



Doctora  
**LUCELLY ROCÍO MUNAR CASTELLANOS**  
Juez Sesenta y Tres (63) Administrativo - Sección Tercera  
Bogotá

**MEDIO DE CONTROL:** REPARACIÓN DIRECTA  
**RADICADO:** 2019 384  
**DEMANDANTE:** JAPSON EDISON GIRALDO JARAMILLO  
**DEMANDADO:** NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Respetada señora juez:

**Sonia Yadira León Urrea**, mayor de edad, domiciliada en Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía número 51.890.785, expedida en Bogotá, con Tarjeta Profesional número 217.206 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderada especial de la **Fiscalía General de la Nación**, según poder que adjunto con sus respectivos anexos, dentro del término de ley, y en cumplimiento de lo dispuesto por su despacho, en auto del 13 de noviembre del 2019, procedo a **contestar la demanda**, promovida con ocasión del Medio de Control de Reparación Directa de la referencia, conforme los siguientes argumentos:

### 1) OPORTUNIDAD

Presento la **contestación de la demanda**, dentro del término establecido en el Artículo 172 del C.P.A.C.A.

### 2) FRENTE AL CAPÍTULO DE LOS HECHOS

**Del hecho 1 al 3:** No constituyen hechos.

**Del hecho 4 al 9:** Cierto, de conformidad con los documentos anexos a la demanda, y sólo respecto de la información que allí reposa.

**Del hecho 10 al 12:** No constituye un hecho; corresponden a apreciaciones subjetivas del demandante que deberán ser probadas en el proceso.

### 3) FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

En representación de la Fiscalía General de la Nación, me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos, y conforme a las pruebas que obran en la foliatura, así como las que se incorporen al proceso, en tanto que no es posible declarar la responsabilidad de mi representada, porque del análisis efectuado al presente proceso no se evidenció prueba del daño ocasionado, que deba ser resarcido, como pretende el aquí actor.



#### 4) OBJECCIÓN A LA CUANTÍA

En cuanto a la pretensión indemnizatoria, me opongo en su totalidad, pues la misma está sobre valorada y sobre estimada, respecto de la cual no existe prueba, situación que se predica también del presunto daño padecido por el actor.

Al respecto, el Artículo 306 del C.P.A.C.A, establece que:

*(...) **ARTÍCULO 306. ASPECTOS NO REGULADOS.** En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (...).*

Normatividad que nos remite al Artículo 206 del Código General del Proceso:

*(...) **ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO.** Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*

*Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.*

*Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.*

*<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada. Subrayas del texto.*

#### 5) FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### 4.1. Cumplimiento de un deber legal

De conformidad con las funciones constitucionales otorgadas a la Fiscalía General de la Nación, establece el artículo 250 de la Carta Política, las siguientes:

***"ARTICULO 250.** Modificado por el art. 2, Acto Legislativo No. 03 de 2002: 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". Negrillas y resaltado fuera del texto.

Conforme con los anexos de la demanda, se tiene que el señor **Japson Edison Giraldo Jaramillo** fue procesado por su posible participación en delitos atentatorios de la libertad sexual de una menor de edad (para la época de los hechos), mismos que fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación por los progenitores de la presunta víctima, como era su deber.

Es así que la Fiscalía General de la Nación, en cumplimiento del deber constitucional impuesto por el Artículo 250, avocó dichas diligencias, en las que se encontraba inmerso como sujeto pasivo de la presunta conducta punible, un menor de edad<sup>1</sup>, situación fáctica que la compelmía con mayor rigor a ejercer la persecución penal, por tratarse de un niño, niña o adolescente, como sujeto de especial protección (protección reforzada) por parte del Estado.

Dicha protección especial o reforzada está prevista en el **Artículo 44** Superior, al decir que:

**(...) ARTICULO 44.** Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, **abuso sexual**, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia (...). Negrillas y subrayas fuera del texto.

La protección reforzada de niños, niñas y adolescentes en varias oportunidades ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, así:

- (i) Sentencia T 105 del 21 de febrero de 2017, M.P: Alejandro Linares Cantillo.

*(...) Esta corporación ha concluido que, en todos los casos relacionados con la protección de los derechos de los menores de edad, el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor, razón por la cual la protección integral de sus derechos debe hacerse efectiva a través del principio del interés superior de los niños. Por lo anterior, debido a la condición de vulnerabilidad de los menores y a su necesidad de especial cuidado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que aquellos tienen estatus de sujetos de especial protección constitucional por ser una población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación. Lo anterior, ha permitido la salvaguarda y promoción de sus derechos en situaciones concretas donde el Estado, la sociedad y la familia deben concurrir para promover los mismos. De esta manera, su condición de sujetos de especial protección implica que, en todos aquellos casos relacionados con el amparo de los derechos de los niños, más aún cuando sean fundamentales, el criterio primordial a seguir por las autoridades*

<sup>1</sup> Quince (15) años.



*competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor (...).*

- (ii) Sentencia C – 246 del 26 de abril de 2017. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado:

*(...) El artículo 44 de la Constitución Política, establece el principio del interés superior del menor, el cual obliga a que la familia, la sociedad y el Estado asistan y protejan al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Adicionalmente, la norma reconoce la situación de vulnerabilidad de estos sujetos y dispone su protección contra las diferentes formas de sometimiento. En ese sentido, indica que los niños, niñas y adolescentes serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Todo ello es reforzado por el hecho de que el artículo 44 incluye una cláusula de jerarquía de sus derechos y le impone la obligación a la familia, el Estado y la sociedad, de asistir y protegerlos ante cualquier situación de amenaza o vulneración de sus derechos (...).*

- (iii) Sentencia T – 512 del 16 de septiembre de 2016. M.P.: Luís Ernesto Vargas Silva:

*(...) La Constitución Política de 1991 estableció un marco de protección constitucional reforzada a favor de los niños, niñas y adolescentes, como se desprende del Estado Social y Democrático de Derecho y el respeto a la dignidad humana de las niñas y niños como lo establece el artículo 1 de la Constitución. A partir de esto se señala que el principio constitucional del interés superior de menor, fija a favor de los niños una garantía constitucional para asegurar el desarrollo integral y la personalidad del menor. Las autoridades estatales están en la obligación de orientar sus decisiones en el sentido de materializar dicho principio, y procurar para que su accionar evidencie la supremacía que tienen los derechos de los niños al momento de su interpretación y ponderación, por lo que la Corte le ha asignado una importante función hermenéutica a dicho principio. En suma, el marco internacional, constitucional y legal coinciden en consagrar el deber especial de protección a cargo de la familia, la sociedad y el Estado sobre los niños, niñas y adolescentes (...).*

- (iv) Sentencia C – 262 del 18 de mayo de 2016. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio:

*(...) El artículo 44 de la Constitución señala algunos derechos fundamentales de los niños, hace extensivos todos los otros derechos plasmados en la Carta Política, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, y consagra en forma expresa que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Esta norma es el fundamento constitucional de lo que se conoce como el interés superior del menor, aun cuando su reconocimiento normativo también emana de instrumentos de derecho internacional, algunos vinculantes para Colombia por la vía del bloque de constitucionalidad. El interés superior del menor implica reconocer a su favor un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral. La Corte ha afirmado que el significado de este principio, que constituye a la vez un criterio hermenéutico para dar una lectura prevalente del ordenamiento con base en sus derechos, únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular; lo cual se explica si se tiene en cuenta que su contenido es de naturaleza real y relacional, es decir, que sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad (...).*



