



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO SESENTA Y CUATRO (64)
ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ - SECCIÓN TERCERA**

JUEZ	ALVARO CARREÑO VELANDIA
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
RADICACION No.:	1100133430 64 2017 00127 00
PDEMANDANTE:	EIDER FABIAN ZUARIQUE BOTERO
DEMANDADO:	NACIÓN - RAMA JUDICIAL, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
ASUNTO	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Bogotá D.C, siete (7) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 89**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- LA DEMANDA

El 26 de abril de 2017, los señores EIDER FABIAN ZUARIQUE, ASTRID CLAVIJO RUIZ, EDWIN ANTONIO ZUARIQUE BARRIOS y ERIKA ZUARIQUE BARRIOS, actuando por conducto de apoderado judicial presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa en contra de la NACIÓN- RAMA JUDICIAL, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a efectos de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERO.- LA NACIÓN- Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial...es patrimonialmente responsable por el hecho dañoso ocasionado, por los perjuicios causados a mis poderdantes EIDER FABIAN ZUARIQUE BOTERO, víctima directa de una privación injusta de la libertad, durante el lapso comprendido entre el 22 de agosto de 2014 y el 26 de mayo de 2016; e indirectamente perjudicados ASTRID CLAVIJO RUIZ, EDWIN ANTONIO ZUARIQUE BARRIOS y ERIKA ZUARIQUE BARRIOS en su condición de compañera permanente y hermanos, que está fehacientemente comprobado con la decisión de absolución de fecha 25 de julio de 2016 proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito de Conocimiento de Fusagasugá-Cundinamarca.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración de responsabilidad extracontractual, condénese a la NACIÓN- Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial...a pagar a título de indemnización y a favor de mis mandantes EIDER FABIAN ZUARIQUE

BOTERO, víctima directa de una privación injusta de la libertad e indirectamente perjudicados ASTRID CLAVIJO RUIZ, EDWIN ANTONIO ZUARIQUE BARRIOS y ERIKA ZUARIQUE BARRIOS en su condición de compañera permanente y hermanos, por los perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales, las siguientes sumas(...)"

1.2.- HECHOS

Se resumen los hechos narrados por la parte demandante (fls. 61 a 63 C.1) de la siguiente manera:

- El señor Eider Fabián Zuarique Botero es capturado y presentado por el señor Fiscal Seccional, quien expresamente solicitó al juez de control de garantías de Cabrera- Cundinamarca, la legalización de captura, formula imputación y requiere medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en Establecimiento Carcelario por el punible de actos sexuales con menor de 14 años.
- El 22 de enero de 2015 se formula la acusación en los términos previstos en el numeral anterior, ante el Juzgado Único Penal del Circuito de Fusagasugá- Cundinamarca.
- El 8 de abril de 2015 en convocatoria para audiencia preparatoria, la defensa solicitó la preclusión de la investigación, la cual fue negada e impugnada y luego desistida.
- Los días 15 de febrero, 14 de abril y 23 de mayo de 2016 se desarrolló la audiencia de juicio oral, y el 26 de mayo del mismo año se fija fecha para el sentido del fallo, el cual fue de carácter absolutorio.
- El 25 de julio de 2016 se absolvió al procesado Eider Fabián Zuarique Botero al subsistir dudas, sentencia que no fuera impugnada por la Fiscalía, quedando debidamente ejecutoriada formal y materialmente ese mismo día.

1.3.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.3.1. Fiscalía General de la Nación (fls 92 a 102 c.1)

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda, toda vez que no se configura los supuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad en cabeza de la Fiscalía.

Añadió que la Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de proteger al menor, como también es necesario recordar, que en aquellos eventos en

donde se ve involucrado como víctima de un delito de un menor de edad, la obligación del estado en adelantar las labores investigativas, cobra una mayor importancia, como quiera que los infantes son sujetos de especial protección constitucional y legal por su condición de vulnerabilidad.

Por lo anterior, adujo que no puede afirmarse que la detención haya sido injusta e injustada, pues existía una denuncia penal en contra del hoy demandante, por el delito de gran connotación que no permite, por mandato legal y por quien en el presente caso resulta ser sujeto pasivo de la conducta colectiva, ningún beneficio, ni subrogado penal.

Indicó que si bien en audiencia de juicio oral se concluyó que no existían medios probatorios suficientes que llevaran a la certeza sobre la responsabilidad, lo cierto es que en su momento hubo señalamientos directos y la circunstancia de que se diera aplicación del principio del in dubio pro reo en favor del demandante, no porque se hubiese tenido certeza sobre su inocencia, sino por el contrario duda sobre su responsabilidad, no puede generar responsabilidad a mi representada, adicionalmente dicha duda es vista por la parte actora como equivalente a un fallo absolutorio, teniendo de manera errada la concepción de que el in dubio pro reo equivale a ser absuelto por certeza de inocencia, lo que no sólo no es cierto sino que además totalmente equivocado.

Formuló las siguientes excepciones como mecanismo de defensa:

- **Inexistencia de error judicial:** Teniendo en cuenta que si con los elementos materiales probatorios, en su momento la Fiscalía no hubiese solicitado la medida, y a su vez, el juez de Control de Garantías no decretase la medida de detención preventiva impuesta al aquí demandante; estas instituciones seguramente hoy serían objeto de reproche al parecer negligentes, al no adoptar las medidas necesarias de acuerdo al delito que se le estaba imputando al señor EIDER FABIAN ZUARIQUE BOTERO bajo los criterios fijados por la ley por la gravedad de la conducta que se le endilgaba, en consecuencia, no es posible predicar en este caso, que la misma deba entenderse como error judicial que deba ser reparado por el Estado y de manera particular en este caso, por la Fiscalía General de la Nación.

- **Cumplimiento de un deber legal:** 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.

Añadió que era su obligación solicitar al Juez de Garantías imponer la medida de aseguramiento privativa de la libertad en contra del señor EIDER FABIAN ZUARIQUE BOTERO bajo los criterios fijados por la ley por la gravedad de la conducta que en razón a los indicios que para el momento existían en contra del imputado y por la gravedad de la falta, pues nótese que fue capturado en flagrancia y sobre él ya pesaba la existencia de antecedentes penales.

