



Bogotá, D. C, diez (10) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

JUEZ	:	Álvaro Carreño Velandia
REF. EXPEDIENTE	:	110013343-064-2016-00678-00
DEMANDANTE:	:	Gustavo Grass Araque y otros
DEMANDADO:	:	Nación – Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

SENTENCIA No. 101

REPARACIÓN DIRECTA

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.

I.- Antecedentes

1.1.- La demanda

El 18 de noviembre de 2016, el señor **Gustavo Grass Araque** en nombre propio y en representación de sus hijos menores **Duvan Alexander Grass Tarazona** y **Lizeth Andrea Gras Bernal**; **Estrella Araque de Romero**, **Eliseo Grass Araque**, **Mercedes Grass Araque** y **Yeny Andrea Bernal Hortua**, promovieron demanda a través del medio de control de **Reparación Directa** en contra de la **Nación- Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación**, a fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

Declarar que la **NACIÓN-RAMA JUDICIAL** y la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, son administrativa y patrimonialmente responsables por los perjuicios materiales, morales y daño a la vida en relación causados a la familia y al señor Gustavo Grass Araque al ser privado injustamente de la libertad el 17 de mayo de 2013 como consecuencia de la orden de captura de fecha 10 de mayo de 2013 hasta el día 21 de abril de 2015 con ocasión de la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Condenar en consecuencia a la **NACIÓN-RAMA JUDICIAL** y la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** al pago a cada uno de los demandantes, como

reparación del daño ocasionado los perjuicios de orden material, moral y daños a la vida en relación subjetivos y objetivados, actuales y futuros los cuales estimó en \$538.099.196 pesos.

Solicitó que la condena respectiva sea actualizada.

1.2.- Hechos de la demanda

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

-. El señor **Gustavo Grass Araque**, fue privado de su libertad el 17 de mayo de 2013, el mismo día se le adelantaron por parte del Juez 52 Penal Municipal con función de Control de Garantías las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, dentro de la cual se le impuso la detención preventiva en establecimiento carcelario.

-. Mediante sentencia del 21 de abril de 2015, proferida por el Juzgado 18 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, el señor Gustavo Grass Araque fue absuelto, de los cargos formulados por el ente investigador (acceso carnal abusivo con menor de 14 años) en aplicación de la presunción de inocencia y el principio de *in dubio pro reo*.

-. El demandante sufrió daños materiales, morales y daño a la vida en relación por la privación de la libertad durante 1 año, 11 meses y 4 días, al tener que suspender sus actividades diarias laborales y padecer los desmanes que generó la irregularidad de los entes estatales demandados.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.3.1. Parte demandada NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. (fls. 79-106.)

La entidad demandada **Fiscalía General de la Nación** en escrito de contestación manifestó que se oponía a todas y cada una de las pretensiones contenidas en la demanda.

Indicó que no existe ningún tipo de relación de causalidad entre la existencia del hecho (falla en el servicio) y los daños y perjuicios aducidos en la demanda.

La actuación del ente investigador se surtió de conformidad con la Constitución Política y disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no es ajustado a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ni mucho menos un daño antijurídico por privación injusta de la libertad.

Indicó que en el caso que se estudia se tiene sin lugar a dudas que la investigación en la cual se vio involucrado el señor Grass Araque tuvo origen en la denuncia presentada en el mes de enero de 2013 por el señor Arbey Vargas Ortiz, quien indicó que su hija ELM de 13 años de edad, el 10 de enero de 2013 le había contado que un mes antes, había tenido relaciones sexuales con el señor Grass Araque en una oportunidad, hecho que ocurrió en la casa que habitaban.

Por tal razón fue que se dio origen a la investigación penal en contra del hoy demandante, y por lo cual el 10 de mayo de 2013 se solicitó al Juez 14 Penal Municipal con función de Control de Garantías, que expidiera orden de captura contra el señor Gustavo Grass Araque.

Propuso como excepciones las siguientes: Hecho de la víctima y falta de legitimación en la causa por pasiva. La primera por cuanto en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, el implicado a través de su abogado no formuló ni sustentó en debida forma los recursos de ley contra esa decisión. Frente a la falta de legitimación señaló que con el nuevo régimen penal, la Fiscalía General de la Nación no impone medidas de aseguramiento, sino que esa labor le compete al Juez de Control de Garantías, luego no es viable decretar responsabilidad por una función que no tiene.

Contestación de la Rama Judicial (fl. 124-132)

Contestó por fuera del término legal, por lo que no se tendrá en cuenta.