#### 4.1.1. Del Principio *Pro Infans* (concepto y jurisprudencia):

Por Principio *Pro Infans*, se tiene que es aquel que hace referencia (...) *al derecho de los menores, reconociendo a éste como el mecanismo de reconocimiento de derechos del menor y su instrumentación normativa para asegurar su efectividad y en situación irregular del menor, darle tratamiento y prevención (...).*

*(...) Es de esta manera como para dar completa efectividad al derecho de los menores tanto desde el ámbito privado como del público, en torno a su aplicación siempre se distingue la prelación del interés superior del menor, más conocido como el Pro Infans, el cual por su naturaleza podría considerarse como una desproporción al derecho de la igualdad, sin embargo, Rivero (2000) "No es entonces una forma de discriminación (positiva) sino al trato que corresponde darle a las personas menores de edad y al reconocimiento de los derechos que a ellos implica." (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2015, p.119). (...).*

*(...) Desde esa concepción, el pro infans se instituye como el principio que determina como prevalecen los derechos de los menores de edad sobre los derechos de los demás, dada su incapacidad física y psicológica para auto defenderse y comprender lo que sucede en el mundo real (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, C-84957, 2016) (...).<sup>2</sup>*

El principio Pro infans también se encuentra desarrollado en el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), en los siguientes artículos:

*(...) **ARTÍCULO 7o. PROTECCIÓN INTEGRAL.** Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior (...).*

*(...) **ARTÍCULO 8o. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES.** Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes (...).*

*(...) **ARTÍCULO 9o. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS.** En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.*

*En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente (...).*

*(...) **ARTÍCULO 20. DERECHOS DE PROTECCIÓN.** Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:*

<sup>2</sup> "La aplicación del Pro Infans en Colombia en el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente". Verónica González Alfaro 0302736. Centro de Investigaciones Sociales, Jurídicas y Políticas Facultad de Derecho Universidad Militar Nueva Granada Bogotá D.C. 2017.



... 4. La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad (...).

Pues bien. Tratándose de delitos cometidos contra un niño, niña o adolescente, este principio es de vital importancia aplicar, toda vez que propende por el respeto de sus derechos fundamentales, máxime si el delito del que fue víctima lo constituye el bien jurídico de su libertad y formación sexuales, como es el caso que ocupa nuestra atención.

En ese sentir de cosas, el Estado, representado por la Fiscalía General de la Nación, puso en marcha todo el aparato institucional, tendiente a la protección de los derechos fundamentales del menor Andrés Felipe Ballesteros Parra<sup>3</sup>, quien, de conformidad con su narración, habría sido víctima de los delitos de **Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años y Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años**, perpetrado por el aquí actor **Japson Edison Giraldo Jaramillo**.

El Alto Tribunal de Cierre de lo Constitucional también se ha pronunciado respecto del referido principio<sup>4</sup>, puntualmente cuando se adelantan investigaciones de carácter penal por delitos sexuales contra menores de edad. Consideró entonces que:

*(...) El principio pro infans constituye un criterio hermenéutico derivado del contenido del artículo 44 de la Constitución Política y de múltiples tratados internacionales ratificados por Colombia, que contemplan **garantías especiales para los menores de edad y prescriben exigencias reforzadas de diligencia a los funcionarios judiciales que se encuentran a cargo de investigaciones penales por delitos sexuales contra menores de edad**. Por ende, estas normativas imponen el deber a los Estados de ejecutar todos los esfuerzos investigativos necesarios para materializar los derechos fundamentales de los menores víctimas en el marco del proceso, especialmente sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y las garantía de no repetición (...).*

*(...) Así mismo, mediante Sentencia T-1015 de 2010<sup>[237]</sup> agregó la Corte, que la observancia del principio pro infans **impone una "[...] carga de especial diligencia investigativa que recae sobre el operador judicial, en garantía de los derechos del menor.**" De manera que: "[...] armonizando la presunción de inocencia y el deber de especial protección a niños y niñas, **no debe el operador judicial renunciar al ejercicio de la acción penal o terminar apresuradamente la investigación en favor del investigado sin haber desplegado todas las actuaciones que estén a su alcance y utilizado todos los medios probatorios de que disponga para arribar a un juicio lo más cercano a la realidad** (...). Negrillas y resaltado fuera de texto.*

De lo hasta aquí expuesto se colige que al ente de persecución penal le estaba vedado sustraerse a los fines contemplados en dicha normatividad, pues no quedaba a su

<sup>3</sup> En adelante NVPL.

<sup>4</sup> Auto 009 de enero 27 de 2015. M.P.: Luís Ernesto Vargas Silva. Asunto: "Por medio del cual se hace seguimiento a la orden segunda y tercera del auto 092 de 2008, en lo concerniente al traslado de casos de violencia sexual a la Fiscalía General de la Nación, y a la creación e implementación de un programa de prevención del impacto de género mediante la Prevención de los Riesgos Extraordinarios de Género en el marco del Conflicto Armado y El Programa de Prevención de la Violencia Sexual contra la Mujer Desplazada y de Atención Integral a sus Víctimas, en el marco del seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004".



arbitrio la decisión de adelantar la pesquisa investigativa correspondiente (salvo las excepciones allí señaladas); su decisión es de carácter potestativo no facultativo.

En atención a tal premisa constitucional, a la Fiscalía General de la Nación le corresponde adelantar el ejercicio de acción penal, siempre y cuando se satisfagan las características de una conducta punible, circunstancias que se evidenciaron en cuanto a la actuación adelantada contra del señor **Japson Edison Giraldo Jaramillo**, dado que su responsabilidad respecto de los hechos investigados, estaba seriamente comprometida, pues de ello daban cuenta los Elementos Materiales Probatorios (en adelante EMP), Evidencia Física (EF) e Información Legalmente Obtenida (ILO) adosados a la pesquisa investigativa.

#### 4.2. De las audiencias preliminares:

Con fundamento en los precitados preceptos constitucionales, la Fiscalía General de la Nación prosiguió la correspondiente actuación, como resultado de la denuncia promovida por el señor Paulino Ballesteros González, en su condición de progenitor de AFBP, cuyos hechos se circunscribieron a presuntos delitos contra la Libertad y Formación Sexual perpetrado en el referido menor (para el año 2014), situación fáctica respecto de la cual se adelantaron las correspondientes actividades investigativas, conllevando la vinculación procesal del aquí demandante, y las consecuentes audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento<sup>5</sup>, atribuyendo la Fiscalía General de la Nación la comisión de las presuntas conductas punibles de **Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años** en concurso heterogéneo con **Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años**, con circunstancias de mayor punibilidad.

Luego entonces, la Fiscalía General de la Nación se ciñó a los principios Constitucionales y legales, llevando al funcionario jurisdiccional, en dicho momento procesal, la plena convicción de la presunta responsabilidad del indiciado, con suficiencia argumentativa.

#### 4.3. Inexistencia de Daño Antijurídico

El artículo 90 Constitucional prevé que *"...El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas..."*.

Para el señor **Japson Edison Giraldo Jaramillo**, a la Fiscalía General de la Nación le atañe responsabilidad administrativa y patrimonial, y, por ende, del daño antijurídico ocasionado al mismo y su núcleo familiar, bajo el título de imputación de Falla en el Servicio *"...por la privación injusta de la libertad..."* del que fue objeto el actor.

En el caso objeto de estudio, ese daño antijurídico que pretende el aquí demandante le sea resarcido, no se avizora, en el entendido que mi representada no incurrió en omisión de ninguna naturaleza. En consecuencia, no está llamada a responder patrimonialmente por perjuicios de ninguna naturaleza.

