



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, diez (10) de Diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Referencia: Reparación Directa
Radicado: 15238-33-33-002-2016-00281-00
Demandante: Milton Hernán Granados Ladino y Otros
Demandado: Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho decidir¹ de fondo el proceso de la referencia, mediante sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de reparación directa consagrado en el artículo 140 del CPACA, los demandantes abajo relacionados por intermedio de apoderada judicial, pretenden se declare administrativa y solidariamente responsables a la Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios materiales y morales generados con ocasión de la privación de la libertad del señor MILTON HERNÁN GRANADOS LADINO durante un período de 21 meses y 7 días (642 días) contados desde el 03 de agosto de 2011, sindicado del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años de edad (Art. 209 y 201 núm. 2 y 5 C.P.)

Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las entidades demandadas a pagar los perjuicios de orden material y moral, objetivos y subjetivos, actuales y futuros, que a continuación se relacionan.

Perjuicios morales Solicitan para cada uno de los demandantes, el monto que a continuación se indica, expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV)

DEMANDANTE	RELACIÓN CON LA VICTIMA DIRECTA	MONTO (SMMLV)
MILTON HERNÁN GRANADOS LADINO	Victima directa	100
CAMPO ELIAS GRANADOS MORENO	Padre	100
MARIA ISABEL LADINO GRANADOS	Madre	100
BRAYAN GRANADOS MARTINEZ	Hijo	100
CARLOS ARTURO GRANADOS LADINO	Hermano	50
GERMAN EDUARDO GRANADOS LADINO	Hermano	50
MARIA INES GRANADOS LADINO	Hermana	50

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

Perjuicios materiales en favor de MILTON HERNAN GRANADOS LADINO

Lucro cesante:

.- Por concepto de salarios dejados de percibir en su actividad de Oficial de Construcción (21 meses y 7 días) a razón de \$1.000.000 para un Total de \$21.233.331

.- Periodo para obtener un nuevo trabajo (8.4 meses o 35 semanas) \$8.799.999

.- Porcentaje de prestaciones 25% estimadas en un total de \$7.508.332

De igual forma solicita que la condena se actualice conforme al Art. 195 CPACA y la sentencia se ejecute de conformidad con los artículos 192 *ídem*.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que respaldan las pretensiones de la demanda, se pueden resumir de la siguiente manera (fl.6-8):

Indica la demanda que el señor MILTON HERNAN GRANADOS LADINO, fue privado de la libertad desde el día 3 de Agosto de 2011 por decisión del Juzgado Promiscuo de Nobsa, que dictó medida de aseguramiento de detención preventiva intramural, bajo la sindicación del delito de acto sexual con menor de 14 años, conducta agravada, previa acusación elevada por la Fiscalía 11 URI de Duitama.

Agrega que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama, mediante Sentencia de primera instancia del 16 de Agosto de 2013, absolvió al señor GRANADOS, decisión que fue apelada por la Fiscalía 10 Delegada y por el Agente Delegado del Ministerio Público, providencia confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo mediante providencia del 29 de enero de 2015.

Explica la demanda que el señor GRANADOS, percibía ingresos por valor de un millón de pesos mensuales como Oficial de Construcción, pero por la privación de libertad se generaron perjuicios de orden material derivados de la pérdida de su vinculación laboral y de orden inmaterial ocasionado por el sufrimiento y dolor propio y de los demás familiares que fungen en este proceso como demandantes.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Tunja por intermedio de apoderado dio contestación oportuna a la demanda por correo electrónico (Fls.88-102) y en medio escrito (fl.109-116) oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, indicando que las actuaciones del Juzgado con función de control de garantías y concreto la medida de aseguramiento de detención preventiva, fue solicitada previamente por la Fiscalía, que debe verificar que se cumplan los requisitos constitucionales y legales..

Manifestó que la medida de aseguramiento tuvo respaldo en los elementos probatorios, evidencia física e información lealmente obtenida que exhibió la Fiscalía, proceso penal que llegó hasta la etapa de juicio oral en virtud de la acusación presentada por la Fiscalía, no obstante las pruebas allegadas, no tuvieron la contundencia necesaria para establecer la responsabilidad penal del imputado e impartir sentencia condenatoria, proceso que cumplió con las ritualidades legales y la decisión se tomó con base en el ordenamiento jurídico.

Indican, que la medida privativa de la libertad fue adoptada por la autoridad judicial, con base en el Art. 199 de la Ley 1098 de 2009, por lo que el detenido no podía ser favorecido con los beneficios o subrogados penales que refiere la Ley 906 de 2004, situación que se enmarca en la eximente de responsabilidad de *fuerza mayor*, por el carácter irresistible e imprevisible del hecho puesto que el Juez no podía evitar la imposición de la medida, ni superar las consecuencias de la privación de la libertad.

Agrega que no existió nexo de causalidad entre las actuaciones y decisiones de los jueces penales que intervinieron en el proceso y el daño antijurídico reclamado por el demandante, por lo que no se estructuran los elementos de la responsabilidad de su defendida, no existe falla en el servicio, puesto que las decisiones de los jueces son legales dictadas con base en los elementos probatorios.

Propuso las excepciones denominadas “

1.-*Falta de causa para demandar*” en razón a que la medida impuesta a MILTON GRANADOS LADINO está permitida por el ordenamiento jurídico.

2.-*Falta de legitimación por pasiva*” toda vez que la labor probatoria y acusatoria compete de forma exclusiva a la Fiscalía General de la Nación, luego se trata del *Hecho de un tercero* quien imputó al demandante - con base en las pruebas legalmente obtenidas por esa entidad.

“3.- *Ausencia de nexo causal entre el daño alegado y la actuación de los jueces de la república*” en tanto la privación de la libertad del demandante fue decretada por el Juez con función de garantías, de acuerdo al imperativo legal; Propone la eximente denominada.

4.-*Hecho de un tercero*, explicando que la actuación penal se inicia por la denuncia que elevó la Comisaria de Nobsa, asumida luego por la Fiscalía General de la Nación, que llevó a la actuación del Juez, cuya decisión no provino del capricho o yerro, sino por el señalamiento que hizo directamente la víctima.

La **Fiscalía General de la Nación**, contestó de la demanda. (fl.121-135) se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda aduciendo que no se estructuran ninguna clase de responsabilidad por la entidad que representa, puesto que su actuación se surtió conforme a la Constitución Política, por lo que no es ajustado predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, puesto que obró como ente acusador como indica el Art. 114 de la Ley 906 de 2004 con base en el Art. 250 de la CP modificado por el Acto legislativo 003 de 2002 en cuanto a su función de adelantar la acción penal.