Indicó que en el presente caso, estamos ante una diversidad de criterios, dado que para el fiscal y el juez de garantías, se consideró que había una prescripción evidente, clara o manifiesta en la acción y contraria a derecho que el funcionario no declaró. No obstante, el juez de conocimiento consideró que esto era una situación de criterio y valoración jurídica por lo que no era de manera ostensible contraria a la ley, pues se podía computar dependiente de la calificación de la conducta como permanente o de tracto sucesivo.

No obstante, insistió que el aquí demandante no hace ver por qué considera que esto constituyó una falla del servicio y de esta manera endilgar responsabilidad, esto es, demostrando que la jurisprudencia reiterada y pacífica de la alta corporación señalaba que la prescripción en esos eventos de carácter disciplinario se computaba de la forma como lo hizo el aquí demandante, y en este sentido, dejaría sin fundamento alguno la iniciación de una investigación y así como la providencia de imputación. De lo contrario, el hecho de que se puede dar a varias interpretaciones, se a favor de la fiscalía o del demandante, es una situación que no tiene la entidad de constituir error o falla en el servicio.

1.3.2. Nación Rama Judicial (fls. 117 a 128 c.1)

Contestó la demanda en forma extemporánea, por lo que mediante providencia del 1º de febrero de 2018, no se tuvo en cuenta la misma (fls. 137 y 138).

1.4.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 26 de abril de 2017 y por reparto correspondió a este Despacho (fl. 73 c.1), el que mediante auto del 17 de agosto de 2017, la admitió, disponiendo la notificación a la parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (folios 75 a 77).

El 5 de febrero de 2019, se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en la cual se fijó el litigio en los siguientes términos (fls. 148 a 150):

"(...) la fijación del litigio se circunscribe entonces en determinar los siguientes aspectos:

- Determinar desde y hasta cuándo el señor Eider Fabián Zuarique Botero estuvo privado de su libertad y en qué modalidad.*
- Por orden de cuál autoridad y si la privación se tornó injusta*
- Establecer si se configura responsabilidad extracontractual del Estado en cabeza de las entidades demandadas por la privación de la libertad del señor Eider Fabián Zuarique Botero.*
- Establecer si se configura algún eximente de responsabilidad a favor de las entidades demandadas...".*

El 23 de abril de 2019 se celebró la audiencia de pruebas (fls. 176 y 177) en la que de conformidad con el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, se indicó a las partes que los alegatos se presentarían por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la celebración de la audiencia.

1.5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.5.1. Nación- Rama Judicial (fls. 179 a 193)

Refirió que en el presente asunto, si bien el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Cabrera impartió legalidad a la captura del señor EIDER FABIÁN ZUARIQUE BOTERO, formuló la imputación hecha por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, e impuso la medida de aseguramiento, tales decisiones se produjeron en un estadio procesal en el que no se hizo ninguna valoración probatoria en punto de la responsabilidad penal del imputado.

Añadió que si bien el hoy actor, EIDER FABIÁN ZUARIQUE BOTERO resultó absuelto, posteriormente en la etapa de juicio oral, debe insistirse en que la medida de aseguramiento se adopta en la fase preliminar del proceso penal, en la que aún no se han recopilado todas las pruebas, de modo que por su misma naturaleza cautelar, su imposición no desconoce la presunción de inocencia, en cuanto allí no se decide sobre la responsabilidad penal, sino que se adopta en cumplimiento de unos objetivos constitucional y legalmente legítimos, como son garantizar la comparecencia del imputado, evitar la obstrucción del proceso y proteger tanto a las víctimas, como a la sociedad.

Indicó que de conformidad con los pronunciamientos de unificación, tanto de la Honorable Corte Constitucional, como del Honorable Consejo de Estado, la privación de la libertad solo deviene injusta cuando ha sido consecuencia de una actuación o decisión arbitraria, injustificada e irrazonable que transgreda los procedimientos establecidos por el legislador, es decir, sólo en esos eventos el daño se torna antijurídico, por manera que no puede calificarse como tal,

la restricción de la libertad que se acompase con los presupuestos constitucionales y legales que la regulan.

Finalmente consideró que dicho extremo demandado no está llamado a responder administrativamente por los hechos que generaron el presunto daño antijurídico que, se dice fue irrogado al demandante EIDER FABIAN ZUARIQUE BOTERO.

1.5.2. Fiscalía General de la Nación (fls. 194 a 199).

Advirtió el apoderado que sobre dicha entidad no puede recaer título de imputación ya que bajo el régimen de la Ley 906 de 2004 esta entidad, en principio, no prefiere providencias, dado que es el Juez de Garantías y el Juez de Conocimiento quienes la proyectan. No obstante, la Fiscalía General de la Nación si puede ser sujeto de falla del servicio como titular de la acción penal cuando haya hecho incurrir en error al Juez de Control de Garantías o al Juez de Conocimiento lo que no está demostrado en este caso.

Que frente a la denuncia instaurada por las señora JENNY CONSTANZA GARCÍA, madre de la menor D.A.G.G., es importante señalar que en eventos en donde se ve involucrado como víctima de un delito un menor de edad, la obligación del Estado es adelantar todas las labores investigativas, como quiera que los infantes son sujetos de especial protección constitucional y legal por su condición de vulnerabilidad. Por lo tanto, no puede afirmarse que la detención del actor se haya estructurado por fuera de las exigencias legales, ya que existía una denuncia penal en su contra por un delito de gran connotación que no permite por mandato legal y por quien en el presente caso resulta ser sujeto pasivo de la conducta delictiva, ningún beneficio ni subrogado penal.

1.5.3.- Parte demandante (fls. 201 a 205)

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda y añadió que se omitió efectuar una valoración integral de los elementos de conocimiento que se tenía en ese momento para solicitar la medida de aseguramiento de detención preventiva, atendiendo a que no se contaba con elementos de juicio que consolidaran la tesis de la autoría que le fue imputada al momento de las audiencias preliminares y posteriormente a la formulación del cargo que conlleva el juzgamiento.