---

<sup>5</sup> Celebradas el 6 de octubre del 2014, ante el Juzgado Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Madrid, Cundinamarca.



La norma constitucional en mención exige unos requisitos, mismos que, conforme el libelo de la demanda, no se satisfacen.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia C-037 del 05 de febrero de 1996, respecto de la responsabilidad de Estado, de sus empleados y funcionarios, señala, al tenor del artículo 90 de la Constitución de 1991, la obligación del Estado de reparar patrimonialmente los daños antijurídicos ocasionados por la acción u omisión de uno de sus agentes, y establece de esta la inaplicación por parte de una norma de inferior jerarquía, como las leyes estatutarias, debido a la enorme y destacada aplicación que dicho tema requiere<sup>6</sup>. Por consiguiente, para que el Estado sea patrimonialmente responsable debe de configurarse:

- a. La existencia de un daño del cual el sujeto que lo sufre no está en el deber jurídico de soportarlo, existiendo causas que justifiquen y determinen el perjuicio contemplado de manera material, física, moral, de vida de relación.
- b. La imputación de este daño a la administración (falla del servicio, riesgo excepcional, daño especial), por las acciones u omisiones de sus agentes en ejercicio de una función administrativa, como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa. Por consiguiente debe probarse **la existencia de una relación de causalidad entre el hecho dañino** (producto de una acción u omisión, de carácter imputable) **y el daño** (perjuicio originado como consecuencia de esa acción, donde la víctima no debe estar en la obligación de soportarlo).
- c. La responsabilidad de manera objetiva en la medida en que la culpa individual o institucional deja de ser el fundamento, para ceder el daño sufrido por un tercero a determinada autoridad estatal.
- d. La inexistencia de eximentes de responsabilidad, demostrando fuerza mayor (hecho o acontecimiento exterior que es la causa directa e inmediata del daño irresistible), hecho de un tercero (falta de la relación de causalidad entre el daño antijurídico demandado y la acción u omisión del funcionario) o culpa exclusiva de la víctima (cuando la víctima ha coadyuvado a la producción del daño junto con la actividad administrativa).

El Honorable Consejo de Estado en Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá, D. C, veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 05001-23-25-000-1995-01119-01(21536)Actor: LUZ OFELIA JIMENEZ Y OTROS, Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE JUSTICIA; RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, señaló que **no es posible reconocer el daño con una mera conjetura:**

*"El daño, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesione un derecho, bien, o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea*

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-037 del 05 de febrero de 1996. Revisión constitucional del proyecto de ley nro. 58/94, Senado y 264/95, Cámara, "Ley Estatutaria de la Administración de Justicia". M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.



*cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura. En efecto, la antijuridicidad del daño es un requisito sine qua non de la responsabilidad del Estado, y además, el primer elemento en el análisis que debe hacer el juez contencioso para tal efecto". (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

En este sentido, el Doctor Enrique Gil Botero ha manifestado:

*"La objetivación del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, **el juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión.**"<sup>7</sup>*

De igual manera, como lo manifestó el tratadista Libardo Rodríguez, para que el daño sea indemnizable se requiere:

*"(...) El actor sólo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio<sup>8</sup>".*

*De esta manera, es necesario tener claro el concepto de daño antijurídico y la imputabilidad que se acepta por parte del Consejo de Estado, para lo cual se transliteran apartes de sentencias y de conceptos de procuradores delegados ante la precitada Corporación:*

*"El concepto de daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución, ni en la Ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del Profesor Eduardo García Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.*

*(...)*

***La imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto en principio estaría en la obligación de responder**, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)<sup>9</sup>.*

Ahora bien. Conforme con las apreciaciones del catedrático Juan Carlos Henao<sup>10</sup>, el Daño es el primer elemento a estudiar en un proceso de responsabilidad. Dijo entonces en su obra:

*(...) Con independencia de la forma como se conciban en términos abstractos los elementos necesarios de la responsabilidad, lo importante es recordar, con el rector Hinestrosa, que "el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primera lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. **Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional relativo a la***

<sup>7</sup> Responsabilidad Extracontractual del Estado, Ed Temis, pág. 28, 2011.

<sup>8</sup> Derecho Administrativo General y colombiano, Ed Temis, pág. 625, 2013.

<sup>9</sup> Concepto 12-23 Expediente: 270012331000200900079-01 Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, enero 30 de 2011.

<sup>10</sup> El Daño: ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS. Páginas 35 a 37. Universidad Externado de Colombia. 2007.



**autoría y a la calificación moral de la conducta resultará necio e inútil.** De ahí el desatino de comenzar la indagación por la culpa de la demandada (...).

(...) Por todo ello cabe afirmar que dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. **De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado,** y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y consideración de aquél, **ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria** (...).

(...) **El daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio.** La razón de ser de esta lógica es simple: **si una persona no ha sido dañada no tiene porqué** (SIC) **ser favorecida con una condena que no correspondería sino que iría a enriquecerla sin justa causa.** El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil. Estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial en la figura de la responsabilidad (...). Negrillas y resaltado propios.

Contrario a lo planteado en el libelo de la demanda, en cuanto al caso concreto, el daño antijurídico que reclama el actor le sea indemnizado, no se materializa, dado que:

- (i) La Fiscalía General de la Nación desde el mismo instante en que avoca el conocimiento de los hechos denunciados, actuó de acuerdo con los preceptos Constitucionales y legales, respecto de los cuales se encontraba relevada de sustraerse, vale decir, estaba en la obligación de agotar todas las pesquisas investigativas, tendientes a establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se suscitaron los acontecimientos presuntamente delictivos;
- (ii) Recaudados los ELM, EF e ILO, solicitó la celebración de las respectivas audiencias preliminares, desarrollándose la del 6 de octubre del 2014, ante el Juzgado Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Madrid, Cundinamarca, funcionario judicial que **avaló (impartió la debida legalidad)** al procedimiento de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento por los reatos criminales de **Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años** y **Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años**, vale decir, no hizo reparo alguno en cuanto a los argumentos de orden fáctico y jurídico expuestos por la Fiscalía General de la Nación.

En desarrollo de tal acto procesal, el señor juez con funciones de control de garantías impartió la debida legalidad a los enunciados procedimientos, en su orden, así:

- **De la Legalización de la Orden de Registro y Allanamiento e Incautación de EMP y EF:**



*"...Esta diligencia cumple con los presupuestos dados por la ley...motivo por el cual este despacho encuentra satisfechos los requisitos establecidos en el art 221 de la ley 906 y ante esta primera solicitud, debe señalar que la orden de registro y allanamiento cumple con los presupuestos constitucionales y legales, y debe señalar que la misma se realizó cumpliendo con los protocolos y se le imparte aprobación a la misma..."*

*"...Frente a la tercera petición de esta audiencia hay que decir que habiéndose observado la legalidad de la orden de registro y allanamiento y así mismo la correspondiente diligencia dentro de los parámetros constitucionales y legales, se señala que la obtención de EMP y EF, por parte de los miembros de la policía judicial en desarrollo de esta diligencia no afecto (SIC) derechos fundamentales o principalísimos, de las persona que participaron en la audiencia, y mucho menos del aprehendido, en consecuencia el Juzgado Penal Municipal de Madrid – Cundinamarca se imparte aprobación de legalidad..."*

- **De la Legalización de la Orden de Captura:**

*"...El despacho ha verificado con el traslado que si (SIC) cumple la orden escrita los requisitos del art 298, la defensa ha verificado con su propio defendido que se le respetaron todos sus derechos de manera que este despacho no evidencia la afectación de derechos y garantías fundamentales..."*

*En consecuencia...imparte aprobación de legalidad a la privación de la libertad del aquí indiciado..."*

- **De la Formulación de Imputación:**

**Consideraciones de la Fiscalía General de la Nación:**

*"...Todos estos motivos dan a la FNG (SIC) los motivos razonablemente fundados para inferir razonablemente... de que el señor **JAPSON EDISON GIRALDO JARAMILLO, es el presunto autor responsable del delito de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad. Y la Utilización (SIC) facilitación de medio de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años. Art. 217 a – 219 a CP. Estas dos conductas concursan de manera simultánea y heterogenea (SIC), y se presentan las circunstancias de agravación de mayor punibilidad de que trata el art 58 CP, numeral 9 como es la posición distinguida que ocupa en la sociedad dada (SIC) dada su cargo, ilustración, oficio o ministerio...fungía como misionero o presbítero de la iglesia antigua de Colombia...**"* Negrillas y subrayas del texto.