1.4.- Trámite procesal

La demanda de la referencia fue presentada el 18 de noviembre de 2016 asignada a este Despacho, y a través de auto del 23 de febrero de 2017 por encontrarse reunidos los requisitos de los artículos 162 y 171 de la Ley 1437 de 2011 se admitió (fls. 65 a 67).

El 21 de noviembre de 2018, se celebró la audiencia inicial, en la cual se fijó el litigio en los siguientes términos: (fl 140-143)

"Determinar si el señor GUSTAVO GRASS ARAQUE fue privado de la libertad.

En caso afirmativo por orden de cual autoridad judicial, los motivos, la época desde y hasta cuando, y si fue detención intramural o de otra clase.

Establecer si dicha privación de la libertad fue injusta o no.

Determinar si se configuró algún eximente de responsabilidad a favor de las entidades demandadas".

En audiencia de pruebas realizada el 31 de enero de 2019, se practicaron las pruebas decretadas en audiencia inicial (fl. 170-172).

Por auto de fecha 13 de marzo de 2019 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión de forma escrita. (fl. 174)

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1. Fiscalía General de la Nación (fl. 176-183)

Indicó que la absolución del demandante no se dio con ocasión de la inocencia del imputado, sino por aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, que las pruebas debatidas en el juicio oral no le permitieron al fallador llegar a la certeza más allá de duda razonable sobre la ocurrencia del punible, y de contera, sobre la autoría y responsabilidad del demandante.

Dentro del caso que se analiza no se presentó falla en el servicio pues todo el proceso penal adelantado en contra del sindicato se ciñó a las ritualidades de la Ley 906 de 2004 vigente para la época de los hechos por lo que la actuación de la Fiscalía no fue contraria a derecho.

Que con la expedición de la ley 906 de 2004 a la Fiscalía General de la Nación se le quitaron las facultades de decidir sobre la libertad de los procesados a través de la medida de aseguramiento, dejando dicha facultad a los jueces de control de garantías, que hacen parte exclusiva de la Nación – Rama Judicial.

1.5.2. Nación Judicial-Rama Judicial

Adujo que la privación de la libertad adoptada por las autoridades judiciales solo puede calificarse como injusta, y el daño causado como antijurídico, cuando es abiertamente transgresora de las normas convencionales, constitucionales y legales que autorizan la restricción del derecho a la libertad.

Se trató de una investigación por delito sexual contra una menor de edad, respecto de los cuales el legislador ha establecido norma especial, contenida en el numeral 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2009, Código de la Infancia y de la Adolescencia, en la que por expresa prohibición no puede otorgarse al autor de delitos contra menores, el subrogado penal de suspensión condicional de la pena previsto en el artículo 63 del Código de Procedimiento Penal, por lo que la medida de aseguramiento debe ser intramural.

Concluyó que el proceso penal que se inició en contra del señor Gustavo Grass Araque con la medida de aseguramiento, el mismo fue consecuencia directa de la falsa denuncia del padre de la menor para afectar en sus derechos al hoy demandante, lo cual resultó ajeno e imprevisible para la Rama Judicial, dado que solo hasta la etapa de juicio oral se puede establecer que, dicha denuncia tenía otra causa.

1.5.3.- La parte demandante (fls. 184 a 188)

Hizo un recuento de los hechos que a su juicio se encontraban probados.

Sostuvo que el demandante Gustavo Grass Araque fue privado de la libertad, sin que existiera una inferencia razonable para imponer la medida, que tampoco se acataron los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, pues no se tenía valoración psicológica de la menor, ya que se rechazó de plano, se excluyó por cuenta del Juez 18 Penal del Circuito.

Indicó que la privación de la libertad del citado demandante no solamente le trajo perjuicios a éste, sino a todo su núcleo familiar, por lo que solicitó condenar a las demandadas patrimonialmente.

Hecho el recuento de lo acaecido en el plenario, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, se dicta la sentencia, previas las siguientes:

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia

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

2.2.- Planteamiento del caso

La parte demandante pretende se declare la responsabilidad de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL** por los perjuicios materiales, morales y daño a la vida en relación ocasionados a los demandantes con motivo de la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor Gustavo Grass Araque dentro del proceso penal No. 110016000019201300814-00, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado 14 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y al Juzgado 18 Penal del Circuito con función de Conocimiento, por la comisión de la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, declarándose finalmente absuelto de los cargos imputados por la Fiscalía. (fl. 53).