Indicó que el Juzgado de Garantías de la localidad de Cabrera Cundinamarca, el que adelantara la audiencia preliminar que privara de la libertad al procesado, no evaluó razonada y razonablemente la petición de

la Fiscalía, en el sentido de proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, ante la deficiencia de los elementos de conocimiento puestos a su consideración en ese momento como la denuncia, el dictamen médico legal, y censurados por la defensa técnica de acuerdo a la inconformidad frente a la medida de aseguramiento, que dan al traste con la misma evaluación realizada por el señor Juez de conocimiento, al absolver, con la misma evidencia de la imputación y corroborada aún más, con la subsiguiente prueba practicada en el juicio oral.

Añadió que resulta innegable el nexo causal en los perjuicios causados al señor EIDER FABIAN ZUARIQUE BOTERO y a su grupo familiar, quien estuvo privado de la libertad intramuralmente desde el 22/08/2014 al 26/05/2016 o sea un año, nueve meses y cuatro días por orden de autoridad competente dejando lesiones psíquicas y secuelas emocionales, situación que también afectó a su compañera, ASTRID CLAVIJO ORTÍZ, quien lo visitó en repetidas ocasiones al establecimiento carcelario, a sus padres y hermanos por ser su núcleo familiar más cercano, también afectando su entorno social ante el señalamiento y desprecio.

Finalmente solicitó se accediera a las pretensiones de la demanda, ya que se dan los presupuestos legales en los que se demuestran la responsabilidad de la FISCALIA y la Rama Judicial, dada la atipicidad de la conducta que le fuera endilgada a su poderdante EIDER FABIAN ZUARIQUE BOTERO quien estuvo privado de la libertad injustamente, en la modalidad intramural desde el 22/08/2014 al 26 de mayo de 2016.

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6º y 156 numeral 6º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto la NACIÓN - RAMA JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN deben responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte demandante con ocasión de la presunta privación injusta de la libertad de que fue víctima el señor Eider Fabián Zuarique Botero del 22 de agosto de 2014 al 26 de mayo de 2016.

2.3.- Hechos probados

De la prueba documental aportada se encuentra demostrado que:

- El 23 de agosto de 2014, el Juzgado Promiscuo Penal Municipal de Cabrera con Funciones de Control de Garantías resolvió declarar la legalidad del procedimiento de captura del indiciado Eider Fabián Zuarique Botero, se le formuló imputación como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, de acuerdo a la denuncia realizada por la señora Jenny Constanza García Muñoz y finalmente se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en Centro de Reclusión (fls. 12 a 14)
- El 22 de enero de 2015 el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá con Funciones de Conocimiento realizó la audiencia de formulación de acusación en contra de Eider Fabián Zuarique Botero (fl. 16) y el 8 de abril de 2015 se adelantó la audiencia preparatoria donde se negó la solicitud de preclusión de la acción realizada por la defensa (fl. 17)
- Los días 15 de febrero, 14 de abril y 23 de mayo de 2016 el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá con funciones de conocimiento, celebró la audiencia de juicio oral, en la cual se agotó la práctica de pruebas y se recepcionaron las alegaciones de las partes (fls. 24 a 27).
- El 25 de julio de 2016 el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá profirió sentencia de primera instancia en la cual resolvió absolver por subsistir duda razonable al señor Eider Fabián Zuarique Botero de los cargos de actos sexuales con menor de 14 años (fls. 29 a 39)
- El señor Eider Fabián Zuarique Botero estuvo privado de la libertad en el EPMSC de Fusagasugá, durante el lapso comprendido entre el 22/08/2014 y el 26/05/2016, por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, de acuerdo a la certificación expedida por el Director del Establecimiento Carcelario (fl. 41).

2.4. Marco Jurídico y Jurisprudencial

Del régimen de responsabilidad en privación injusta de la libertad

La responsabilidad del Estado por las actuaciones u omisiones de sus agentes judiciales, está consagrada en el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 y es del siguiente tenor literal:

"ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

*"En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la **privación injusta de la libertad.**"*

De forma concreta la norma en comento en su artículo 68 se refirió a la privación injusta de la libertad, así:

"ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado en reparación de perjuicios." (Resalta el Despacho)

En este punto del análisis vale mencionar que la anterior norma fue objeto de estudio por la Corte Constitucional, en sentencia C-037 de 1996 sosteniendo sobre el alcance de la detención injusta de la libertad y el reconocimiento de indemnización por tal concepto, que:

*"Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6, 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.***

Se infiere entonces que la exequibilidad del artículo 68 de la ley 270 de 1996 está condicionada al análisis del elemento "injustificado" de la privación injusta, lo cual acaece cuando la actuación que dio lugar a la privación es desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, permitiendo inferir que dicha medida no fue razonada por no estar ajustada a derecho. En este contexto el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo señaló:

"Como corolario de lo anterior, ha de entenderse que la hipótesis precisada por el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en la cual procede la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado por detención injusta, en los términos en que dicho carácter injusto ha sido

1 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del dos de mayo de 2007, expediente: 15.463, actor: Adielia Molina Torres y otros, Bogotá, D.C., consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez

también concretado por la Corte Constitucional en el aparte de la sentencia C-03[7] de 1996 en el que se analiza la exequibilidad del proyecto del aludido artículo 68 –y que **se traduce en una de las diversas modalidades o eventualidades que pueden generar responsabilidad del Estado por falla del servicio de Administración de Justicia**–, esa hipótesis así precisada no excluye la posibilidad de que tenga lugar el reconocimiento de otros casos en los que el Estado deba ser declarado responsable por el hecho de haber dispuesto la privación de la libertad de un individuo dentro del curso de una investigación penal, siempre que en ellos se haya producido un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política. (...)"