### **Consideraciones del juez con funciones de Control de Garantías:**

*"...Estos son los hechos y cargos que la FNG (SIC) le acaba de imputar...este despacho no observa una incoherencia grosera frente a los hechos y cargos imparte aprobación de legalidad a la misma...no tendría beneficio de nada por ser la víctima un menor de 18 años art 199 ley 1098 numeral 7...*

- **De la Legalización de la Medida de Aseguramiento:**

### **Consideraciones de la Fiscalía General de la Nación:**

*"...La medida de aseguramiento que depreca la FGN lo hace en fundamento con los preceptos objetivos y subjetivos para la imposición de la misma, en cuanto a lo objetivo nos encontramos frente a delitos cuya pena mínima a imponer supera ampliamente los cuatro años art. 313 numeral 2, además estos delitos son perseguidos de oficio, en segundo punto la inferencia razonable de la presunta participación del imputado en los hechos que se le endilgaron en la audiencia precedente, considera esta delegada que efectivamente se cumplen con los presupuestos de que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la comunidad o la víctima, el numeral 2 art 310 CPP, que para estimar si la libertad del imputado resulta riesgo para la seguridad de la comunidad y la víctima es solamente con la gravedad de la conducta punible además de los fines constitucionales de la detención preventiva...*

*....Efectivamente nos encontramos frente a la comisión de dos conductas punibles que afectan de manera ostensible los derechos fundamentales de un menor de edad que cuenta con 15 años, el legislador introdujo esas conductas punibles para menores de 18 años, los cuales son todavía adolescentes (SIC) y están en pleno desarrollo, y es a ellos como se les utiliza como víctimas para satisfacer los instintos libidinosos y mal sanos de los adultos, y esa explotación de tipo sexual en el evento que nos ocupa se ha hechos a través de las redes sociales, a quien conoce desde hacer varios años, ofreciéndole a cambio del favor sexual un celular, aprovechándose de la situación económica de la víctima...Él va induciendo al menor a que escoja esta orientación sexual a cambio de cosas materiales. Lo va llevando al punto que el menor insiste en encontrarse pero para que él pueda obtener el celular, esa es la gravedad de la conducta...*

***...Ese derecho fundamental de un menor de edad debe primar frente a los derechos constitucionales del imputado como el de la libertad,** luego entonces la medida de aseguramiento se da el presupuesto de necesidad frente a los derechos de una comunidad por el imputado, la confianza, se ve*



*abocado que otros menores de edad puedan caer en la misma situación...*

*...considera esta delegada que se dan los presupuestos establecidos por el legislador de la medida privativa de la libertad, por considerarse que es **adecuada, proporcional, necesaria, y razonable**, se tiene los presupuestos de la ley de infancia y adolescencia y **esta será siempre en establecimiento de reclusión y no domiciliaria por tratarse de menores de edad...**". Negrillas y resaltado propios.*

### **Consideraciones del juez con funciones de Control de Garantías:**

*"...El art 308 impone dos requisitos para la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad (SIC) la primera de ella es la inferencia razonable de autoría, la FGN (SIC) presente un cumulo (SIC) de EMP y EF donde se verifica la comisión de una conducta delictiva...*

*...Hay evidencia de que el imputado solicitó a la víctima AFBP por u lapso de tres a cuatro meses, con distintos términos, formas, maneras, que para todos es un lenguaje conocido que tuviera relaciones sexuales homosexuales a cambio de un celular en especie, algo de cualquier naturaleza, se evidencia por parte del despacho que se dan estos requisitos normativos, queda claro de los registros obtenidos de forma legal de la página Facebook...*

*...todo esto en conjunto le permite inferir razonablemente al despacho que se configuran estos injustos típicos art 217 a y 219 a, el segundo injusto típico que fue utilizando las redes sociales...no importa si es hombre o mujer sino que sea menor de 18 años...*

*...esta actividad sexual no surge de la víctima hacia el victimario, porque en Colombia los menores que han cumplido 14 años, pueden disponer de su actividad sexual, pero debe surgir de forma espontánea y voluntaria de parte del menor...El legislador lo que castiga es la explotación sexual con un menor, el legislador dice que el consentimiento dado por la víctima de 18 años no constituye causal de exclusión de responsabilidad. De manera pues que se da el primer requisito de la (SIC) art 308 **como es la inferencia razonable de la autoría...***

*...El segundo requisito numeral 2 art 308, art 310 ley 906, este exige de varios requisitos que se trate de una conducta grave y a modalidad de la misma, y de los fines constitucionales, la ley 1453 numerales 1 al 8 dice que **cuando se trate de delitos sexuales con menor de edad** es suficiente...**es un delito grave, afecto (SIC) la integridad y formación sexual de un menor de 18***



**años...No se le puede permitir vivir en comunidad porque afecta la convivencia pacífica de esta población...**". Negrillas y resaltado propios.

En consecuencia:

**"...el Juzgado Penal Municipal de Madrid Cundinamarca *resuelve imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario en contra del ciudadano JAPSON EDISON GIRALDO JARAMILLO...*"**.  
Negrillas y subrayas propias del texto.

- (iii) La captura del señor **Giraldo Jaramillo** se materializó al contar la Fiscalía General de la Nación con los Elementos Materiales Probatorios, Evidencia Física e Información Legalmente Obtenida necesarios, que permitieron inferir la responsabilidad penal del actor con la presunta comisión de los tipos penales mencionados, de los que, al parecer, fue víctima el adolescente AFBP, encomienda institucional de la que no podía sustraerse, y menos aún, itérese, cuando el sujeto pasivo lo era una menor de edad, quien, como se ha indicado, se trata de un sujeto de especial protección constitucional. Por lo tanto, su vinculación no se tornó injusta.
- (iv) Los delitos por los que le fue impuesta medida de aseguramiento al actor, comportaban restricción de la libertad, pues así lo disponían los **Artículos 217 A<sup>11</sup>** y **219 A<sup>12</sup>** del Código Penal, toda vez que el sujeto pasivo fue una menor de edad, medida que se tomó de conformidad con los requisitos exigidos por el Artículo 308 de la Ley 906 de 2004<sup>13</sup>.
- (v) En cumplimiento del deber constitucional y legal que le asistía, prosiguió con su quehacer investigativo, recopilando los EMP, EF e ILO, con base

<sup>11</sup> (...) **ARTÍCULO 217-A. DEMANDA DE EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE PERSONA MENOR DE 18 AÑOS DE EDAD.** <Artículo adicionado por el artículo 3 de la Ley 1329 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El que directamente o a través de tercera persona, solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, incurrirá por este sólo hecho, en pena de prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años.