La parte demandada –Rama Judicial consideró que en el presente asunto se configura el hecho de un tercero, en razón que la víctima se retractó de su afirmación, toda vez que en etapa de juicio se descubrió que era mentira el hecho por medio del cual se dio la denuncia penal hecha por el padre de la menor.

Indicó que los Jueces de control de garantías obraron conforme al ordenamiento legal en el sentido de proferir la decisión que impuso la medida de aseguramiento al señor Gustavo Grass Araque, en cumplimiento de la normatividad que regula esa clase de medidas.

La parte demandada Fiscalía General de la Nación, sostuvo que la actuación de la entidad se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no era ajustado a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ni mucho menos un daño antijurídico por privación injusta de la libertad del señor Gustavo Grass Araque.

Que con el nuevo sistema penal, la Fiscalía General de la Nación no tiene como función la de imponer medidas de aseguramiento de detención preventiva, pues esa tarea es de los Juzgados de Control de Garantías, por lo que el ente instructor carece de legitimación en la causa por pasiva.

2.3.- Del problema jurídico

Determinar si le asiste responsabilidad patrimonial a las demandadas Nación –Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, por la privación de la libertad de que fue objeto el señor Gustavo Grass Araque.

Para resolver el problema jurídico se partirá de los siguientes:

2.4.- Hechos probados

De conformidad con las circunstancias fácticas y jurídicas del sub lite se advierte que, se encuentra probado dentro del plenario lo siguiente:

-. El señor GUSTAVO GRASS ARAQUE, fue denunciado por el señor Arbey Vargas Ortiz padre de la menor ELYM el 10 de enero de 2013, por el supuesto delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, como consta en los antecedentes de la sentencia de fecha 21 de abril de 2015. (fl. 27 C.1)

-. Como consecuencia de lo anterior, el señor Gustavo Grass Araque fue vinculado a una investigación judicial por el presunto delito acceso carnal abusivo con menor de 14 años, radicado con el No. 1100160000192-20130081400 en el Juzgado 14 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y Juzgado 52 Penal Municipal con Función de Control de Garantías. (fl 24-26 C.1)

-. El 10 de mayo de 2013 se solicitó por parte de la Fiscalía General de la Nación orden de captura contra el señor Grass Araque, ante el Juez de Control de Garantías. (fl. 24)

-. El 17 de mayo de 2013 se impuso la medida de aseguramiento intramural contra el señor Grass Araque, por cuenta del Juzgado 52 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá. (fl. 26)

-. El Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá profirió sentencia absolutoria contra Gustavo Grass Araque el 21 de abril de 2015 en aplicación al principio de in dubio pro reo y presunción de inocencia. (fl 27-45)

2.5. 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 están 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 señaló¹:

*"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 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*

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

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 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

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

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN 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 RAMÍREZ Y OTROS DEMANDADO: NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y RAMA JUDICIAL

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 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 o dolo, analizado desde la óptica del derecho civil.

Lo anterior toda vez que de las pruebas aportadas se encuentra que el encartado en el proceso penal fue privado de su libertad, por cuanto en el sentir del ente investigador, el mismo participó en la comisión del delito

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).

de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, lo que motivó que la Fiscalía solicitara ante el Juez de Control de Garantías, la respectiva orden de captura, de conformidad con el artículo 205 del Código Penal, y posteriormente formulara acusación en contra del señor Gustavo Grass Araque.

3. 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, de conformidad 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 del 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

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 antijuridicidad 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 corresponde al juez constatar el daño como entidad, como violación a un interés legítimo, valorar si es o no*

⁵ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

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

En el sub lite, las pruebas aportadas al proceso ponen en evidencia que el señor GUSTAVO GRASS ARAQUE fue privado de la libertad y recluido en el Establecimiento Penitenciario, el 17 de mayo de 2013, según consta en el acta de audiencia de legalización de captura obrante a folio 26 del cuaderno principal, siendo absuelto mediante fallo de fecha 21 de abril de 2015; igualmente se debe hacer claridad que, no obra dentro del plenario copia del audio y video de dicha audiencia por lo que no se puede saber las razones por las cuales se negó el recurso interpuesto por la defensa contra la decisión de imposición de medida de aseguramiento y tampoco la respectiva boleta de libertad librada por el Juzgado 18 Penal del Circuito de Conocimiento, quien absolvió al demandante.

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 11 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 las entidades demandadas.