En cuanto al Art. 306 y 308 *ídem* indica que la solicitud de medida de aseguramiento de privación de la libertad, fue decidida por el Juez de control de garantías, fundada razonablemente en los elementos de prueba arrimados y cumpliendo los requisitos conforme al Art. 199 *ídem* y los presupuestos de la Ley de Infancia y Adolescencia en presencia de un delito de acto sexual con menor de 14 años.

Propuso las siguientes excepciones de mérito:

.- *Inexistencia del daño* moral y material, el cual no se encuentra probado derivado de la privación de la libertad del señor Milton Granados, sino que es mera conjetura según cita del Consejo de Estado del 29 de febrero de 2012 (21536) por lo que no hay lugar a reparación, explicando que la medida de aseguramiento es cautelar y amparada constitucionalmente para los fines procesales (Sentencia C-634/2000) que admiten la restricción de la libertad (Art. 296 I.906/2004)

.- *Cumplimiento de un deber legal*: La Fiscalía actúa dentro de la investigación del demandante conforme a sus deberes (Art.250 CP al 03/2002) en la cual no se configuró un defectuoso funcionamiento de la justicia, ni un error judicial, porque no puede pretenderse desde el inicio del proceso penal que se defina la responsabilidad del investigado.

.- *Falta de legitimación por pasiva*: indicando que la implementación de la medida de privación de la libertad, solicitada por la Fiscalía, rece en el Juez de control de garantías, quien con base en el análisis probatorio determina su procedencia, como reconoce el Consejo de Estado en sentencia del 18 de Abril de 2016 Exp.40217, 26 de mayo de 2016 Exp.41573, 14 de Julio de 2016 Exp.4276.

Solicita que se analice el *eximente de responsabilidad por causa exclusiva de la víctima*, en el que debe superarse el juicio autónomo de culpa grave o dolo de aquella, fundamentado en el Art. 90 CP y Art. 65, 68 y 70 de la Ley 270 de 1996, en la que se impone examinar la *responsabilidad civil y la sujeción de la víctima* a sus deberes y buena fe, bajo la premisa que nadie puede sacar provecho de su propia culpa o negligencia.

En caso de condena, solicita que se apliquen los parámetros de la Sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 28 de Agosto de 2014 en cuanto a los perjuicios morales y la Sentencia del 10 de febrero de 2010 (Rad. Interno 35417) por concepto de lucro cesante.

5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el 19 de Diciembre de 2016 ante la Oficina de Servicios Judiciales de Duitama (fl.68) y remitida por competencia territorial por el Juzgado 2 de Administrativo de Duitama al circuito de Sogamoso por auto del 19 de enero de 2019 (fl.68) correspondiéndole por reparto a este Despacho (fl.72).

La demanda fue admitida por auto de marzo 6 de 2017 (fl.74), notificada el 17 hogaño (fl.78-86) se corrió traslado por 30 días para contestar la demanda, atendido por la Rama Judicial con escrito recibido el 12 de mayo de 2017 (fl.87) y por la Fiscalía el 2 de mayo de 2017 (fl.121); se corre traslado a las excepciones durante los días 28, 29 y 30 de junio de 2017 (fl.161) con pronunciamiento fuera de término por la parte demandante según escrito radicado el 4 de julio de 2017 (fl.163-181).

Por auto del 31 de julio 2017 (fl.183) se tuvo por contestada la demanda por la Rama Judicial y Fiscalía y se cita para audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el día 25 de septiembre de 2017 (fl.186-188) en la que frente a la decisión que declaró la excepción de falta de legitimación por pasiva de la Fiscalía, fue apelada por la Rama Judicial, concediéndose el recurso en efecto suspensivo, al cual en escrito posterior adhiere la parte demandante (fl.190-195).

El recurso que fue desatado por el H. Tribunal Administrativo de Boyacá por auto del 21 de Febrero de 2018 con ponencia del Mg. José Ascención Fernández Osorio (fl.199-202) revocando la providencia, por lo que por auto del 16 de marzo de 2018 (fl.205) se fija fecha continuar con la audiencia inicial, finalizada el 18 de mayo de 2018 (fl.210-2012)

La audiencia de pruebas se realiza el 13 de Agosto de 2018 (fl.233-235) en la que luego de agotar el debate probatorio, se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, concediendo el mismo término al Ministerio Público para que rindiera concepto.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte **demandante** en escrito del 27 de Agosto de 2018 (fl.237-241) alega de conclusión indicando la responsabilidad del estado por las decisiones del Juzgado Promiscuo Municipal de Nobsa y la Fiscalía 11 URI de Duitama que en fecha del 3 de Agosto de 2011 privó de la libertad al Señor Milton Granados hasta el día 16 de Agosto de 2013 (*sic*), periodo en el que le fue imposible suministrar lo necesario a las personas a su cargo, por lo que se constituye la responsabilidad patrimonial del Estado señalada en el art. 65 y 66 de la Ley 270 de 1996 por error judicial, tal como sostiene el Consejo de Estado en varias citas jurisprudenciales Exp.12076 del 14 de marzo de 2012 y 11754 que explica el alcance del Art. 90 de la CP.

En Cuanto a la prueba recibidas por la Fiscalía señala que se cuenta únicamente con las afirmaciones del Policía Galindo y de la Comisaria de Familia de Nobsa, sin constarle nada porque se basan únicamente en las afirmaciones de la menor, por lo que bien lo expresó el Tribunal Superior de Santa rosa de Viterbo, se trata de una prueba de referencia con poder disuasorio limitado, requiriéndose de otros medios probatorios de convicción, tarea que no fue adelantada por la Fiscalía, que llevó a la aplicación del principio "*In dubio pro reo*" (Sentencia 11475 de 97/09/18) por inexistencia de pruebas sobre la responsabilidad del implicado, ordenándose la preclusión de la investigación, por lo que surge la responsabilidad del estado por la privación injusta de la libertad del Señor Granados, por lo que solicita que se declare la responsabilidad del estado y reconozca la indemnización reclamada.

La **Fiscalía General de la Nación** alegó de conclusión (fl.242-249) centrando su argumentación en las causales eximentes de responsabilidad de la entidad, indicando que el daño provino de una causa extraña, imputable al hecho determinante y exclusivo de un tercero o de la propia víctima, como se ha pronunciado el Consejo de Estado, al decir que el régimen de responsabilidad de privación de la libertad solo se estima completo, cuando se supera el juicio autónomo sobre la culpa grave o dolo de la víctima, el que se aprehende de forma independiente basado en el Art. 90 de la CP y Art. 65, 68 y 70 de la Ley 270 de 1996, no se encamina a controvertir las decisiones penales, sino la responsabilidad civil, la sujeción de la víctima a los deberes constitucionales y legales.