**PARÁGRAFO.** El consentimiento dado por la víctima menor de 18 años, no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.

La pena se agravará de una tercera parte a la mitad:

1. Si la conducta se ejecuta por un turista o viajero nacional o extranjero.
2. Si la conducta constituyere matrimonio o convivencia, servil o forzado.
3. Si la conducta es cometida por un miembro de un grupo armado organizado al margen de la ley.
4. Si la conducta se comete sobre persona menor de catorce (14) años de edad.
5. El responsable sea integrante de la familia de la víctima (...).

<sup>12</sup> (...) **ARTÍCULO 219-A. UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS.** <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1329 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación, para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de 18 años de edad, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y siete (67) a (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad (<sup>1</sup>/<sub>2</sub>) cuando las conductas se realicen con menores de catorce (14) años (...).

<sup>13</sup> Requisitos para decretar medida de aseguramiento.



en los cuales presentó Escrito de Acusación, cuya audiencia se llevó a efecto el 10 de marzo de 2015, ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Soacha, Cundinamarca.

- (vi) La Fiscalía General de la Nación considera retirar los cargos referidos al delito de **Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años.**
- (vii) En todo caso, finalizado el juicio oral (el 14 de octubre del 2016), el Juzgado Segundo Penal con Funciones de Conocimiento de Soacha, Cundinamarca, el 6 de diciembre de 2016, dicta sentencia absolutoria en favor del actor (por atipicidad de la conducta), respecto de los delitos **Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años** y **Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años**, decisión que es impugnada por el representante de la Fiscalía General de la Nación.
- (viii) El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca - Sala Penal -, el 17 de agosto del 2017, confirma la citada sentencia absolutoria, decisión que sólo se circunscribió al delito de **Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años**, en el entendido que la Fiscalía General de la Nación había desistido del delito de **Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años.**

Con todo, para el juez *Ad quem*, una vez analizada la literalidad del Artículo 219 A, correspondiente al tipo penal de **Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años**, se tiene que la "...la sola interpretación gramatical del artículo 219 A del C.P. genera confusión frente a otras disposiciones del ordenamiento jurídico...", teniendo que acudir el juez de segunda instancia a la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia para poder dilucidar el asunto puesto a su consideración.

Así las cosas, no es de recibo que mi representada deba responder administrativa y patrimonialmente por el presunto daño antijurídico que demanda el actor, el que, conforme lo discernido hasta este momento, no se evidencia, en primer término, porque la Fiscalía General de la Nación imprimió la correspondiente legalidad a todas y cada una de las actuaciones desarrolladas en el expediente penal al que fue vinculado el aquí demandante, actuaciones que siempre estuvieron avaladas por los funcionarios competentes (jueces con funciones de control de garantías).

En segundo término, porque la absolución a favor del mismo, no obstante se basó en la atipicidad de la conducta, al resolverse el Recurso de Apelación incoado por la Fiscalía General de la Nación, el juez de segunda instancia se vio precisado a acudir a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ante la ambigüedad de la situación fáctica, lo que generó inseguridad jurídica al momento de confirmar el fallo de primera instancia.



La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-037-96, del 5 de febrero de 1996, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa, revisó la exequibilidad del Proyecto de Ley 58/94 Senado y 264/95 Cámara, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución Política, y declaró CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE el artículo 68 del mismo. Expresó entonces:

*(...) Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 60, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término 'injustamente' se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. **Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado,** que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención (...).*

En ese sentir de cosas, la privación de la libertad de que fue objeto el aquí demandante, no puede catalogarse de injusta ni desproporcionada, pues estuvo precedida del principio de legalidad que rige todas las actuaciones que desarrolla la Fiscalía General de la Nación.

Ahora bien. Para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado, es necesaria la existencia de un daño antijurídico, y en el caso concreto la Fiscalía General de la Nación, no está llamada a responder por los daños presuntamente causados al señor **Japson Edison Giraldo Jaramillo**.

#### **4.4. De los presuntos Perjuicios Materiales e Inmateriales**

Pretenden los actores la reparación de perjuicios ocasionados por un presunto daño antijurídico (**Daños Materiales y Morales**), mismos que deberán probarse, carga que le incumbe a la parte actora, y para el caso particular, los aquí demandantes no allegaron prueba siquiera sumaria que respalde los presuntos perjuicios ocasionados con la actuación de la Fiscalía General de la Nación.

En cuanto los **Daño Materiales: (i) Lucro Cesante:** Por concepto de salarios dejados de percibir, con ocasión del cargo que como 'Director de la Fundación Abuelos Pensionados y Donaciones', y mientras estuvo privado de la libertad, la suma de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000), en razón de CINCO MILLONES DE PESOS (\$5.000.000); y **(ii) Daño Emergente:** La suma de CUARENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (\$48.000.000), discriminados en los servicios prestados por un profesional del Derecho que lo representó en el proceso penal (\$35.000.000); viáticos (\$9.000.000); y 'APOYO ECONÓMICO' (\$4.000.000), derivado de la atención de las necesidades que tuvo que afrontar mientras permaneció detenido, carga económica que subvencionó su compañero permanente y también demandante, señor Carlos Andrés



Peralta, se tiene que no se aportó prueba siquiera sumaria que demuestre la causación de tales emolumentos.

Ahora bien, en lo que concierne a los honorarios profesionales cancelados al profesional del Derecho que lo representó en el proceso penal, su demostración debe acompasarse con las previsiones del Artículo 615 del Estatuto Tributario:

*(...) ARTICULO 615. OBLIGACIÓN DE EXPEDIR FACTURA. Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales (...).*

En lo concerniente a los **Perjuicios Inmateriales (Daños Morales)**<sup>14</sup> que reclama el actor para sí, sus consanguíneos y terceros damnificados, en el libelo demandatorio también se echa de menos prueba documental que así lo demuestre.

La doctrina y la jurisprudencia han definido los Daños Morales, como aquellos que revisten tal entidad y trascendencia y no cualquier afugia o vicisitud, situación que, como se dijo, debe ser probada por el actor:

*(...) los perjuicios morales son definidos como el dolor, la angustia, la tristeza o la congoja que siente una persona. Este sufrimiento se puede presentar por distintas causas, tales como la pérdida de un ser querido, la invalidez, la humillación o difamación pública, la privación injusta de la libertad, el desplazamiento forzado, las lesiones corporales temporales o permanentes e, incluso y aunque haya sido objeto de debates jurisprudenciales, la pérdida de bienes materiales o el incumplimiento de obligaciones contractuales.*

*Pero, ¿en qué casos se puede reclamar la indemnización por perjuicios morales? La respuesta a esta pregunta es que la indemnización se puede reclamar, **siempre y cuando el perjuicio realmente se haya presentado, y así se logre probar en el proceso judicial.***

*En la práctica, esto se traduce en una cuestión probatoria. Si se prueba que existió sufrimiento y dolor, hay lugar a solicitar indemnización. La Corte ha aclarado que el daño moral debe ser de entidad y trascendencia, pues no se puede indemnizar una simple molestia, disgusto o perturbación. Al respecto, la Corte ha dicho<sup>15</sup>: "Este daño, entonces, debe ser de grave entidad o trascendencia, lo que significa que no debe ser insustancial o fútil, pues no es una simple molestia la que constituye el objeto de la tutela civil<sup>16</sup> (...)".*

En cuanto a la carga de la prueba el Consejo de Estado ha señalado que:

*"La carga de la prueba es "una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y*

<sup>14</sup> Estimados en \$130.811.600.