Posteriormente el Consejo de Estado en sentencia de unificación² puntualizó:

*"Todos los argumentos hasta aquí expuestos, los cuales apuntan a sustentar que el título jurídico de imputación a aplicar, por regla general, en supuestos como el sub judice en los cuales el sindicado cautelarmente privado de la libertad finalmente resulta exonerado de responsabilidad penal en aplicación del principio in dubio pro reo, es uno objetivo basado en el daño especial —como antes se anotó—, no constituye óbice para que se afirme, que en determinados supuestos concretos, además del aludido título objetivo de imputación (...), **también puedan concurrir los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, por error jurisdiccional o por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia. En tales eventos, como insistentemente lo ha señalado esta Sala cuando el caso puede ser resuelto ora a través de la aplicación de un régimen objetivo, ora al amparo de uno subjetivo de responsabilidad, el contenido admonitorio y de reproche que para la entidad pública reviste la condena con base en este último título de imputación —además de la ilicitud del proceder de la misma entidad en el caso concreto— determina y aconseja que el fallo se sustente en la falla en el servicio y no el régimen objetivo que hubiere resultado aplicable.**"*

Con el anterior marco resulta diáfano asegurar que si bien tradicionalmente el título de imputación para abordar el estudio de la privación injusta de la libertad había sido el daño especial-responsabilidad objetiva, actualmente el análisis del título de imputación se realiza desde una óptica de lo subjetivo, como se desprende de lo sostenido por el Consejo de Estado al indicar que *"En efecto, la privación de la libertad, en estos casos, puede y debe darse con pleno acatamiento de las exigencias legales, pero, a la postre, si se dicta una providencia absolutoria, por cualquiera de los supuestos ya citados o por duda, **se trataría de una decisión legal que pone en evidencia que la medida inicial fue equivocada.** (...) En otros términos, es posible constatar eventos de privación de la libertad, en las cuales la detención del asociado encuentra fundamento constitucional y legal en un determinado momento, pero este desaparece cuando el ciudadano es dejado en libertad bajo las condiciones*

² CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA CONSEJERO PONENTE MAURICIO FAJARDO 17 DE OCTUBRE DE 2013, EXP. 23354 DEMANDANTE LUIS CARLOS OROZCO OSORIO

precisadas en la ley o, bien, porque se demuestra una clara falla del servicio al momento de librar la medida coercitiva.”³

El Despacho precisa que a partir de la expedición de la Ley 270 de 1.996 el examen de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se circunscribe a la determinación de “injusticia” y en consecuencia obliga al operador jurídico a estudiar las actuaciones de las autoridades competentes y del enjuiciado al momento de la privación tal y como se desprende de la reciente posición unificada del Consejo de Estado al respecto:

*“ Así las cosas y como al tenor de los pronunciamientos de esta Sala la privación de la libertad de **una persona puede ser imputada al Estado siempre y cuando ella no haya incurrido, bajo la perspectiva de lo civil, en culpa grave o dolo civil, es menester determinar si, a la luz del artículo 63 del Código Civil, la conducta de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal y si, por consiguiente, fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos.***

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

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

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

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio iura novit curia, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C CONSEJERO PONENTE: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ (E) BOGOTÁ D.C., VEINTISÉIS (26) DE FEBRERO DE DOS MIL QUINCE (2015) RADICACIÓN NÚMERO: 05001-23-31-000-1998-02662-01(37123) ACTOR: CAMILO ARTURO CADAVID RAMIREZ Y OTROS DEMANDADO: NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y RAMA JUDICIAL

acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello⁴.

En consecuencia, estima este despacho que el título de imputación corresponde al subjetivo, en donde será necesario estudiar si la conducta de la víctima influyó en el resultado, y si actuó con algún grado de culpa u dolo, analizado desde la óptica del derecho civil.

3.2.- Caso concreto

De conformidad con lo desarrollado en precedencia se abordará el estudio de sub lite a la luz del título de imputación de falla en el servicio, conforme con los planteamientos de responsabilidad efectuados por la parte actora a la entidad enjuiciada, y lo indicado en el marco jurídico y jurisprudencial, por tanto para que en esta instancia prosperen las súplicas de la parte demandante, deberá establecerse los siguientes presupuestos;

- El daño, lesión o perturbación a un bien protegido por el derecho.
- Una falla del servicio, por acción, omisión, retardo o ineficiencia del mismo.
- Un vínculo de causa efecto entre la falla y el daño.

a.- El Daño Antijurídico

Jurisprudencialmente, se ha entendido el daño antijurídico como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”*; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que *“el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación”⁵.*

En este orden de ideas, se tiene que el daño como elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, debe *“estar cabalmente estructurado, razón por la cual se torna imprescindible acreditar que satisface los siguientes requisitos: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, ii) debe lesionar un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) debe ser cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura. (...) como quiera que la antijuricidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, una vez verificada su existencia se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada; por tanto, le*

4 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Expediente: 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46 947).

5 Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945

corresponde al juez constatar el daño como entidad, como violación a un interés legítimo, valorar si es o no antijurídico y, una vez estructurado como tal, analizar la posibilidad de imputación o no a la entidad demandada. Si el daño no está acreditado, se torna inoficioso el estudio de la responsabilidad, por más que se encuentre acreditada alguna falla o falta en la prestación del servicio por parte de la Administración”⁶

Ahora bien, examinadas las pretensiones del libelo se advierte que el daño alegado se circunscribe a la privación de la libertad del señor Eider Fabián Zuarique Botero, que fue calificada de injusta.

En este contexto, al revisar el material probatorio para establecer el primer elemento de la responsabilidad, esto es, el **daño**, se observa que según la certificación expedida por el Asesor Jurídico del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC (fl.41 c.1) el señor Eider Fabián Zuarique Botero “permaneció privado de la libertad, durante el lapso comprendido entre el 22/08/2014 y el 26/05/2016, a quien se ha concedido la salida por: Sentencia Absolutoria, según boleta de libertad No. 007 expedida por Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá (Cunca-Colomb), por el delito: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS”

En este sentido, halla el Juzgado acreditado que quien funge como víctima directa en el medio de control de la referencia, fue privado de su libertad por aproximadamente 1 año, 9 meses y 4 días.

Lo relacionado en precedencia, permite tener por demostrada la existencia del daño, razón por la que procederá el despacho a establecer si el mismo es atribuible a la entidad demandada.

b.- De la falla en el servicio – nexos causal con el daño

Examinado el libelo introductorio, vale precisar que el proceso penal seguido en contra del señor Eider Fabián Zuarique Botero, objeto de estudio, fue tramitado a la luz de la Ley 906 de 2004, razón por la que se hace necesario citar los artículos referidos a la medida de aseguramiento que contemplaba dicha norma:

“ARTÍCULO 306. SOLICITUD DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. <Artículo modificado por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> 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

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015) Radicación número: 76001-23-31-000-2008-00974-01(38522) Actor: OMAR DE JESÚS CORTÉS SUÁREZ Y OTRA Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

Escuchados los argumentos del fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa, el juez emitirá su decisión.