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

Examinado el libelo introductorio, vale precisar que el proceso penal seguido en contra del señor Gustavo Grass Araque, 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 y su urgencia,** los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.*

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN 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

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 únicamente las copias del acta de audiencia preliminar, del formato de la orden de captura y de la sentencia de primera instancia (fls. 23 a 23 y 27 a 45).

Ahora bien, del escaso material probatorio se evidencia que el 10 de mayo

de 2013 el Juzgado 14 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantía de Bogotá, libró orden de captura N° 014-008 en contra del señor Gustavo Grass Araque identificado con cédula de ciudadanía 1.098.406.553 de Coromoro – Santander. (fl. 23-24)

Así mismo, que el 17 de mayo de 2013 el Juzgado 52 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá legalizó la captura del señor Gustavo Grass Araque, formuló imputación y le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado (fl. 26), teniendo en cuenta la denuncia interpuesta por el señor Arbey Vargas Ortiz padre de la menor ELVM y la declaración de la víctima ante la señora Eliana Villamil que la recibió en entrevista al momento de interponer la denuncia. (fl. 27-28 sentencia de primera instancia).

En el acta de la audiencia de legalización de captura, imputación de cargos y medida de aseguramiento se plasmó lo siguiente:

"EL DESPACHO CONFORME A LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY (ARTÍCULO 307, LITERAL A #1º, 313 # 2º DE LA LEY 906 DE 2004, ARTÍCULO 199 DE LA LEY 1098 DE 2006) IMPONE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO CONSISTENTE EN DETENCIÓN PREVENTIVA EN ESTABLECIMIENTO DE RECLUSIÓN AL Sr. (A) GUSTAVO GRASS ARAQUE, IDENTIFICADO CON LA C.C. N° 1.098.406.553 DE CHARALA (SANTANDER)

SE NOTIFICA EN ESTRADOS.
LA DEFENSA INTERPONE RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN.
EL DESPACHO DENIEGA LOS RECURSOS INTERPUESTOS POR INDEBIDA
SUSTENTACIÓN

El 21 de abril de 2015 el Juzgado 18 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá profirió sentencia de primera instancia, dentro de la cual se tuvieron en cuenta los elementos materiales probatorios y se decidió absolver al señor Gustavo Grass Araque en aplicación al principio de in dubio pro reo y presunción de inocencia, de conformidad con los siguientes argumentos (27-45):

"(...)

En cuanto a lo primero, debe destacarse que la menor hizo mención en su testimonio ante este Despacho acerca de una versión inventada por esta para terminar con una situación incómoda generada por las preguntas de su padre frente a una posible relación sentimental que aquella pudiera sostener con el señor GRASS ARAQUE en las fechas de enero de 2013, lo que le generaba temor frente a su padre y por lo que decidió según su dicho, construir las afirmaciones falaces respecto de una relación sexual ocurrida entre esta y el acusado.

(...)

Ahora bien, en cuanto al segundo planteamiento expuesto, aunque la perito legista explicó las razones por las que podría no encontrarse huella alguna de trauma en el cuerpo de la menor, lo cierto es que el Despacho no descarta la posibilidad de penetración en virtud de la elasticidad que presente el himen de ELVM, característica de la cual también podría desprenderse la integridad del mismo, sin embargo, la circunstancia de tener himen íntegro, no fue desvirtuada por parte de la delegada de la Fiscalía a pesar que la menor hiciera la manifestación expresa de haber tenido una relación sexual con el acusado, situación de la cual tampoco encuentra este Despacho soporte probatorio alguno que permita concluir que en efecto la relación sexual se dio.

(...)

Aunado a lo anterior, de las demás versiones escuchadas en juicio por parte de los testigos Arvey Vargas Ortiz y Edilfredo Vargas Ortiz debe indicarse que ambos hicieron alusión a una manifestación inicial que la menor ELVM les hiciera, respecto de una relación sexual sostenida con el señor GRASS ARAQUE, revelación a la que uno en calidad de padre y el otro en calidad de tío de la menor dieron toda credibilidad y de ahí que tomaran la decisión de denunciar al acusado ante la Fiscalía General de la Nación, circunstancias que en todo caso no constituyen un conocimiento directo sobre la ocurrencia de los hechos con lo cual tampoco resultan tales declaraciones suficientes para de ellas desprender certeza de que los hechos ocurrieron como inicialmente los describió la menor.

(...)