<sup>15</sup> [www.velascoabogados.com.co](http://www.velascoabogados.com.co)

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 5 de agosto de 2014. Radicación: Exp. No. 2003-00660-01. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.



que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos<sup>17</sup>. Sobre este tema se ha expresado la Corporación<sup>18</sup> en estos términos:

*"La noción de carga ha sido definida como "una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto"<sup>19</sup>. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir—incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente— con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta —la aludida carga—, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.*

*"Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba—verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida—."*

*Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes.<sup>20</sup>"*

<sup>17</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 249. De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: "Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet; esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones." DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: "De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables." Idem. pág 406

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 11 de 2007. Radicado 110010315000200601308 00.

<sup>19</sup> Cita original del Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 11 de 2007. Radicado 110010315000200601308 00: "HINESTROSA, Fernando, Derecho Civil Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1969, p. 180."

<sup>20</sup> "La carga es un imperativo del propio interés y no del interés ajeno. Es decir, que quien cumple con el imperativo (comparecer, contestar demanda, probar, alegar) favorece su interés y no el de cualquiera otro, como en cambio sí ocurre con quien cumple una obligación o un deber. Precisamente, por ello no existe una sanción coactiva que conmine al individuo a cumplir, sino que se producirá para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja sin que su omisión se refleje en la esfera de un tercero. En la carga se está en pleno campo de la libertad. El sujeto tiene la opción entre cumplir o no cumplir su carga. Si no lo hace no tiene sanción, porque lo que se busca es facilitar la situación del sujeto ya que el fin perseguido es justamente un interés propio. Cuando se notifica el auto que abre el proceso, porque se acepta la pretensión, nace la carga para el opositor de comparecer y defenderse, contradecir, excepcionar. El opositor puede optar por hacerlo o no. Si no lo hace es él quien se perjudica. CARNELUTTI dice que la carga es un acto necesario y la obligación un acto debido. Es indudable que en el proceso más que obligaciones, abundan las cargas." (QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría general del proceso. Bogotá: Editorial Temis. 2000. pág. 460.)



De hecho, lo que se advierte con esta reclamación, es un **cobro de lo no debido.** Negrillas y subrayas propias.

#### **4.5. Ausencia del Nexo de Causalidad**

Este consiste en el enlace entre un hecho culposo con el daño causado. Dicho vínculo causal resulta indispensable, en el entendido que la conducta del demandado debe constituirse como la causa directa, necesaria y determinante del daño.

En ese estado de cosas, para que pueda condenarse al Estado, deben demostrarse en el proceso los siguientes presupuestos:

1. Existencia del hecho (falla en el servicio).
2. Daño o perjuicio sufrido por el actor (daño antijurídico).
3. Relación de causalidad entre el primero y el segundo.

Bajo este escenario, no se evidenció falla en el servicio o daño especial, y, por consiguiente, no existe el daño aducido por el demandante por parte de la Fiscalía General de la Nación, toda vez que al plenario no se aportaron las pruebas que conlleven a la responsabilidad patrimonial y administrativa de mi prohijada.

En el presente caso no existe relación de causalidad entre la presunta falla del servicio que achaca el actor a la Fiscalía General de la Nación y el aparente daño o perjuicio padecido por el mismo (privación injusta de la libertad), en el entendido que **(i)** la Fiscalía General de la Nación adelantó la correspondiente actuación, ciñéndose en todo momento a los preceptos constitucionales y legales; y **(ii)** la privación de la libertad devino de los Elementos Materiales Probatorios adosados en su momento procesal a la actuación; la imposición de la medida de aseguramiento ameritaba, dado que el delito que le fue imputado comportaba pena privativa de la libertad.

#### **4.6. Imposición de la medida de aseguramiento: No exige certeza de la comisión del delito imputado**

En cuanto a la imposición de la medida de aseguramiento o la formulación de acusación, no es requerido que en el proceso existan pruebas que conduzcan a la certeza absoluta sobre la responsabilidad penal del sindicado, aunque en este caso, en su momento procesal, itérese, el material probatorio permitía concluir

---

Con el objeto de entender mejor la expresión carga, ver: MICHELI, Gian Antonio. La carga de la Prueba. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.1961., pág. 60. Al respecto afirma: *'La noción sobre la cual se ha hecho girar toda la teoría de la carga de la prueba, es precisamente la de la carga entendida como entidad jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que en determinados casos la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídico relevante. En tales hipótesis, un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado, pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma'*.

En consonancia con lo dicho advierte el tratadista Giuseppe Chiovenda: *"Aunque no se puede hablar de un deber de probar, sino sólo de una necesidad o carga, puesto que la falta de prueba da lugar a una situación jurídica análoga a la producida por el incumplimiento de un deber, ya que la parte a que corresponda la carga de probar soporta las consecuencias de la falta de prueba."* CHIOVENDA, Giuseppe. Curso de derecho Procesal Civil. México. Editorial Harla. 1997. pág. 395.



que la hoy demandante era el presunto autor de la conducta punible endilgada. Adicionalmente, este grado de convicción solo es indispensable para proferir sentencia condenatoria.

Por ello, no es de recibo que mi representada haya actuado irregular e irresponsablemente, y que de manera arbitraria "...y sin prueba alguna le imputaron..." al señor **Giraldo Jaramillo** la autoría de los delitos por los cuales fue procesado, toda vez que para la imposición de la medida de aseguramiento se contaba con los ELM y EF, que permitían inferir razonablemente su presunta responsabilidad en los hechos puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación.

Sobre la plena prueba de la responsabilidad, el autor Carlos A. Guzmán Díaz, en su 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".* Negrillas propias.

#### **4.7. Eximente de responsabilidad: Culpa Exclusiva de la Víctima**

Como se colige del proceso penal, la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, la propició el mismo actor, dado que se estableció su presunto compromiso criminal en los hechos puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, puesto que, como quedó demostrado.

Es decir, su actuar fue la causa eficiente para la imposición de la medida restrictiva de libertad, configurándose entonces el eximente de responsabilidad denominada **Culpa**



**Exclusiva de la Víctima**, lo que conlleva, indefectiblemente, a la exoneración de toda responsabilidad patrimonial y administrativa respecto de la Fiscalía General de la Nación.

Respecto de este eximente, también acogemos las consideraciones hechas por el señor juez Ad quo, cuando refirió que:

*"...se tiene que la causa determinante del daño en el caso bajo estudio no fue la actuación de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN al imponer medida de aseguramiento contra la demandante, **sino justamente el comportamiento irregular y reprochable anotados**, de esta, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, lo que dio lugar a la investigación que se adelantó en su contra y a las decisiones proferidas por la entidad.*

*Pues, pese a que JARIDIS YOLEIKA MÓVIL MORENO, fue absuelta al haberse declarado la prescripción de la acción penal, **lo cual no indica que se haya demostrado o no la responsabilidad de esta**, también es cierto que fue el actuar de esta la (SIC) dio lugar a que fuera vinculada a la investigación.*

*Razón por la cual el daño en el presente asunto no es antijurídico, dado que fue la actuación del demandante la que dio origen a la investigación penal y al decreto de la medida de aseguramiento, **configurándose así la eximente de responsabilidad**, lo que da lugar a negar las pretensiones de la demanda...".*

La jurisprudencia ha expresado que a la Administración podrá exonerarse de responsabilidad, si demuestra que el hecho se presentó por Culpa Exclusiva de la Víctima, por el hecho excluyente de un tercero, por fuerza mayor, o caso fortuito, fenómenos todos ellos que dotados de la suficiente entidad, pueden romper el nexo causal, sin el cual, como igualmente se ha dicho, no se configura la llamada responsabilidad del Estado por falla en el servicio, y por ende se deberá considerar que no hay lugar a resarcimiento del daño, cuando este se origina en Fuerza Mayor o Caso Fortuito o cuando es irresistible.