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

La víctima o su apoderado podrán solicitar al Juez de Control de Garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esta no sea solicitada por el fiscal.

En dicho caso, **el Juez valorará los motivos que sustentan la no solicitud de la medida por parte del Fiscal, para determinar la viabilidad de su imposición**".

"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.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1760 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga" (Subrayado y negrilla fuera del texto)

La normatividad reseñada permite colegir sin mayores elucubraciones que la medida de aseguramiento privativa de la libertad consagrada en la Ley 906 de 2004 se encontraba autorizada por la ley siempre que, a petición de la Fiscalía General de la Nación, cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información legalmente obtenida se pudiera inferir razonablemente que el imputado fuera autor o partícipe de la comisión del delito.

Es de resaltar que no se allegó al plenario la totalidad del expediente penal, sino, las copias de las actas de audiencias celebradas, de la sentencia de primera instancia y copias en magnético de las distintas audiencias celebradas como la preliminar, acusación, preparatoria, de juicio oral y lectura del fallo.

Ahora bien, de las pruebas obrantes se evidencia que el 23 de agosto de 2014 el Juzgado Promiscuo Municipal de Cabrera con Funciones de Control de Garantías, legalizó la captura del señor Eider Fabián Zuarique Botero, formuló imputación y le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión en su contra como autor del delito de Actos Sexuales Abusivos con Menor de 14 años (fls. 12 a 14), teniendo en cuenta la denuncia interpuesta por la señora Yenny Constanza García, madre del menor D.A.G.G., con base en los siguientes argumentos (min. 06:04 a 8:03 cd. fl. 59. Grabación _1):

"...El día 20 de agosto de 2014 (sic), la Fiscalía solicitó ante el Juez Segundo Penal Municipal con Control de Garantías de esta ciudad, orden de captura en contra del señor Eider Fabián Zuarique Botero, quien se identifica con la cédula... pues conforme a los hechos, se le estaba indagando ahora va para investigación unos hechos acontecidos en esta ciudad donde el señor Eider Fabián Zuriaque (sic) Botero le practicó actos sexuales al menor D.A.G.G., para ésa época de 4 años, de hechos ocurridos el 3 de junio de 2013.

*...
Esa captura señora juez, se produjo ayer 22 de agosto de 2013 a eso de las 14:40 minutos de la tarde en la finca El Carmelo, Vereda Lagunas de Viotá- Cundinamarca, una vez que lo captura me informa el jefe del CTI el Dr. Arcesio que fue capturado y que a eso de las 6 y media estaría en esta localidad.*

*...
Conforme a la narración ofrecida conforme a la menor víctima, en este caso la señora Yenny Constanza García Muñoz, los hechos acontecieron para el medio día del 3 de junio del año 2013 en la Calle 5 No. 7E-71 Conjunto Paraíso de Pekín de esta ciudad, cuando el señor Eider Fabián Zuarique Botero le practicó actos sexuales al infante D.A.G.G de 4 años de edad, tales como tocamientos en sus partes íntimas y obligándolo a practicarle sexo oral. Esa es la situación fáctica y resumida de ese marco real histórico que nosotros venimos manifestando (...)"*

En dicha acta se plasmó lo siguiente:

"... el Despacho, luego de analizar los argumentos de uno y otro sujeto procesal, accedió a la petición de la Fiscalía y en consecuencia, decretó medida de aseguramiento privativa

de la libertad en Centro de Resolución en contra del imputado EIDER FABIAN ZUARIQUE BOTERO, ordenando librar boleta de detención al Director del Centro Carcelario INPEC de Fusagasugá, para el cumplimiento de la medida, decisión que se notificó en ESTRADOS a los intervinientes, sin recursos por parte de la Fiscalía, mientras que la defensa interpuso el de reposición y en subsidio el de apelación..." (fl. 14)

El 21 de noviembre de 2014, el Juzgado Penal del Circuito de Villeta procedió a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado defensor del imputado Eider Fabián Zuarique Botero sobre la decisión que impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, por las siguientes razones (min.16:45 a min. 49:01 cd. fl. 52)

"...Descendiendo al caso concreto, se tiene que el Fiscal del caso aportó como medios de conocimiento para soportar su pretensión, la denuncia que formuló la mamá del menor D.A. González García, señora Yenny Constanza García Muñoz las entrevistas de Yerson Muñoz Piñeros, Yanudi Omaira Sarmiento Arenas y Johan Alirio Luna Piza, así como las valoraciones sexológica y psicológica del infante.

*Así pues, **una valoración conjunta de esos medios de conocimiento, permite sostener que el menor D.A. González García primero ante Yerson Muñoz Piñeros luego ante su mamá, después ante Yanudi Omaira Sarmiento Arenas y una hija de ella y posteriormente ante una médica legista, mencionó que un señor de nombre "Fabián había tenido contacto sexual con él"**. En efecto, a Yerson le dijo que el citado lo ponía a chuparle el pene; a su mamá que no le había tocado el pene pero si la cola; a Yanudi Omaira que le manoseaba el pene y lo acurrucaba haciéndole levantar la cola y a la Dra. Ingrid Luciana Higuera Roncancio que le había tocado el pene. Como puede notarse, existen algunas variaciones, empero esto no significa necesariamente que el menor hubiera faltado a la verdad, ya que en todas las oportunidades ha señalado a "Fabián" el que vivía en su casa, es decir el imputado como aquel que le ha efectuado varios tocamientos con proyección libidinosa. Ahora bien, es cierto que en la valoración sexológica no se le encontró ningún vestigio físico de los abusos, empero esto de ninguna manera significa que los mismos, no hubiera sucedido como quiera que contactos sexuales como los descritos no dejan necesariamente huella. De otro lado, a pesar de que la mamá describió que el menor había presentado dolor en el ano, así como sangrado en la deposición, lo cierto es que esto había ocurrido un mes antes de presentar la denuncia lo cual permite entender por qué la médico legista no advirtió evidencia*

alguna que pudiera guardar relación con lo indicado. Al parecer esto tiene que ver con el episodio que narró Johan Alirio al momento en que el menor señaló que le estaba doliendo la cola precisando que "Fabián" le había aplicado una crema en la misma, situación que también fue mencionada por Yenny Constanza durante la valoración psicológica. Sea el momento de resaltar que en esta última auscultación el perito consignó en el informe las siguientes conclusiones:

