Estado debe indemnizar los perjuicios que hubiere causado con ocasión de la imposición de una medida de detención preventiva que lo hubiere privado del ejercicio del derecho fundamental a la libertad, pues, en virtud de tal absolución o similar, ningún ciudadano está obligado a soportar dicha carga, **salvo que se acredite alguna causal eximente de responsabilidad del Estado (tal como culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, etc.)**.

De los hechos argumentativos resulta evidente que fue el propio comportamiento del demandante, el que generó que se iniciara una investigación en su contra para poder esclarecer por qué sostenía actos sexuales con una niña, que resultó ser menor de 14 años de edad, que aun que de este hecho se derivó que lo exonerar de responsabilidad penal, como podría saber la FGN que eso acontecía cuando fue capturado por la denuncia presentada en su contra, no obstante fue capturado, se logró determinar que la niña era menor de edad. De manera que, al momento de restringírsele la libertad del accionante, el ente acusador contaba con pruebas que le indicaban que el actor en este proceso podía estar incurso en los delitos endilgados; por tanto, fue el proceder del propio investigado el que dio lugar al proceso penal que se adelantó en su contra. Se evidencia que el aquí accionante actuó de manera negligente e imprudente, Así en este orden se encuentra configurada la causal eximente de responsabilidad consagrada en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, que establece que en caso de responsabilidad del Estado por el actuar de sus funcionarios y empleados judiciales “el daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”.

Así las cosas y sin perjuicio de las consideraciones expuestas en relación con la ausencia de daño antijurídico, en todo caso, habría lugar a concluir en el presente asunto, la exoneración de responsabilidad extracontractual del Estado, por la configuración de una causal exonerativa de responsabilidad de la administración, la cual es el hecho o culpa exclusiva de la víctima, en tanto, sin lugar a dudas, fue la conducta del señor NELSON DE JESUS GIRALDO MONTES, descuidada e imprudente, fue la que puso en movimiento el aparato punitivo del Estado, al punto de verse abocado por ello a recibir una medida cautelar de privación de la libertad hasta tanto se resolviera el asunto de fondo. Por lo tanto, es ese hecho exclusivo de la víctima el que generó el daño que se solicita se reconozca en esta actuación, y si eso es así, no cabe responsabilidad alguna en las demandadas.

En este sentido, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha indicado que el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad se origina cuando el suceso causalmente vinculado a la producción del daño no es predicable de la administración, sino de una actuación u omisión endilgable a la propia víctima. Al respecto se ha dicho:

"(...) Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño. (...)

Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reales a las que debía estar sujeta.

Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción.

Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño (...)" (Subrayas ajenas del texto)" Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2002, exp. 13744, C.P. María Elena Giraldo, reiterada en las sentencias de 11 de abril de 2012, exp. 23513, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y de 9 de octubre de 2013, exp. 33564, C.P. Hernán Andrade Rincón.

Y a su vez, el H. Consejo de Estado, ha señalado que se debe analizar la conducta del investigado penal bajo los preceptos establecidos en el derecho civil y, por tanto, difiere del estudio de culpabilidad realizado en sede penal. En sentencia del 30 de abril de 2014, exp. 2001-01145 (27414), C.P. Danilo Rojas Betancourth, indicó:

"[P]ara responder el anterior asunto cabe recordar que la Sala²² ha determinado que cuando se trata de acciones de responsabilidad patrimonial, el dolo o culpa grave que allí se considera, se rige por los criterios establecidos en el derecho civil, artículo 63 del Código Civil, que no se corresponden con los del derecho penal: (...).

Sobre la noción de culpa y dolo, en esa oportunidad también consideró, en criterio que aquí se reitera que, culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injust) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó; o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible. Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico. De la norma que antecede [artículo 63 del Código Civil] se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (diligens paterfamilias) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la evísimo u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el régimen civil se asimila al dolo."

Lo reprochable en presente caso es que el hoy demandante realizó actos obscenos o libidinosos a la menor de apenas 5 años de edad, se debe tener en cuenta y tal como se establece la menor en su relato los actos obscenos practicados por el hoy demandante.

No debemos perder de vista que la corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional se han referido a la valoración probatoria de los testimonios de los menores en casos de abuso sexual en la que han manifestado *"La doctrina actualizada contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales y su dicho deber ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados a un proceso, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido"*.

En Sentencia del 10 de marzo de 2017, del C.P: RAMIRO PAZOS GUERRERO, dentro del proceso de reparación directa No. 76001-23-31-000-2002-03932-01(41697), Actor: ARMANDO GIRALDO TAMAYO Y OTROS Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACION Y OTRO, Consideró entre otros:
" (...)

El artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" del 22 de noviembre de 1969 –incorporada a través de la Ley 16 de 1972 y promulgada con Decreto 2110 de 1988– prevé que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su

condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, a su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 –incorporada a la normatividad interna mediante Ley 12 de 1991 y promulgada con Decreto 94 de 1992– en su artículo 1° dispone que **“se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”**, población que goza, según el artículo 34, de especial protección.

(...)

En el año 1995, en la ciudad de Beijing, la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando abordó el **tema relativo a la violencia contra las mujeres**, precisó:

Es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo.