Explica que en caso de delitos sexuales, la tesis del Consejo de Estado sobre la responsabilidad objetiva del Estado ha sido modificada, imponiendo al operador judicial la obligación de valorar si para el momento en que se adopta la medida de aseguramiento se reúnen los presupuestos, indicando que no toda absolución genera automáticamente responsabilidad del Estado, en sentencia del 14 de abril de 2014 Exp.27414; sentencia del 2 de Noviembre de 2016 Exp.42726; Sentencia del 1 de Agosto de 2016 (Exp.42376), de donde concluye que la culpa es la conducta reprochable de la víctima por violación del deber de cuidado, al no prever los efectos nocivos de su acto o habiéndose previsto confiar imprudentemente en poder evitarlos; y reviste culpa grave el comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, al paso que el dolo es asimilado a la conducta realizada con intención de generar daño a una persona o a su patrimonio.

Finalmente reitera los argumentos de la contestación de la demanda en cuanto a la *inexistencia del daño*, por ausencia de prueba frente a las afectaciones familiares (Consejo de Estado Sent.26 de Febrero de 2012 interno 21536) por lo que no se debe reconocer el daño por mera conjetura y en cuanto a la *falta de legitimación por pasiva* de la Fiscalía insiste que la entidad no impone la medida de aseguramiento, sino el Juez de garantías por disposición de la ley 906 de 2004, por lo que los perjuicios no le son imputables, como sostiene la Corte Constitucional en Sentencia C-591 de 2015 y el Consejo de Estado, para lo cual cita varias sentencias de 2016.

La **Rama Judicial** no presentó alegatos finales y el **Ministerio Público** no rindió concepto en este proceso.

7. ASUNTO PREVIO

Por tratarse de un asunto en que se analiza la responsabilidad del estado por la privación de la libertad de una persona en contra de la cual se adelantó un proceso penal por un delito sexual en el que se involucra a un menor de edad en la época de los hechos, en desarrollo de esta providencia se tomaran medidas orientadas a impedir su identificación, respetando su derecho a la intimidad y dignidad, conforme a los Art.33 y 192 de la Ley 1098 de 2006.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si se configura la responsabilidad patrimonial de la Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación por los perjuicios materiales y morales reclamados por los demandantes con ocasión de la privación de la libertad del Señor MILTON HERNAN GRANADOS LADINO durante el periodo comprendido entre el 03 de agosto de 2013 al 15 de mayo de 2015 (**651 días**), quien fue vinculado a un proceso penal como presunto autor del delito de acto sexual con menor de 14 años, conducta agravada tipificada en los Art. 209 y 201 núm. 2 y 5 del Código Penal, por hecho ocurridos en el año 2010 en la ciudad de Sogamoso, proceso del cual fueran absuelto mediante decisión en firme.

Para desatar el problema jurídico planteado es necesario establecer si se encuentran acreditados los elementos requisitos de la responsabilidad y además verificar la presencia o no de eximentes de responsabilidad de *culpa de la víctima* susceptible de romper el nexo causal entre aquellos.

9. RÉGIMEN DE PRESPOSABILIDAD - TÍTULO DE IMPUTACIÓN

El artículo 90 de la Constitución Política, predica que el Estado es responsable patrimonialmente de los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas. Tal como ha sido definido por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado², la responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio.

Ahora bien, a nivel jurisprudencial el tema de la responsabilidad derivada de la privación injusta de la libertad no ha sido un tema pacífico, es así que el H. Consejo de Estado, a través de su Sección Tercera - encargada de definir en última instancia las problemáticas que se presentan de esta índole-, no ha mantenido un criterio uniforme y por el contrario en sus decisiones pueden identificarse varias etapas o líneas jurisprudenciales³, a saber:

Una primera etapa en la cual se dio aplicación a la *teoría subjetiva o restrictiva*, en la que se sostuvo que la responsabilidad por la privación injusta de la libertad tenía su fundamento en un *error judicial*⁴, esto es, por la ausencia de una decisión correcta, “conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso”⁵.

² Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero.

³ Las que se resumen en Sentencia de 2 de mayo de 2007, CP Mauricio Fajardo Gómez, Rad. 73001-23-31-000-1997-15879-01(15989). Reiterada en providencia de fecha 30 de marzo de 2012, CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. 66001-23-31-000-2004-00774-01(33238)

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 1 de octubre de 1992, Exp.: 10923.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 2 de mayo de 2005, Exp.: 15989.

En la segunda etapa, la Corporación señaló que la necesidad de probar la *falla o error judicial de la detención*, sólo era exigible en aquellos eventos diferentes a los contemplados en el artículo 414 del derogado Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal - CPP), puesto que en los casos contemplados en la referida norma, por virtud de la ley, existe la presunción que la privación fue injusta, bajo la premisa de la *responsabilidad objetiva del Estado*, esta línea ha quedado explicada en los siguientes términos:

“Una segunda línea jurisprudencial entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 (absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible) la responsabilidad es objetiva, por lo cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa. Se consideró, además que, en tales eventos, “la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad”, pero se precisó que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención. Nótese que la jurisprudencia encontró, en el artículo 414 del derogado C.P.P., dos preceptos. Un primer segmento normativo, previsto en su parte inicial, conforme a la cual “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios”, que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad del Estado por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual amerita su demostración bien por error o ilegalidad de la detención. La segunda parte de la disposición, en cambio, tipificaría los tres únicos supuestos (absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible) que, probados, daban lugar a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, o lo que es igual, no era menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad.”⁶

Una tercera etapa de la línea jurisprudencial reitera el carácter injusto atribuido por la ley a aquellos casos enmarcados dentro de tres supuestos antes mencionados previstos en el artículo 414 del derogado CPP y se establece que el fundamento de la responsabilidad del Estado en tales eventos derivaba de la *antijuridicidad del daño* sufrido por la víctima, en tanto que ésta no tiene la obligación jurídica de soportarlo²³ y no de la antijuridicidad de la conducta del agente del Estado.

De contera, una cuarta etapa que puede calificarse como “*amplia*” sostiene que la responsabilidad por privación injusta de la libertad va más allá de los tres supuestos normativos del mencionado artículo 414, por lo que la obligación de reparación surge cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria o preclusión de la investigación, incluyendo el evento del *in dubio pro reo*, responsabilidad estatal que se mantiene pese a que para la privación se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que si bien es cierto el Estado tiene el deber jurídico de investigar, es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho, vea limitado su derecho a la libertad para luego resultar absuelto del cargo imputado, como explica el alto Tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa en sentencia de 2013⁷, la cual se cita in extenso, para conocer cada variable analizada. Veamos:

2.3.2. (...)