"Examinado a la fecha D. A. González García no se detectan alteraciones en su funcionamiento global que sugieran la presencia de enfermedad mental, actual o previa ni aparecen antecedentes de ello en el expediente enviado. En cuanto a los hechos investigados y solicitados a este perito el examinado se encuentra en una etapa del desarrollo adecuada pero con dificultades con el lenguaje, lo que no permite realizar entrevista ni realizar conclusiones definitivas en las pruebas aplicadas excepto de la escala de valoración cualitativa que se evalúa con las respuestas de la madre. De igual forma no es posible establecer un testimonio claro y mucho menos de credibilidad o no del mismo, las dificultades en el lenguaje y la posible utilización de la onomatopeya durante la crianza del niño, hacen que la señora Yenny intérprete en muchas ocasiones lo que el niño quiere decir"

...

Al respecto sería bastante aventurado sostener que cinco personas distintas incluida una médico legista en contravía a la realidad, se han puesto de acuerdo para colocar de presente el señalamiento constante del menor hacia el señor Eider Fabián Zuarique Botero. A lo anterior se suma el hecho de que **ésta persona ni su defensor han presentado medios de conocimiento que permitan inferir que la indicación es falsa, lo cual abre campo a concluir que por el momento si existe la inferencia razonable de que aquel es autor del delito atribuido por el señor fiscal, es decir el descrito en el artículo 209 del Código Penal...**

...

Pues bien, nótese como el señor Fiscal cumplió el deber de exponer que en el presente caso se está frente a la comisión de un delito grave, toda vez que se trata de la interferencia en la sexualidad de un menor de escasos 4 años de edad, muestra de lo anterior, es que en los últimos años la pena para esta clase de comportamientos se ha venido aumentando considerablemente al existir mayor conciencia de que los menores de 14 años no tienen por qué vivir experiencias sexuales sobre todo con adultos, ya que esto redundaría en su proceso de crecimiento en cuanto a la modalidad cabe destacar que los medios de conocimiento sugieren que

Zuarique Botero no tuvo reparo en dirigir su apetito sexual hacia el hijo de una señora que le había permitido vivir en su residencia, rompiendo así los esquemas mínimos de convivencia...

...

Así pues, **surtido el juicio de suficiencia, adecuación y proporcionalidad, se concluye que la única medida que puede servir para contener el peligro de Zuarique Botero representa para la comunidad es la detención preventiva en establecimiento carcelario,** de manera que la decisión apelada será objeto de confirmación con las salvedades previamente efectuadas, lo anterior no es óbice para que el procesado y su defensor puedan allegar medios de conocimiento que acrediten con verosimilitud que el menor y sus interlocutores están faltando a la verdad, caso en el cual cabría ordenar la revocatoria de la medida de aseguramiento a las voces del artículo 318 del Estatuto Penal Adjetivo (...)"

A su vez, el 15 de febrero de 2016 el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá adelantó la audiencia de juicio oral, dentro de la cual se recibió la declaración de la señora Yenny Constanza García Muñoz, quien respecto de los hechos, indicó (min. 08:30 a min. 17:40 cd. fl. 56) :

"Primero que todo, él es familiar de una prima mía y pues muy allegado a la familia entonces yo le arrendé una habitación a él porque pues era muy allegado a la familia y todo porque me dio mucho pesar con él, porque la familia ni siquiera le dio la mano a él y yo soy una persona que pues tengo un corazón muy grande, a mi pues me dio pesar con él, le ayudé a conseguir trabajo a él y no entiendo la forma con la que él se metió con mi hijo... Bueno yo asistí a la Fiscalía porque mi hijo me dice "mami como le parece que Eider me hizo cosas a mí" y pues yo vine y asistí acá porque pues yo como voy a dejar las cosas así de que se me meten con mi hijo entonces esto para mí es muy duro... Yo tenía como mis sospechas, pero él le confesó todo, todo a mi primo, el día que mi primo fue a mi casa, él comentó, dijo Yenny como le parece que el niño me dijo que Eider le había hecho unas cosas al niño y dizque el niño se arrodilló dijo de por dios que por favor mi mami, le confesó a él y no entiendo por qué y le dijo que le había jalado el pipi, que se lo había cogido, que le había metido los deditos... y yo hablé con él y me dijo mami como le parece que Fabián se me metió a la cuna yo estaba durmiendo, yo me fui ido para la tienda y cuando yo llegue el niño estaba llorando, estaba la luz apagada y estaba atacado atacado llorando, entonces yo llegué Eider no estaba ahí, en ese momento él salió y se fue y me llegó la visita que es Johan Plaza, el testigo que se dio cuenta cuando el niño empezó a llorar, pero el niño era con ese miedo, y yo papi qué te pasó, entonces el niño lloraba y

lloraba mami, mami y me dijo Eider se me metió a la cuna yo estaba durmiendo y que le había metido los deditos, como la pijamita de él es térmica de cremallera, que se la bajó y empezó a meterle los deditos en la cola, yo fui y lo miré porque mi amigo me dijo, Yenny al niño le pasa algo llévelo al médico está como raro o serán parásitos qué es lo que tiene, pero nunca me imaginé o sea que fuera a pasar una cosa de esas, que se me metiera con el niño, entonces yo lo miré pero no caí en cuenta de llevarlo a medicina legal (...)"

Ahora bien, el 25 de julio de 2016 el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá del Distrito Judicial de Cundinamarca, profirió sentencia de primera instancia, en la cual resolvió absolver, por subsistir duda razonable, a Eider Fabián Zuarique Botero (fls. 29 a 39 c.1), bajo los siguientes argumentos:

"(...)