La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad

(...)

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, conocida también como Convención de Belém do Pará, ratificada por la Ley 248 de 1995, define los tipos de violencia, sus ámbitos, la responsabilidad del Estado en materia de atención, prevención, sanción y propende por el pleno reconocimiento de la dignidad de la mujer, su libertad, integridad física, psíquica, moral, el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento, prácticas sociales, culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación y a una vida libre de violencia y discriminación.

El artículo 1° de la Convención de Belém do Pará estableció: “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Así mismo en su artículo 6 dispuso que: “el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros, a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación

(...)

De esa forma, el actor no puede obtener la reparación por él deprecada, en tanto, nadie puede beneficiarse de la vulneración de los derechos de las mujeres menores de edad, en consecuencia, se revocará la sentencia de primer grado y, en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda, pues en el sub lite se configuró la culpa la víctima como causal eximente de responsabilidad.” (resaltado fuera de texto)

La Constitución Política, en su artículo 44, ordena a la sociedad y a todas las autoridades el cumplimiento, con carácter prevalente, de **“la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”**, en especial frente a las situaciones de violencia física, moral y abuso sexual, toda vez que “el bienestar de la infancia, es una de las causas finales de la sociedad –tanto doméstica como política–, y del Estado; por ello la integridad física, moral, intelectual y espiritual de la niñez, y la garantía de la plenitud de sus derechos son, en estricto sentido, asunto de interés general (...) interés que, al recaer sobre

ellos, se hace superior y, por tanto, incondicional”³.

En atención a ese mandato, el Decreto 2737 de 1989 –Código del Menor–, vigente al momento de los hechos, preveía en su artículo 3 que **“todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social”** y, a su turno, el artículo 8 que “el menor tiene derecho a ser protegido contra toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación”, disposiciones de las que se desprende la prohibición de inducir a un menor a la prostitución o a actividades de comercio carnal, pues ese fenómeno tiene repercusiones negativas en la vida social y en la realidad personal de quien participa de él, pues ello impide el normal desarrollo que ordenan tales normas y resulta desconocedora de la proscripción de cualquier forma de violencia y explotación que amparan a los menores.

6. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRO INFANS

Como el caso concreto se trató de un delito sexual contra un menor de edad, el Consejo de Estado hizo énfasis en el principio *pro infans*⁴ que impone la obligación de actuar en pro de la protección de los menores. Ese principio se sustenta en tres premisas: **(i)** el interés superior del niño y su situación de riesgo, **(ii)** la protección de los menores en el marco de la violencia sexual y **(iii)** el contexto de violencia y el abuso de menores en Colombia. En relación con este principio el Consejo de Estado, señaló:

“En ese orden, el interés superior del menor y la aplicación del principio pro infans deben sopesarse frente a otras garantías de los intervinientes, dando prelación a los primeros, dada su preponderancia constitucional y el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos atroces (...)8.2.2. Como se indicó con antelación, cuando normativamente exista un eventual conflicto entre los derechos y garantías de un menor de edad, frente a las de un adulto, hermenéuticamente, atendiendo el interés superior del niño y el principio pro infans, deberá darse prelación a la protección y salvaguarda de los niños, niñas y adolescentes dada su situación de debilidad manifiesta”⁵.

Por lo tanto, esa Corporación precisó que las autoridades demandadas tienen la obligación de valorar estos aspectos en los procesos de investigación y judicialización que adelantan por delitos sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes, en los siguientes términos:

“En el caso sub judice se incumplió el deber de establecer mecanismos judiciales necesarios, propicios y adecuados para asegurar que la niña objeto de violencia tenga acceso efectivo a una investigación, resarcimiento, reparación del daño⁶, si hubiera lugar a ello. Los menores tienen un derecho reforzado a la protección de su dignidad humana y al acceso a la administración de justicia, es decir, el Estado les debe garantizar los derechos fundamentales a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Recuérdese que la falta de investigación en casos de violencia sexual contribuye a la impunidad y fomenta la reproducción de la violencia”⁷.

El principio *pro infans* ha sido valorado por el Consejo de Estado en los casos de privación injusta de la libertad que tienen como fundamento investigaciones penales por delitos sexuales contra menores de edad y ha contribuido a preferir decisiones de absolución a favor del Estado, como se advierte en el siguiente caso:

³ Corte Constitucional, sentencia T-029 del 28 de enero de 1994, exp. T-21811, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴ Siendo así, es claro el dolo del actor contra una menor de edad, respecto de la que existen los inexcusables deberes de i) proteger sus derechos y hacerlos prevalecer sobre los de los demás, para lo cual deben tenerse en cuenta, entre otros, el principio *pro infans* que le imponía la obligación de actuar en pro de la protección de su interés superior y la prohibición de suministrarle bebidas embriagantes que el ordenamiento impone como medida para proteger su integridad –art. 44 constitucional–; ii) considerar su situación de vulnerabilidad e indefensión y iii) no someterla a discriminaciones odiosas en razón del género –artículos 13 y 43 constitucionales–, en especial, abstenerse de actuar prevalecido en estereotipos, así en el medio social y cultural reciban aprobación. Lo anterior acorde con el artículo 21 del Código del Menor, vigente para la época de los hechos.”