Durante los últimos años la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha efectuado importantes desarrollos jurisprudenciales que evidencian una clara tendencia orientada a allanar el camino hacia la aplicación de un

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 4 de diciembre de 2007, Expediente 15498, CP Enrique Gil Botero.

⁷ Consejo de Estado en sentencia del 17 de octubre de 2013, Radicación No. 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354), CP Mauricio Fajardo Gómez

régimen objetivo de responsabilidad, en línea de principio, a supuestos en los cuales una persona se ve privada de la libertad por orden de autoridad judicial dentro de un proceso penal y posteriormente resulta exonerada de responsabilidad dentro de dicho plenario, particularmente cuando la aludida exoneración encuentra sustento en la duda que debe ser resuelta en favor del sindicado; en ese sentido se pronunció la Sala en sentencia del 4 de diciembre de 2006, en la cual se expresó que aunque la medida de aseguramiento se hubiere proferido con estricto apego a las exigencias y requisitos establecidos en las normas vigentes, la posterior absolución del procesado determina que, salvo que se acredite la concurrencia de una causal eximente de responsabilidad como el hecho exclusivo y determinante de la víctima, ésta no tiene el deber jurídico de soportar los daños que la detención le irroga, “[Y] esa consideración no se modifica por el hecho de que la absolución se haya derivado de la aplicación del multicitado principio “in dubio pro reo”, pues la operatividad del mismo en el sub júdice no provee de justo título -ex post- a una privación de libertad por tan prolongado período, si el resultado del proceso, a su culminación y de cara a la situación del aquí demandante, continuó siendo la misma que ostentaba antes de ser detenido: no pudo desvirtuarse que se trataba de una persona inocente”³².

(...)

En primer lugar, (...) se trata de un título de imputación o de un régimen de responsabilidad cuyo fundamento debe ubicarse directamente en el artículo 90 de la Constitución Política y no en un precepto legal, hoy derogado, como el contenido en el otrora vigente artículo 414 del Decreto 2700 de 1991; éste constituía un referente normativo cuya existencia bien puede decirse que contribuía a respaldar el análisis que debe realizarse respecto de la responsabilidad del Estado por el hecho de las autoridades jurisdiccionales bajo la égida del artículo 90 constitucional, pero dicho examen ha debido —en vigencia del citado artículo 414— y debe en la actualidad —incluso al amparo de lo normado por los artículos 65 a 74 de la Ley 270 de 1996, según más adelante se indicará—, centrarse en establecer si se ha producido un daño antijurídico, esto es, que la víctima no se encuentre en el deber jurídico de soportar y si el mismo resulta jurídicamente imputable a la acción o a la omisión de una autoridad pública —adscrita a la Rama Judicial, para efectos del tipo de eventos a los cuales se viene haciendo referencia—, únicos presupuestos a los cuales hace referencia el canon constitucional en mención.

(...)

De otro lado, como en anteriores oportunidades lo ha expuesto la Sala, resulta pertinente explicar por qué que no se requiere, ineludiblemente, la concurrencia de un error jurisdiccional o de una detención arbitraria u ordenada mediante providencia contraria la ley para que se pueda abrir paso la declaratoria judicial de responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona, puesto que a tal efecto lo único que se hace menester, atendiendo a lo preceptuado por el varias veces mencionado artículo 90 constitucional, es que se acredite la causación de un daño antijurídico a la persona privada de su libertad y que ese detrimento resulte imputable a la acción o a la omisión de la autoridad judicial respectiva.

Lo anterior resulta igualmente predicable de aquellos eventos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal del sindicado privado de su libertad se sustenta en la aplicación del principio *in dubio pro reo*, más aún si se tiene en cuenta que en la mayor parte de tales casos, lo que se apreciará es que las decisiones judiciales adoptadas dentro del proceso penal respectivo resultan rigurosamente ajustadas a Derecho. Empero, la injusticia de la privación de la libertad en éstos —como en otros— eventos no deriva de la antijuridicidad o de la ilicitud del proceder del aparato judicial o de sus funcionarios, sino de la consideración consistente en que la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar los daños que le irroga una detención mientras se adelantan la investigación o el correspondiente juicio penal pero que a la postre culmina con la decisión absolutoria o pronunciamiento judicial equivalente que pone en evidencia que el mismo Estado que ordenó esa detención no pudo desvirtuar la presunción constitucional de inocencia que siempre al afectado: antes, durante y después de los aludidos investigación o juicio de carácter penal.

(...)

d. Todos los argumentos hasta ahora desarrollados cobran mayor fuerza si se tiene en cuenta que tanto el fundamento como los intereses o derechos que se encuentran en juego en asuntos como el sub examine, radicado en cabeza de la persona preventivamente privada de la libertad mientras se surten la investigación penal o el correspondiente juicio, cuya absolución posteriormente se decide en aplicación del beneficio de la duda, corresponde, ni más ni menos, que a la presunción constitucional de inocencia, como garantía consustancial a la condición humana y de la cual, en este tipo de casos, el sindicado goza al momento de ser detenido, la mantiene durante todo el tiempo por el cual se prolonga su privación de la libertad y, en la medida en que nunca puede ser desvirtuada por el Estado, cuando se pone término, definitivamente, al procedimiento penal, la conserva incólume, de manera tal que, sin solución de continuidad, una persona a la que la Carta Política le atribuye y le ha mantenido, sin ambages, la condición de inocente, tuvo que soportar -injusta y antijurídicamente- quizás la más aflictiva de las restricciones a su derecho fundamental a la libertad.

(...)

h. En conclusión, si se atribuyen y se respetan en casos como el sub jure los alcances que en el sistema jurídico nacional corresponden tanto a la presunción constitucional de inocencia como al principio-valor-derecho fundamental a la libertad —cuya privación cautelar está gobernada por el postulado de la excepcionalidad, según se ha expuesto—, resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia al proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego absolver de responsabilidad penal al sindicado en aplicación del principio *in dubio pro reo*, haya sido un proceder ajustado o contrario a Derecho, en el cual resulte identificable, o no, una falla en el servicio, un error judicial o el obrar doloso o gravemente culposo del agente judicial, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, devendrá en intrascendente —en todo sentido— que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, se habrá irrogado un daño especial a un individuo.

Y se habrá causado un daño especial a la persona preventivamente privada de su libertad y posteriormente absuelta, en la medida en que mientras la causación de ese daño redundará en beneficio de la colectividad —interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias—, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad, a aquella persona en quien, infortunadamente, se concretó el carácter excepcional de la detención preventiva y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el tantas veces aludido artículo 90 constitucional.