En el contexto de dichos requerimiento el juzgado encontró que contrario a la teoría propuesta, la Fiscalía no consiguió probar cada uno de dichos extremos procesales, que subyacen dudas insalvables y por ello se absolverá a EIDER FABIÁN ZUARIQUE BOTERO de los cargos de los que fue acusado.

Con relación a los hechos que constituyen la fuente de acusación el mismo instructor destacó que en el año 2013 esta persona sometió al menor D.A.G.G. de 4 años, a prácticas sexuales consistentes en manipulación del pene, introducción de los dedos en su parte genital y del pene en la cavidad bucal; y concluyó en sus alegaciones de cierre haciendo específica mención a lo que jurisprudencialmente se ha denominado "corroboración periférica", que el testimonio que ofreció este menor tuvo confirmación en las restantes pruebas que se practicaron.

...

*Analizado lo anterior y verificado el valor suasorio de la prueba recaudada en el juicio oral, este juzgado no comparte la conclusión del delegado Fiscal porque, contrario a su apreciación, justamente entre el relato del menor y los demás elementos que se allegaron, no hay un enlace armónico ni consistente y aunque este no es el caso que se plantea en la cita mencionada toda vez que el niño vino al juicio y las partes tuvieron la oportunidad de confrontarlo, **se evidencian vacíos notables que no permiten tener el convencimiento pleno de que existieron las acciones que se imputan al acusado.***

Jenny Constanza García Muñoz, madre del menor, afirmó que formuló la denuncia porque un primo le contó que su hijo le había confesado que EIDER FABIÁN quien residía en su vivienda "le había halado el pipí, lo había manoseado y le había metido los deditos"

Señaló que al hablar con D.A.G.G. le dijo que FABIÁN se le metió a la cuna, cuando estaba durmiendo, que le dijo "él me jaló el pipí hasta el techo, el pipí de él parecía una culebra" explicó que todo pasó en segundos una noche mientras salió a la tienda, que cuando llegó encontró al niño llorando y FABIÁN ya no estaba, que le miró la cola, pero no observó nada y tampoco sospechó. Que fue al cabo de 15 días cuando su primo le contó que interpuso la denuncia.

...

En ese contexto este despacho encuentra que las manifestaciones de D.A.G.G, por sí mismas no tienen capacidad de llevar al convencimiento de la existencia de las acciones vejatorias que se dice el acusado desplegó en su contra, pues como lo advirtió inclusive el representante de víctimas, hizo mención a diversas situaciones, entre ellas que manipuló su pene, que introdujo los dedos en su cola, que llevó el pene de él a su boca y también a la cola, sin embargo en ninguna de ellas se ubica en circunstancias de espacio o tiempo definidos, son manifestaciones planas que carecen de secuencia e ilación lógica y que adicionalmente presentan variación, es decir, en unas ocasiones hace mención por ejemplo a que "le metió el pipí en la cola" pero en otras no, siendo este un aspecto altamente relevante en casos como el aquí juzgado.

Compartiendo la apreciación del defensor se observa que los videos no son precisamente producto de la espontaneidad, sino escenas preparadas, claramente direccionadas en donde el niño protagonista reproduce un libreto aprendido, hecho que se hace manifiesto cuando no expresa ningún tipo de emoción, cuando pierde en algunos segmentos la secuencia, e inclusive pregunta si debe decir algo más, explica también que su creadora realizara varias grabaciones.

Debe anotarse que el paso del tiempo es un fenómeno que juega un papel importante en los procesos de rememoración y aquí hay que ver que se plantea que los hechos ocurrieron el 3 de junio de 2013, mientras que las grabaciones datan un año después, escenario en el que llama la atención que a pesar de haber transcurrido un periodo tan amplio, el niño no olvidara detalles como que su mamá le puso la pijama, que cerró la puerta, que había salido a la tienda a comprar huevos y leche, cabe incluso cuestionarse si a sus escasos 4 años estaba en capacidad de fijarse en ellos.

Distinto a lo planteado por el delegado Fiscal, el relato del menor D.A.G.G. no tiene confirmación en las restantes pruebas; el testimonio de Jenny Constanza García Muñoz igualmente merece crítica en la medida que sus afirmaciones no son homogéneas, la lectura que se hace de su declaración es que hizo una interpretación de lo que le pudo decir su hijo y su primo Jerson Muñoz Piñeros, sus afirmaciones no guardan correspondencia con lo

expresado por éste en el juicio donde nunca dijo que el menor le hubiera hecho una confesión sobre los actos que menciona, lo que dijo es que el niño pidió que se dejara practicar sexo oral e hizo una simulación a través de sus dedos, aduciendo que "FABIÁN se deja".

...

Los precedentes razonamientos evidencian deficiencias claras que determinan un cuestionamiento razonable acerca de lo que verdaderamente ocurrió, los motivos que pudieron convocar a JENNY CONSTANZA GARCÍA a denunciar que el acusado desplegó acciones de semejante naturaleza en contra de su hijo y frente a las cuales vaga decir, la Fiscalía sólo elevó cargos por aquellas relacionadas con tocamientos lascivos, a pesar de que durante el transcurso del juicio resaltó que el menor fue víctima de acceso carnal por vía oral, cargos sobre los cuales no hay claridad, según las razones ya expresadas.

En consecuencia **como no hay elementos suficientes que permitan establecer la ocurrencia cierta y concreta del hecho típico, no queda camino distinto al de proferir decisión absolutoria a favor de EICER FABIAN ZUARIQUE BOTERO** toda vez que como quedo visto los cargos que se le atribuyen no se sostienen con las pruebas recaudadas, **existe duda razonable e insuperable acerca de la existencia del delito mismo que no permite destruir la presunción de inocencia,** por lo cual debe resolverse de manera favorable en aplicación del artículo 29 de la Constitución Nacional, en armonía con el artículo 7º, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal (...)"

Encuentra el Despacho en primer lugar, que como se indicó con anterioridad, al presente proceso no se allegó copia completa del proceso penal No. 252906000657201300191-00, Int. 2014-0420, seguido en contra de Eider Fabián Zuarique Botero, por el delito de Actos Sexuales abusivos con menor de 14 años, sino, copias de los cd's de audios de las audiencias penales adelantadas dentro de dicho asunto.