En ese sentido, el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, del 13 de mayo de 2017 (Exp: 15001333300520150001701. Fecha: 13/05/17)<sup>21</sup>, argumentó:

*(...) LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD NO PUEDE CALIFICARSE COMO INJUSTA CUANDO EXISTE UN EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD COMO ES LA CULPA DE LA VÍCTIMA, EXCEPCIÓN QUE PUEDE SER DECLARADA DE OFICIO.*

*En esta sentencia de segunda instancia, el Tribunal Administrativo de Boyacá refirió que las causales de exoneración de responsabilidad extracontractual son aquellas que impiden imputarle o atribuirle al Estado responsabilidad por un daño ocasionado a sus administrados, los cuales han sido denominados: culpa exclusiva de la víctima, culpa o hecho de un tercero, fuerza mayor y caso fortuito.*

*Bajo ese entendido, señaló que atendiendo a que se trataba de un proceso de reparación directa por privación injusta de la libertad, era necesario estudiar la relacionada con la culpa exclusiva de la víctima, con fundamento en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, del cual podía concluirse que aquella causal de exoneración se configuraba cuando la víctima dio lugar causalmente a la producción del daño, por haber actuado de forma dolosa o culposa, esto es, con incumplimiento de los deberes de conducta que le eran*

<sup>21</sup> Según consulta realizada a la página de la Rama Judicial.



*exigibles. Aclaró, en consecuencia, que en esos casos el Estado quedará exonerado de responsabilidad.*

*En esa medida, en el caso concreto consideró que correspondía al tribunal, de manera oficiosa, abordar el estudio de la eximente de responsabilidad estatal del hecho exclusivo de la víctima, a pesar de que no fue propuesto en el recurso de apelación, puesto que así lo permite el artículo 187 del CPACA y la jurisprudencia del Consejo de Estado. Es decir, señaló que la causal de exoneración podía ser declarada de oficio por las circunstancias específicas que gobernaban el caso concreto.*

*Precisó, sin embargo, que emprender el estudio de esta causal de exoneración de la Responsabilidad del Estado en este estadio procesal no implicaba un reproche de la culpabilidad del demandante como un elemento del tipo penal, sino un estudio desde la noción de culpa grave o dolo bajo la óptica de la responsabilidad civil. Sobre ello, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la conducta del imputado es susceptible de valoración para llegar a determinar si efectivamente es viable la responsabilidad de la administración en la privación injusta de la libertad.*

*En este punto insistió el tribunal que calificar la conducta del accionante como gravemente culposa a la luz del artículo 63 del Código Civil no desconocía la sentencia absolutoria proferida a su favor, así como tampoco el régimen de responsabilidad que rige la reparación de los daños causados por la privación injusta de la libertad. En efecto, reiteró la Sala que no se trataba de cuestionar las decisiones adoptadas en el juicio penal, así como tampoco de hacer consideraciones respecto de la culpabilidad o no del accionante, puesto que el reproche que se hacía era desde la óptica civil o de la responsabilidad administrativa.*

*Así, revisado el caso concreto, encontró que el actor fue investigado penalmente, en razón a las resuntas irregularidades en que incurrió mientras se desempeñó como Subgerente Administrativo de un hospital en cuanto a una serie de contratos u órdenes de servicio que suscribió en esa condición para el arreglo de unos vehículos de propiedad de esa entidad, al cobrar unos repuestos y materiales que finalmente no suministró y cuyo valor fue entregado, sin embargo no se halló la prueba de que dicho dinero, hubiera ingresado al patrimonio del hospital, lo cual dio lugar a que hubiese sido acusado por el delito de peculado por apropiación.*

*Con fundamento en todo lo anterior concluyó que estaba demostrada la configuración de la culpa exclusiva de la víctima, en el inicio de la investigación penal que conllevó a que la Fiscalía General de la Nación expidiera la medida de aseguramiento que lo privó de su libertad, la cual recobró posteriormente en razón a que avvicinaba el vencimiento de términos sin que se hubiese calificado el mérito de la instrucción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 365 numeral 4 del CPP. En efecto, para la Sala era palmario el hecho que el demandante no obró en la forma debida, o en aquella que le era legalmente exigida en el desempeño de su cargo; por el contrario, se avizoró un total desconocimiento de sus deberes como servidor público, lo mismo que de las normas que rigen la contratación estatal, lo cual a juicio del tribunal resultaba deplorable si se tenía en cuenta que era de profesión economista y acreditó estudios en materia de administración pública y una amplia experiencia en distintos cargos públicos, como daba fe su hoja de vida.*

*Así, aunque la actuación adelantada por la Fiscalía General de la Nación en la investigación penal llevada en contra del actor se enmarcó en las competencias que constitucional y legalmente le fueron encomendadas y que conllevan a la privación de su libertad, lo cierto era que en este caso se presentó una causal exonerativa que no permitió la configuración de la responsabilidad estatal, razón por la cual no había lugar a acceder a sus pretensiones indemnizatorias.*



## 5) EXCEPCIONES PREVIAS

### 5.1. Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva: En cuanto a la Rama Judicial

En cuanto a la responsabilidad que pudiese ostentar mi representada frente a la privación injusta de la libertad que pudo sufrir el hoy demandante, me permito indicar que en efecto, con la expedición de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) el legislador articuló el proceso penal de tal manera que buscó fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, **COMO DE INSTITUIR UNA CLARA DISTINCIÓN ENTRE LOS FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE INVESTIGAR, ACUSAR Y JUZGAR** dentro de la acción penal, por lo que, suprimió del ente investigador (Fiscalía General de la Nación) la facultad jurisdiccional<sup>22</sup>, la cual venía ejerciendo por disposición del antiguo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000). Negrilla y mayúsculas fijas propias.

En ese sentir de cosas, la Fiscalía General de la Nación no es la llamada a resarcir los presuntos daños irrogados al actor, dado que fue la Judicatura quien impartió legalidad a la Captura, Formulación de Imputación e imposición de la Medida de Aseguramiento.

Al respecto se pronunció el Consejo de Estado, mediante sentencia del 26 de mayo de 2016, Consejero Ponente Dr. HERNÁN ANDRADE RINCÓN, expediente 41573, en el que señaló:

**“...4. La falta de legitimación de la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación:**

*Según se dejó indicado en los antecedentes de esta providencia, el libelo introductorio se dirigió contra la Fiscalía General de la Nación y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Sobre el particular, la Sala estima necesario reiterar el criterio expuesto en sentencia proferida el 24 de junio de 2015 , según el cual si bien cada una de las entidades demandadas ostentan la representación de la Nación en casos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por hechos imputables a la Administración de Justicia (inciso segundo del artículo 49 de la Ley 446 de 1998 y numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996 ), lo cierto es que las decisiones que se discuten en el presente litigio y que habrían ocasionado el daño por cuya indemnización se reclama, fueron proferidas por la Rama Judicial (representada por la Dirección Ejecutiva de Administración*

<sup>22</sup> Finalidades de la Ley 906 de 2004, Sentencia C - 591 del 9 de junio del 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández "En Colombia, la adopción mediante reforma constitucional, de este nuevo sistema procesal penal perseguía en líneas generales las siguientes finalidades: (i) fortalecer la **función investigativa de la Fiscalía General de la Nación**, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral contradictorio y concentrado; (iii) **instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal** se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio *oral*; (vi) *introducir* el principio de oportunidad; (vii) crear la figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio".