(...)

Como corolario de lo anterior, es decir, de la operatividad de un régimen objetivo de responsabilidad basado en el daño especial, como punto de partida respecto de los eventos de privación injusta de la libertad —especialmente de aquellos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal tiene lugar en aplicación del principio ***in dubio pro reo***—, debe asimismo admitirse que las eximentes de responsabilidad aplicables en todo régimen objetivo de responsabilidad pueden —y deben— ser examinadas por el Juez Administrativo en el caso concreto, de suerte que si la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, determinan que el daño no pueda ser imputado o sólo pueda serlo parcialmente, a la entidad demandada, deberá proferirse entonces el correspondiente fallo absolutorio en punto a la determinación de la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado o la reducción proporcional de la condena en detrimento, por ejemplo, de la víctima que se haya expuesto, de manera dolosa o culposa, al riesgo de ser objeto de la medida de aseguramiento que posteriormente sea revocada cuando sobrevenga la exoneración de responsabilidad penal; así lo ha reconocido la Sección Tercera del Consejo de Estado.

(Subrayado fuera de texto)

Esta última postura jurisprudencial actualmente rige en la Sección Tercera del Consejo de Estado, como se verifica en reciente pronunciamiento del Agosto 15 de 2018⁸, en la que ratifica el contenido vertido en sentencia del 17 de octubre de 2013 (expediente 23.354)

Conforme a la jurisprudencia transcrita, cuando se demanda la indemnización de perjuicios por privación injusta de la libertad como título de imputación, el estudio de la responsabilidad debe efectuarse bajo el régimen de **responsabilidad objetiva** del Estado y se impone su declaración en todos los eventos en los cuales quien ha sido privado de la libertad es absuelto o se precluya la investigación a su favor, cuando en el proceso que dio lugar a la detención o restricción de la libertad, se determine lo siguiente: *i)* el hecho no existió; *ii)* el sindicado no lo cometió *iii)* la conducta es atípica; finalmente también es responsable el Estado por los daños ocasionados en virtud de la privación injusta de la libertad de una persona cuando es absuelta por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

En este orden de ideas, aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación a cargo del Estado de indemnizar los perjuicios que le fueren irrogados al particular, siempre que este no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos, lo cual puede ocurrir, cuando el hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima, da lugar a que se profiera en su contra la medida de detención preventiva.

Recientemente el H. Tribunal Administrativo de Boyacá⁹ en sentencia del 8 de Octubre de 2018, al resolver un caso en el que abordó la solución de un caso en segunda instancia sobre la responsabilidad del Estado frente a la privación de la libertad de una persona vinculada a un proceso penal por delitos sexuales, basada a su vez en sentencia de Octubre de 2017 proferida por el Consejo de Estado, providencia en la que señaló lo siguiente:

*Conforme la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, en su construcción normativa y jurisprudencia) ha pasado por varias etapas. La tesis imperante en la actualidad¹⁰ y que es la prohijada por esa Sección sostiene que se puede derivar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación), incluyendo el evento del *in dubio pro reo*, aunque para la privación se hayan cumplido todas las exigencias legales ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho vea limitado su derecho a la libertad para luego resultar absuelto del cargo imputado.*

Por tanto, dado que en un Estado Social del Derecho, la privación de la libertad solo debería ser consecuencia de una sentencia condenatoria, pues así lo establece el principio universal de la presunción de inocencia (art. 29 C.P.), en el evento de que el Juez de lo contencioso administrativo encuentre probado que el derecho fundamental a la libertad haya sido vulnerado como consecuencia de una decisión judicial, debe ordenar su reparación debido a que a la luz del artículo 90 Superior, tal hecho constituye un daño antijurídico.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), Sentencia del 15 de Agosto de 2018, CP Carlos Alberto Zambrano

⁹ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia del 8 de Octubre de 2018, Rad. 15238333300220140008502 con ponencia del Mg. Félix Alberto Rodríguez Riveros.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del **23 de octubre de 2017**. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 47981.

En la jurisprudencia en cita se señala además que, el artículo 68 de la ley 270 de 1996 dispone que "quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios," sin perder de vista que el artículo 70 de esa misma Ley prevé que "[el] daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado."

Sobre este particular, la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996 en sede del control abstracto de constitucionalidad de la ley estatutaria de administración de justicia, señaló que el citado artículo 68 contiene una sanción por el desconocimiento del deber constitucional de todo ciudadano de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95-7 C. P.), pues no sólo se trata de guardar el debido respeto hacia los funcionarios judiciales, sino que también se reclama de los particulares un mínimo de interés y de compromiso en la atención oportuna y diligente de los asuntos que someten a consideración de la rama judicial (...) y porque además, la norma bajo examen es un corolario del principio general del derecho, según el cual "nadie puede sacar provecho de su propia culpa.

*En cuanto a la causal eximente de responsabilidad de la **culpa exclusiva de la víctima**, ha sido entendida ésta por la jurisprudencia contenciosa como "la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado", y que, por esto, se releva de responsabilidad al Estado cuando la producción del daño se ha ocasionado con la acción u omisión de la víctima, por lo que ésta debe asumir las consecuencias de su proceder.*

Continúa la jurisprudencia en cita señalando que, en cuanto a la culpa grave, se ha entendido que esta no alude a cualquier equivocación, error de juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, sino aquel comportamiento que revista tal gravedad que implique "no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suele emplear en sus negocios propios", en los términos del artículo 63 Código Civil.

*Por lo anterior, concluye la jurisprudencia en cita con atinada razón, que **aunque el actuar irregular y negligente del privado de la libertad frente a los hechos que dieron lugar a la investigación penal y, por supuesto, a la privación de la libertad, o el comportamiento por él asumido dentro del curso del proceso punitivo no haya sido suficiente ante la justicia penal para proferir una sentencia condenatoria en su contra, en sede de responsabilidad civil y administrativa, y con sujeción al artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 63 del Código Civil, podría llegar a configurar la culpa grave y exclusiva de la víctima, y exonerar de responsabilidad a la entidad demandada.** (Negrilla original)*

Dicho de otra manera, que la parte demandante haya sido absuelta por la justicia penal, ello no quiere decir, per se, que se configure la responsabilidad patrimonial de la administración, pues debe revisarse la culpa del penalmente investigado, pues, pese a que su actuación no haya tenido la magnitud para configurar el delito endilgado en su contra, sí puede exonerar patrimonialmente a la entidad demandada.