Tampoco pueden tenerse como probadas las afirmaciones realizadas por la apoderada de víctima, en tanto que las mismas versaron sobre el hecho de la existencia de contacto y comunicación entre la menor ELVM y el señor GRASS ARAQUE, pues entre otras cosas, quedó verificado que el acusado llamó a la menor a su celular, pero de ello no puede derivarse la ocurrencia de la situación fáctica traída por la Fiscalía, en las circunstancias de tiempo modo y lugar descritas en el presente evento, ya que dichos asertos, se repite, no cuentan con soporte probatorio alguno que demuestre a tal grado de certeza que la menor ELVM sostuvo una relación sexual con el señor GRASS ARAQUE, por tanto, los argumentos de la representación de la víctima al estar basados en suposiciones, carecen de sustento probatorio y no están llamados a prosperar. Es así como con base en lo expuesto, y ante las falencias presentadas por parte de la Fiscalía dentro del presente proceso, se desprende la imposibilidad de obtener certeza de la ocurrencia de los hechos en el presente evento, al presentarse dudas insalvables, no le queda otra decisión a esta Juzgadora que inclinarse por la absolucón, tal y como lo anunció en el sentido del fallo.

Es por todo lo anteriormente expuesto que se proferirá SENTENCIA ABSOLUTORIA a favor del señor GUSTAVO GRASS ARAQUE, en atención a que las pruebas debatidas en juicio oral no permitieron a esta funcionaria llegar a las certeza más allá de duda razonable sobre la ocurrencia del punible, y de contera, sobre la autoría y responsabilidad del procesado

frente al mismo, resultando así procedente la aplicación del artículo 7° del Código de Procedimiento Penal, esto es, los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo." (Subrayado del Despacho)

Encuentra el Despacho en primer lugar, que como se indicó con anterioridad, al presente proceso no se allegó copia completa del proceso penal No. 11001-60000-19-2013-00814, NI. 192977, seguido en contra de Gustavo Grass Araque, por el delito de Acceso Carnal abusivo con menor de 14 años, solamente copias del acta de audiencia de solicitud de orden de captura, acta de audiencia de legalización de captura, imputación de cargos y medida de aseguramiento y fallo de primera instancia (fls. 23 a 26 y 27 a 45).

Ahora, del escaso material probatorio allegado, evidencia el Despacho que la causa penal en contra del señor Gustavo Grass Araque se adelantó como consecuencia de la denuncia que instauró el señor Arvey Vargas Ortiz, quien en su calidad de padre de la menor ELVM indicó que había sido víctima de acceso carnal abusivo.

Es de aclarar, que no existe dentro del expediente copia de la denuncia realizada por el señor Arvey Vargas Ortiz ante la Fiscalía General de la Nación, sin embargo de las copias de las actas de audiencias preliminares y del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado 18 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá del 21 de abril de 2015, es posible inferir que al momento de proferir medida de aseguramiento, dicha entidad contaba con los elementos probatorios y la evidencia física recogidos en ese momento, era posible inferir que el señor Gustavo Grass Araque 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*

⁷ "Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliar 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...".

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 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 de la menor ELVM, evidencia el Despacho que la medida solicitada por la Fiscalía General de la Nación en contra del señor Gustavo Grass Araque e impuesta por el Juez de Control de Garantías era acorde a la evidencia física obtenida hasta el momento, como era la denuncia del señor Arvey Vargas Ortiz, padre de la menor, la del tío Edilfredo Vargas Ortiz, la valoración psicológica por parte de una agente del CTI que solamente hasta la etapa de juicio y el respectivo fallo de primera instancia, no se tuvo en cuenta por carecer ésta última de las condiciones profesionales para adelantar dicha entrevista.

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 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 Gustavo Grass Araque, sin tener la obligación de

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

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 Gustavo Grass Araque 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 y de otra clase practicadas dentro del proceso penal, como por ejemplo, la denuncia instaurada por el señor Arvey Vargas Ortiz, la primera valoración psicológica realizada a la menor ELVM, entre otras y las versiones recaudadas, que llevaron al Juzgado 52 Penal Municipal de Bogotá con Funciones de Control de Garantías a proferir medida de aseguramiento en contra del señor Gustavo Grass Araque y posteriormente al Juzgado 18 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá 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 Gustavo Grass Araque 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; pero, se reitera, no hay pruebas que demuestren las afirmaciones de la parte actora.

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

No es suficiente 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.

En consecuencia, 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 – Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, se denegarán las súplicas de la demanda.

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

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).

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

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

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



ALVARO CARREÑO VELANDIA
JUEZ

jdlr