Judicial), razón por la cual una vez efectuado el recuento probatorio, se concretará si el aludido daño antijurídico reclamado se encuentra acreditado y, de estarlo, se establecerá si el mismo le resulta imputable a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la cual fue debidamente notificada y representada .

En efecto, con la expedición de la Ley 906 de 2004 -Código de Procedimiento Penal- el legislador articuló el proceso penal de tal manera que buscó fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, como de instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar dentro de la acción penal, por lo que, suprimió del ente investigador -Fiscalía- la facultad jurisdiccional , la cual venía ejerciendo por disposición de los antiguos Códigos de Procedimiento Penal - Decreto Ley 2700 de 1991 y Ley 600 de 2000-.

Así las cosas, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, las decisiones que impliquen una privación de la libertad, son proferidas por los Jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal, como en efecto ocurrió en este caso mediante el auto proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Armenia con funciones de control de garantías que declaró la legalidad de la captura, según se desprende del oficio No. CCSJ-0095 expedido por la Coordinación del Centro de Servicios Judiciales.

Así pues, en el asunto sub examine la decisión que llevó a la privación de la libertad del señor Pedro Pablo Palacio Molina, **si bien es cierto fue solicitada por la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que dicho ente no tenía la potestad de decidir sobre la privación de la libertad del ahora demandante, cosa que sí le correspondía a la Rama Judicial, por encontrarse dentro de sus funciones jurisdiccionales**, razón por la cual, forzoso resulta concluir que en el presente asunto y, a la luz de las nuevas disposiciones penales, no es posible endilgarle responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación..."

Sobre el particular, Luís Alejandro Barrero Torres, en su trabajo de Especialización en Sistema Procesal Penal, año 2017, titulado "Límites del Juez con Función de Control de Garantías en la Audiencia de Imputación dentro del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia", señaló:

(...) 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, con competencias para adelantar las siguientes actividades: un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; un control posterior sobre las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación; un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones; un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad y para decretar medidas cautelares sobre bienes; igualmente facultado para autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución.

El juez de control de garantías **examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales**, es decir, si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad (...).



(...) En relación **con el allanamiento a la imputación** su labor se circunscribe a verificar que la manifestación de aceptación se haga de forma libre, voluntaria e informada, para lo cual le prevendrá al imputado sobre los derechos consagrados en el artículo 8º de la Ley 906 de 2004 y las consecuencias de esa aceptación. **En este acto el juez de control de garantías velará igualmente por el respeto al debido proceso en general y, en particular, al principio de legalidad** (...).

(...) Uno de los más importantes cambios de paradigma implantados por el sistema penal con tendencia acusatoria, de los introducidos por el Acto Legislativo 03 de 2002 desarrollado por la Ley 906 de 2004, **fue precisamente la limitación a eventos eminentemente excepcionales, de las facultades judiciales de la Fiscalía General de la Nación, por lo cual la norma general impone que las determinaciones que implican compromiso de los derechos fundamentales de los ciudadanos, deben ser adoptadas por un juez de la República, especialmente destacado para emitir ordenes** (SIC) **en tal sentido.**

En curso de las actividades de investigación se realizan actos que implican afectación de los derechos fundamentales, por lo cual, es preciso recurrir al juez de control de garantías, para que en cumplimiento de la competencia que le asigna la Constitución y la ley, controle los motivos fundados, la orden, el cumplimiento o procedimiento de ejecución o los resultados de la misma, con el fin de establecer si tales gestiones se ajustaron a los procedimientos establecidos en la norma superior y en la legal.

En los precisos casos en que la fiscalía conserva la facultad de emitir órdenes a policía judicial, para que ejecute actos de investigación tendientes al cumplimiento de sus funciones de investigación y acusación, que den lugar a limitaciones a los superiores derechos, **la orden y los resultados de su cumplimiento, deben someterse a examen por parte del juez de garantías, quien en últimas determina si se cumplieron las reglas que regentan tales procedimientos.**

En fin, son audiencias preliminares, aquellas que se realizan ante el juez de control de garantías, durante la indagación, la investigación o el juicio, para ordenar o controlar actuaciones, resolver peticiones o adoptar decisiones, que involucren garantías de orden superior y que no se adopten en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o de juicio oral (...).<sup>23</sup> Negrillas y resaltado propios.

Sin lugar a dudas, el señor Juez Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Madrid, Cundinamarca, en el ámbito de sus competencias, impartió legalidad a los actos de orden de registro y allanamiento, captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento respecto del señor **Japson Edison Giraldo Jaramillo**, al verificar que no se vulneraron sus derechos fundamentales; que siempre se propendió por el respeto del debido proceso, todo en estricto cumplimiento de la Constitución y las leyes vigentes para la época de los hechos.

En ese orden de ideas, la Fiscalía General de la Nación, no está legitimada en la causa por pasiva, y, en consecuencia, no se puede predicar daño antijurídico de ninguna naturaleza.

## 6) PRUEBAS

Solicito a su despacho, decretar las siguientes pruebas:

<sup>23</sup> [http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/3141/Barreiro\\_Torres\\_Luis\\_A.](http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/3141/Barreiro_Torres_Luis_A.)



**6.1.** Al Instituto Penitenciario y Carcelario – INPEC -, solicitar el registro de visitas por parte del señor **Carlos Andrés Peralta Alfonso**, en su condición de también demandante, identificado con cédula de ciudadanía 7.713.658, que recibió el señor **Japson Edison Giraldo Jaramillo**, en el periodo que permaneció privado de la libertad, con ocasión del proceso nro. 25430 6000 660 2014 01241 01.

**Conducencia, pertinencia y utilidad:** Determinar los presuntos perjuicios de orden moral ocasionados al núcleo familiar del actor.

**6.3.** Con el debido respeto, señora juez, solicito sean valorados los documentos aportados con la demanda, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 244 y 246 del Código General del Proceso.

## 7) PETICIÓN

Sean las anteriores, señor juez, razones suficientes por las que respetuosamente me permito solicitar se procure un fallo que deniegue todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda.

## 8) ANEXOS

- Poder para actuar.
- Fotocopia de la Resolución nro. 0303 de 20 de marzo de 2018 (Por medio de la cual se establece la organización interna de la Dirección de Asuntos Jurídicos y se dictan otras disposiciones).
- Fotocopia de la Resolución de nombramiento del de la Dra. Sonia Milena Torres Castaño- Coordinadora de la Unidad de Defensa Jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos, su acta de Posesión y el memorando de designación No. 20181500002733 del 4 de abril de 2018.

## 9. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación, ubicada en la Diagonal 22 B nro. 52 - 01, Edificio C piso 3, sector Salitre de la ciudad de Bogotá, o en la Secretaría del despacho.

Correo electrónico para notificaciones judiciales:  
jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co

Del señor juez, atentamente,

**Sonia Yadira León Urrea**  
C.C. 51.890.785 de Bogotá  
T.P. 217.206 del C.S. de la J.

**ACCIÓN:** REPARACIÓN DIRECTA  
**ACTOR:** JAPSON EDISON GIRALDO JARAMILLO  
**EXPEDIENTE:** 2019 384  
**JL:** 42639