10. DE LA EXISTENCIA Y DEMOSTRACIÓN DEL DAÑO

Si bien es cierto, el daño antijurídico como elemento indispensable para la configuración de la responsabilidad del Estado, tiene su origen prístino en la Constitución Política de 1991, también lo es, que la Carta no lo define en forma expresa, por lo que dicho concepto resulta ser particularmente indeterminado, de ahí que la definición más próxima ha sido elaborada a nivel jurisprudencial, entendiéndolo como aquel perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, es decir, es el menoscabo de las facultades jurídicas para disfrutar de un bien, ya sea patrimonial o extra-patrimonial.

En palabras textuales del Consejo de Estado¹¹, “El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “irrazonable,” sin depender “de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración”.

Valiéndose de diferentes posiciones doctrinales, el Consejo de Estado ha sido reiterativo al advertir, que el daño, a más de ser el primer elemento de la responsabilidad del Estado -como es obvio-, es un elemento imprescindible para la configuración de ésta, de tal suerte que “sin él, no hay lugar a declararla, por lo que en su ausencia, resulta inoficioso verificar si se halla o no demostrada la imputación del daño a la entidad demandada”¹²

Ahora bien, se encuentra debidamente acreditado la ocurrencia del daño antijurídico alegado por los demandantes, derivado de la privación de la libertad del señor MILTON HERNAN GRANADOS LADINO durante el periodo comprendido entre el 03 de agosto de 2011, fecha en que el Juzgado Promiscuo Municipal de Nobsa con función de control de garantías, dicta medida de aseguramiento privativa de la libertad, decisión que cobijó la legalización de captura realizada en esa misma fecha, situación que se mantuvo hasta el día 11 de mayo de 2013, cuando se produce su libertad, como certifica la Directora del establecimiento penitenciario y carcelario EPMSCRM de Sogamoso adscrito al INPEC (fl.227).

Es indudable que la privación de la libertad durante el periodo señalado, demuestra un daño cierto, determinado y susceptible de ser cuantificado, de ahí que se pueda afirmar con propiedad, la antijuridicidad del mismo y por ende, la existencia del primer elemento de la responsabilidad: *la existencia de un daño*, por lo cual antes de verificar sus componentes y tasación de perjuicios, es menester el raciocinio sobre juicio de imputación.

11. ANTIJURICIDAD DEL DAÑO

La reciente jurisprudencia en cita del 15 de Agosto de 2018 del Consejo de Estado¹³, explica ampliamente el espectro en el que debe analizarse la calificación de la *antijuricidad* del daño demostrado, ante la eventual configuración de las eximentes de responsabilidad del Estado, así:

Ciertamente, unas son las circunstancias en las que a la decisión absolutoria se arriba como consecuencia de la ausencia total de pruebas en contra del sindicado, lo que afecta, sin duda, el sustento fáctico y jurídico de la detención preventiva, pues no puede aceptarse de ninguna manera que, pese a la falta de pruebas o indicios, el Estado adopte la decisión de aplicar al investigado esa medida restrictiva de su libertad y le imponga efectivamente dicha carga y otras, en cambio, son las circunstancias que tendrían lugar cuando, a pesar de haberse recaudado diligentemente la prueba necesaria para proferir medida de aseguramiento y, luego, resolución de acusación en contra del sindicado, se concluye que no hay lugar a dictar una sentencia condenatoria. En punto a lo anterior, aun cuando, para acudir a la jurisdicción administrativa y reclamar la reparación de los perjuicios que se derivan de la privación de la libertad, no se puede prescindir del pronunciamiento que pone fin al proceso penal, la atención del juez se debe centrar en determinar si el daño derivado de la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva, esto es, la privación de la libertad, se mostró como antijurídico, toda vez que en lo injusto de ella radica la reclamación del

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2010, MP, Doctora Ruth Stella Correa Palacio, Ref. 1998-00088-01 (18425)

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947) Sentencia del 15 de Agosto de 2018, CP Carlos A. Zambrano – Citada,

administrado, al margen de cómo haya seguido su curso la correspondiente investigación y del sustento fáctico y jurídico de la providencia de absolución o de preclusión, según sea el caso, pues, se reitera, puede suceder que el caudal probatorio no tuvo la suficiente fuerza de convencimiento para llevar al juez a proferir una sentencia condenatoria, pero ello no da cuenta, per se, de que la orden de restricción haya llevado a un daño antijurídico.

De conformidad con lo anterior, como la indemnización se abre paso cuando se demuestra que la privación de la libertad del procesado fue injusta, podría no ser admisible, ni justo con el Estado -el cual también reclama justicia para sí- que se le obligara a indemnizar a quien ha sido objeto de la medida de detención preventiva cuando para la imposición de esta, se han satisfecho los requisitos de ley ni cuando a pesar de haber intentado desvirtuar la duda mediante la práctica de pruebas, no se ha podido obtener o lograr ese objetivo, es decir, cuando sobre el investigado persisten dudas acerca de su participación en el ilícito y, por lo tanto, también persisten respecto de lo justo o lo injusto de la privación de la libertad, caso en el cual, si el juez verifica que se cumplieron los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una persona, como aquellos de que tratan los ya citados artículos 28 y 250 constitucionales (inclusive este último después de la modificación que le introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002), las normas de procedimiento penal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mal puede imponer una condena en contra de este último.

(...)

En esa medida, comoquiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) “se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño.

(...)

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.

(...)

12. CASO CONCRETO

La demandada Rama Judicial propone a título de excepción la denominada **hecho de un tercero**, sustentado en que la actuación penal se inicia por la denuncia que elevó la Comisaria de Nobsa ante la Fiscalía General de la Nación, a partir de la cual se inicia la actuación del Juez, cuya decisión no provino del capricho o yerro, sino por el señalamiento que hizo directamente la víctima. Al respecto se advierte que dicho argumento corresponde en estricto rigor jurídico, a una causal eximente de responsabilidad.

La Fiscalía General de la Nación solicita que se analice el *eximente de responsabilidad por causa exclusiva de la víctima*, aduciendo que debe superarse el juicio autónomo de culpa grave o dolo de aquella, fundamentado en el Art. 90 CP y Art. 65, 68 y 70 de la Ley 270 de 1996, en la que se impone examinar la *responsabilidad civil y la sujeción de la víctima* a sus deberes y buena fe, bajo la premisa que nadie puede sacar provecho de su propia culpa o negligencia. Valga resaltar que en el capítulo que sigue se analiza la legitimación en la causa de esta entidad, sin embargo se cita este argumento, por cuanto es deber del Juez examinar la referida eximente, en el juicio de imputación de responsabilidad que se reclama del Estado.