Ahora, del material probatorio allegado, evidencia el Despacho que la causa penal en contra del señor Eider Fabián Zuarique Botero se adelantó como consecuencia de la denuncia que instauró la señora Yenny Constanza García Muñoz, en contra del primero, quien en su calidad de madre del menor D.A.G.G. indicó que había sido víctima de actos sexuales.

Es de aclarar, que no existe dentro del expediente copia de la denuncia realizada por la señora Yenny Constanza García Muñoz ante la Fiscalía General de la Nación, sin embargo de los audios examinados y de las audiencias celebradas dentro del proceso penal, es posible inferir que al momento de proferir medida de aseguramiento, dicha entidad contaba con los elementos probatorios y de la evidencia física recogidos en ese momento

era posible inferir que el señor Eider Fabián Zuarique Botero era autor o participe de la conducta investigada.

Cabe indicar que la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha señalado respecto al principio de presunción de inocencia, lo siguiente:

“(...)

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 388⁷ del Decreto 2700 de 1991, 356⁸ de la Ley 600 de 2000 e, incluso, el 308⁹ 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 dubio pro reo, pero nada de ello implica, por sí mismo, **que los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan**

⁷ “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...”.

⁸ “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...”.

⁹ “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 participe de la conducta delictiva que se investiga...”.

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 (...)”¹⁰.

Es así que, teniendo en cuenta la gravedad del delito y que se encontraba en riesgo la seguridad del menor D.A.G.G., evidencia el Despacho que la medida solicitada por la Fiscalía General de la Nación e impuesta por el Juzgado de Control de Garantías en contra del señor Eider Fabián Zuarique Botero era acorde a la evidencia física obtenida hasta el momento, como era la denuncia de la señora Yenny Constanza García Muñoz, madre del menor, la versión del primo Jerson Muñoz Piñeros, de la amiga de ella, Janudy Omaira Sarmiento Arenas y la valoración psicológica.

En vista de lo anterior, considera el Juzgado que no se le puede imputar responsabilidad a las entidades demandadas por el daño alegado, pues a pesar de que la parte actora calificó la privación de la libertad del procesado de injusta, carece de asidero, dado que la Fiscalía de conocimiento dio cumplimiento a su función constitucional al investigar presuntos hechos delictivos en los que apareció involucrado el citado demandante, y el Juzgado de Control de Garantías tuvo en cuenta la normatividad correspondiente para imponer la medida de aseguramiento en contra del señor Eider Fabián Zuarique Botero, sin tener la obligación de contar con plena prueba de la responsabilidad en esa etapa temprana del proceso, como lo señaló la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado referida en líneas anteriores.

Así las cosas, no es posible concluir que la privación de la libertad a la cual fue sometido el señor Eider Fabián Zuarique Botero pueda catalogarse como injusta, en tanto no existe en el plenario prueba que acredite que la Fiscalía General de la Nación o la Nación –Rama Judicial hayan incumplido y/o excedido el cumplimiento de los mandatos conferidos por la ley y la Constitución.

Aparte de lo expuesto, echa de menos el Despacho dentro del expediente, las pruebas documentales practicadas dentro del proceso penal, como por ejemplo, la denuncia instaurada por la señora Yenny Constanza García

¹⁰Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 15 de agosto de 2018, Exp. 46947 C.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Muñoz, la valoración psicológica realizada al menor D.A.G.G., el informe pericial de clínica forense, entre otras, que llevaron al Juzgado Promiscuo Municipal de Cabrera con Funciones de Control de Garantías a proferir medida de aseguramiento en contra del señor Eider Fabián Zuarique Botero y posteriormente al Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá a absolverlo por existir duda razonable de los cargos imputados.

Vale la pena recordar que le corresponde a la parte actora demostrar la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual que demanda, y es que conforme lo establecido en el artículo 167 de nuestro Estatuto Procesal *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran un efecto jurídico que ellas persiguen"*, luego es precisamente a la parte accionante, en el caso que nos ocupa a quien le correspondía demostrar que la privación de la libertad del señor Eider Fabián Zuarique Botero fue injusta, ya que la medida de aseguramiento privativa de la libertad no cumplió con los requisitos para ser decretada tal y como lo señala el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre la carga de la prueba, ha dicho el Consejo de Estado:

"La carga de la prueba, por regla general, se encuentra radicada en cabeza de la persona que pretende acreditar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (art. 177 C.P.C.) (...) Esta carga procesal parte de una lógica común, y es aquella según la cual si la prueba documental se encuentra en poder de las partes, lo práctico y eficaz – en términos de economía procesal – es que los sujetos procesales alleguen junto con sus respectivos escritos de demanda y contestación, respectivamente, todos los documentos – que se encuentren en su poder - y respecto de los cuales se pretenda un reconocimiento probatorio al interior de la litis (...)"¹¹

Así, no basta con alegar el derecho, debe demostrarse el mismo a través de los distintos medios probatorios existentes y reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, no basta con alegar el derecho, debe demostrarse el mismo a través de los distintos medios probatorios existentes y reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual según las imputaciones realizadas por la parte demandante, al no encontrarse establecido la ocurrencia de una falla en el servicio en relación con lo que se le endilga a la Nación – Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial, se denegarán las súplicas de la demanda.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera. Sentencia del siete (7) de febrero de dos mil siete (2007). M.P. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Exp. No. 17001-23-31-000-2005-00951-01(32805).

La responsabilidad de las entidades demandadas en el presente evento, no es objetiva, por lo que se debieron demostrar los 3 elementos axiológicos para obtener decisión favorable a los intereses de los demandantes, lo que no se hizo.

3.5. Costas y agencias en derecho

Según lo consagrado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 366 de C.G.P en su numeral segundo y las directrices del Consejo Superior de la Judicatura, se condenará a la parte demandante a pagar a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL y a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN las costas que se fijan en el cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Sesenta y Cuatro Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: NEGAR la totalidad de pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, y fijar como AGENCIAS EN DERECHO a favor de la parte accionada NACIÓN- RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, el **cuatro por ciento (4%)** de las pretensiones de la demanda negadas en la sentencia.

TERCERO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

CUARTO: La presente sentencia se notificará de conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la Ley 1437.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a la parte actora, si los hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ALVARO CARREÑO VELANDIA
JUEZ