⁵ *Ibidem*.

⁶ Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Artículo 7.G.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 1º de agosto de 2016, radicado con el número 20001233100200800263-01, Consejo Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero

- ✓ En la sentencia del 30 de marzo de 2017⁸, el Consejo de Estado absolvió de responsabilidad a la Nación por considerar que se estructuraba el hecho de la víctima, para lo cual resultó fundamental la aplicación del principio *pro infans*, que en este caso ante la duda sobre la veracidad de los testimonios de los menores y las declaraciones del presunto agresor, esa Corporación consideró que debía prevalecer la versión de los primeros que además estaba soportada en los informes de psiquiatría forense⁹.

En concreto, esa Corporación Judicial consideró lo siguiente en dicha providencia: *“Esos principios, aplicados al caso concreto, conducen a la Sala a concluir que debe preferirse la versión proveniente de la menor, debidamente mediada por el psiquiatra forense, sobre la que hace el sindicado, teniendo en cuenta que ellos dos son los únicos testigos presenciales del hecho”*¹⁰.

Señora Juez de lo anterior se concluye que es deber de toda sociedad proteger a todos los menores, sin discriminación de ninguna clase, es decir a todos aquellos que aún no han cumplido los 18 años de edad, para el presente caso a las mujeres menores de 14 años, en su derecho a no ser sometidas a abusos, ni maltratados de ninguna clase, pues esta es una forma fehaciente de violencia discriminación en contra de la mujer especialmente para la que es menor de edad.

La Fiscalía General de la Nación expidió la Directiva N.º 0009 del 6 de julio de 2016 por medio del cual se adopta el marco legal y conceptual para la protección de los derechos de los menores de edad con ocasión de su participación en la actuación penal como víctimas y testigos y adoptó las siguientes pautas destinadas a todos los fiscales de las diferentes direcciones seccionales del órgano acusador: **i)** que no existe distinción entre la edad de primera infancia y aquella que se acerca al límite de la adolescencia, de modo que en las actuaciones judiciales se debe entender que cualquier persona que tenga menos de 18 años es menor de edad y debe recibir una protección especial; **ii)** que cuando los NNA son víctimas de conductas delictivas están en una situación absoluta de indefensión, incapaces de repeler física o jurídicamente las agresiones de las cuales son objeto; **iii)** desarrolla, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006 y 1652 de 2013, las garantías de los NNA en el proceso penal; y **iv)** exhorta a que se aplique las obligaciones internacionales en la participación de los NNA en calidad de víctimas y testigos dentro de las actuaciones judiciales.

Sean las anteriores, razones suficientes por las que respetuosamente me permito replicar a la Señora Juez, para que se procure un fallo que deniegue todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda.

VII- ANEXOS:

- Poder para actuar
- Fotocopia de la Resolución No. 0-0303 del 20 de marzo de 2018
- Fotocopia Oficio 20181500002733 del 4 de abril de 2018
- Fotocopia de la resolución de nombramiento y del acta de posesión de la Coordinadora Unidad de Defensa Jurídica – Dirección de Asuntos Jurídicos.
- Fotocopia de la resolución de nombramiento y del acta de posesión de la suscrita.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2017. Exp. No. 2008-00317-01 C.P. Danilo Rojas Betancourt).

⁹ Puntualmente, el Consejo de Estado precisó lo siguiente: “Si bien, en punto de la responsabilidad penal la duda imperó y favoreció al sindicado con alcance de cosa juzgada, en este estadio la credibilidad arroja el conjunto de razones que llevan a la Sala a inferior, conforme al relato más consistente del menor, que XXXXX quebrantó deberes de conducta moral, entendidos sobre la base del respeto irrestricto que merecen los menores, pues no de otra manera se explica la Sala que fuera este señor, precisamente, el blanco de los señalamientos del niño. Por volátil que fuera su imaginación, de las pruebas no se descuelga una circunstancia de mero azar que marcara la fijación del niño hacia XXXXX, antes que a cualquier otro adulto de su entorno. En definitiva, hay un nivel de prudencia que deben guardar los adultos para acercarse y relacionarse con los niños que, por lo que se deduce de las pruebas, XXXXX no observó y que, a instancias de la vista contenciosa, constituye un dolo civil que, ciertamente, redime la obligación de reparar.

¹⁰ Ibídem.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

NELSON DE JESUS GIRALDO MONTES Y OTROS
Rad. 11001334306320200015900
Ekogui: 2146266
JL 42681

Página 22 de 22

VIII -NOTIFICACIONES

El correo electrónico para notificaciones judiciales, comunicaciones, citaciones, traslados o cualquier otra actuación que se realice a través de un mensaje de datos es jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co

De la Señora Juez,

Cordialmente,

MARÍA CONSUELO PEDRAZA RODRIGUEZ

C.C. No. 39.616.850 de Fusagasugá

T.P. 161.966 del C.S. de la J.

Correo institucional maria.pedraza@fiscalia.gov.co,

Celular 3102060703

28-10-2020