De las pruebas recaudadas en esta actuación judicial, que se encuentra probado que en desarrollo del proceso penal adelantado en contra del aquí demandante MILTON HERNAN GRANADOS finalizó con su absolucón, bajo el argumento central que el ente acusador no logró desvirtuar el principio constitucional de presunción de inocencia, propio de nuestro sistema jurídico, en la medida que el acervo probatorio de fuente oral y técnico recaudado no logró el convencimiento de los falladores, en las dos instancias en que se tramitó el juicio oral, sobre la responsabilidad penal del acusado, en cuanto a la existencia de la conducta y su autoría

Tales supuestos fácticos investigados que en aplicación del principio *in dubio pro reo*, se decidió la absolucón del acusado, empero mientras se llegó a la decisión de primera instancia, el demandante referido, estuvo privado de su libertad hasta el día 10 de mayo de 2013, fecha en que se materializa la providencia con la boleta de libertad (*fl.53 del Anexo*), situación a partir de la cual se deriva el daño que se pretende indemnizar.

Para analizar la eximente indicada, se trae a colación lo esgrimido por el Honorable Consejo de Estado¹⁴ en el año 2016, en el que propendió por fijar reglas de interpretación y alcance de la referida eximente de responsabilidad en los siguientes términos:

(...)

Por un lado, difícilmente se puede pensar en un supuesto en el que la actuación de terceros se dé de un modo totalmente ajeno al funcionamiento del sistema penal. Por el contrario, la mayor parte de casos en los que se alega el hecho del tercero en el contexto de los procesos por privación injusta de la libertad tienen que ver con la “inducción al error” por parte de otras autoridades e incluso de testigos que, voluntaria o involuntariamente suministran información incorrecta o la alteración dolosa de las pruebas. Sin embargo, estas circunstancias no pueden calificarse como

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de octubre de 2016, rad. 41.167, sentencia del 21 de septiembre de 2016, rad. 40.352, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1º de agosto de 2016, rad. 43.499, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de julio de 2016, rad. 40.608, M.P. Guillermo Sánchez Luque, entre otras.

impredecibles o irresistibles para los operarios de la justicia a cuyo caso se confía el juicio o la investigación, requisito imprescindible para la eficacia de la excepción del hecho exclusivo y excluyente de un tercero.

(...)

Justamente por el origen humano y, por ende falible, de las fuentes de acceso al conocimiento de los hechos, se impone al investigador o el juzgador un deber reforzado de analizar rigurosamente las pruebas, de acuerdo con las exigencias de la sana crítica. El escrutinio del juez debe dirigirse justamente a identificar las posibles falencias y a evaluar su grado de fiabilidad. Por lo anterior, la aceptación de la exoneración por hecho de terceros, en eventos en los que se demuestre que la decisión se tomó con fundamento en una prueba que no resultó del todo veraz, es tanto como eximir al juez (κριτής, crítés), de la carga de juzgar con criterio. Esto es lo mismo que aceptar que el juez deje de ser juez.

(...)

Lo anterior no significa que el hecho de la víctima, cuando reviste la connotación de gravemente culposo o doloso, carezca de efectos respecto de la declaración de la responsabilidad estatal, pues por expresa disposición legal (art. 414 Decreto Ley 2700 de 1991, en su parte final y art. 70 de la Ley 270 de 1996) y por exigencia de los principios constitucionales contenidos en los artículos 83 y 95, así como en virtud de los preceptos milenariamente aceptados de vivir honestamente (honeste vivere) y no hacer daño a los demás (naeminem laedere)¹⁵ se impone la imposibilidad reconocer indemnización a quien ha obrado con culpa grave o dolo. Se insiste, sin embargo, en que la razón por la cual la culpa grave o el dolo del agente se estimen jurídicamente relevantes, no radica en su aptitud para desvirtuar el nexo causal (tratándose simplemente de una causalidad indirecta) sino en razones de proporcionalidad y de interpretación armónica de los preceptos constitucionales, las que en todo caso hacen evidente la autonomía del juez de la responsabilidad de cara a las decisiones adoptadas en el marco de la investigación y causa penal.

En el caso concreto se observa que en la causa penal llevada en contra del señor MILTON GRANADOS las pruebas de la presunta responsabilidad penal no fueron formalmente suficientes para llegar a la certeza del Juez de conocimiento, lo que condujo a un fallo absolutorio, en razón a la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia consagrada por la norma superior, decisión asumida en aplicación del principio *in dubio pro reo*, por lo que a partir de este aspecto, se analiza las consecuencias que derivan de la responsabilidad civil, puesto que desde la vista penal no es viable, ni constitucional, mantener la discusión.

En este caso se encuentra acreditado que el Juzgado Promiscuo Municipal de Nobsa con función de control de garantías, en audiencia celebrada el día 03 de Agosto de 2011, por solicitud elevada por la Fiscalía 11 URI de Duitama, luego de verificar el acta de captura y que no le fue violado derecho fundamental alguno, declaró la legalidad de la captura del señor MILTON HERNAN GRANADOS LADINO, la cual se mantuvo con la formulación de imputación del ente acusador en calidad de autor a título de dolo, del delito tipificado en el Art. 209 y 211 núm. 2 y 5 del CP de “*actos sexuales con menor de 14 años, agravado*” por lo que impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad conforme al Art. 307 del CPP en atención a los medios de prueba arrojados y la necesidad de hacer prevalecer los derechos de la menor víctima, a fin de evitar nuevas situaciones que afecten su salud y su desarrollo personal, familiar y social, como se consigna en la respectiva acta (fl.25-27)

¹⁵ Digesto, 1,1,10.

Ahora bien, conforme a la Sentencia proferida el 16 de Agosto de 2013 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama (fl.31 al 47 del Anexo 1) por la cual se dispuso absolver al Señor Milton Granados de los delitos que le fueron imputados, varias veces reseñados y por los cuales se mantuvo privado de la libertad, es menester citar algunos apartes de la providencia, para luego emitir el valor probatorio que desde esta vista se desprende, no como un juicio posterior sobre la decisión judicial, sino con el fin de valorar de forma integral las pruebas arrimadas relacionadas con el acontecer procesal y fáctico.

En este orden, la providencia de absolución, resalta las siguientes pruebas que sustentan el escrito de acusación de la Fiscalía:

En cuanto al testimonio recibido a la Dra. AGELA BARRERA, quien para la época de los hechos (2011) funge como Comisaria de Familia de Nobsa y quien informa a la Fiscalía General de la Nación, por lo cual se inicia la acción penal, pero además es quien acompañó a la menor a la entrevista que le practicó la Policía Judicial, dio la orden de valoración por sexología de ella, indicando que la madre no estaba en capacidad de acompañar y además no fue posible ubicar al padre; además adelantó la actuación de restablecimiento de derechos (Junio y Julio de 2011) caso en el cual se envió a la menor a un centro de emergencia (Fundación CRESER) donde se brindó apoyo psicológico.

Testimonio de LILIANA RUIZ, médico, y SONIA LIZARAZO, psicóloga, ambas adscritas al Instituto de Medicina Legal, emite dictamen sexológico y psicológico respectivamente, a partir del cual no se descarta que la menor haya sido víctima de abuso sexual; NELCY GUIO psicóloga de la Comisaría de Familia de Nobsa concluye que la menor puede ser víctima de abuso de su padrastro.

Respecto de los testimonios de MONICA PEREZ, adscrita a la fundación CRESER, en calidad de Coordinadora de atención interdisciplinaria de la menor indica que no la atendió directamente, NANCY MORA, profesora del Centro Juvenil Campesino de Nobsa donde estudiaba la menor, indica que fue quien puso en conocimiento del Rector, el caso de abuso que le comentó la menor, sin señalar en qué consistía el mismo. El Patrullero Yerson Galindo, se encargó de recibir la denuncia penal de la Comisaría de Familia y presenció la entrevista a la menor, quien siempre estuvo llorando.

En cuanto a las pruebas de la **defensa**, resalta la providencia que fue recibido el testimonio de la menor JKMM, quien indica que fue presionada por la Defensora de Familia Dra. Elizabeth Alba, que si bien fue maltratada por su padrastro, reconoce que está preso por una mentira en relación con el abuso sexual. Agrega que se recibe el testimonio de MARIA FAJARDO, quien indica conocer a la menor hace más de 10 años porque fue docente de ella y la califica como agresiva y mentirosa y refiere que MILTON GRANADOS, es la figura paterna de la menor.

La providencia resume la acusación de la Fiscalía, apoyada por el Ministerio Público, quienes solicitan la condena del acusado MILTON GRANADOS, indicando que las pruebas arrimadas son suficientes para determinar su responsabilidad y autoría del delito de *acto sexual con menor de 14 años*, conducta que causó trastornos a la menor JKMM, indicando que tales hechos se encuentran acreditados con el testimonio de Nancy Mora (Profesora de la menor), con la actuación de la Comisaría de Familia que realizó el procedimiento de restablecimiento de derechos de la menor y la misma entrevista realizada a la menor sobre los tocamientos a la que fue sometida por su padrastro (acusado) y la valoración psicológica practicada, explicando al final que la menor fue presionada por la familia del acusado para que se retractara de la denuncia, desconociendo que la entrevista fue ratificada en otra oportunidad procesal.

En contraste, la defensa plantea que la Fiscalía no logró desvirtuar la presunción de inocencia de su defendido, indica que la entrevista no contó con el consentimiento informado del representante legal, señala del dictamen sexológico no demuestra que la madre estuviera en estado de shock.

Ahora bien, el Juez que adelantó el juicio oral y dicta la sentencia absolutoria, señala que la única prueba *directa* deviene de la entrevista realizada a la menor KYMM, en tanto que las demás (Psicóloga de la comisaría y del Patrullero) son prueba de referencia con poder suasorio limitado, indicando que nada les consta sobre la ocurrencia de la conducta penal investigada, por lo que aquellas pruebas previas recolectadas deben ser aducidas durante el juicio oral, así si un testigo se retracta o modifica su versión en esta etapa, el interesado puede impugnar su credibilidad, argumentos que lo llevan a colegir que la Fiscalía no solicitó el testimonio de la menor en el juicio, pese a que estuvo en el desarrollo del proceso, además indica que el dictamen médico legal de sexología no permite descartar, ni confirmar maniobras sexuales, siendo además ilícita porque no medio el consentimiento informado de representante legal de la menor y porque no se probó que la situación emocional de la madre impidió otorgar su consentimiento. Agrega que la menor en el juicio oral, rechaza de forma serena que los hechos hayan ocurrido, resquebrajando el convencimiento más allá de toda duda razonable del juzgador, sobre la existencia del delito y la responsabilidad del acusado.

Argumenta que no se puede afirmar la inocencia de MILTON GRANADOS, pero tampoco que no lo sea, lo que genera *in dubio pro reo*, pues la Fiscalía no desplegó sus funciones investigativas, así los testimonios son insulares e incompletos porque no están respaldados por otros elementos de convicción, resaltando que aunque la jurisprudencia diga que a la menor hay que creerle, es muy grave el riesgo de condenar a un inocente, por lo que considera que es posible que la menor se haya valido de una mentira como venganza contra su padrastro por los maltratos que le impartía, decidiendo absolver al acusado y además compulsar copias ante la Fiscalía y Consejo Superior de la Judicatura contra la Defensora de Familia MARIA E. ALBA porque al parecer ejerció presión indebida sobre la menor.

En este punto, este Despacho Judicial se aparte de los razonamientos esbozados por el Juez de conocimiento penal, puesto que su argumentación se hila en descalificar por cuestiones meramente formales los elementos de prueba recolectados en la etapa investigativa, proponiendo barreras de carácter legal, que si bien constituyen las bases del principio de legalidad dentro del sistema penal, desconoce contenidos que desde esta vista, son infranqueables. En efecto descalifica la prueba científica (sexología) por ausencia de su consentimiento informado para su práctica, pero obvia situaciones probadas, la primera que la madre de la menor, señora LUZ MILA MARTINEZ, no admite los maltratos a los que su compañero sentimental la sometía, dos, que tilda a su propia hija de ser mitómana y cleptómana, por situaciones que los niños inquietos o curiosos en ocasiones realizan, pero desconociendo que tales conductas son inimputables penalmente, es decir que no pueden ser objeto de juicio legal; tres, se obvia que la menor manifestó que su madre no le creería que tales hechos (vejámenes según la descripción) ocurrieran, es más, el Juez no supo si tales hechos no ocurrieron (manifestó que no se infirmaron, ni se comprobaron); quinto, se obvia que para la recepción de las entrevistas de la menor hubo acompañamiento de funcionarias calificadas: Comisaria de Familia de Nobsa ANGELA BARRERA y la psicóloga de esa dependencia NELCY GUIO, cuyos testimonios fueron calificados como prueba de referencia, aunque el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, corrigió dicho yero, indicando que son prueba directa, puesto que las testigos acudieron al juicio oral y ratificaron sus dichos.

No es de recibo que la vista penal, pase desapercibido que fue probado en el proceso que la menor JKMM fue presionada, o en palabras de este juzgado, la menor fue inducida por la familia del acusado y por su propia madre (llamada) para que se retractara, personas a las que tampoco les consta si la menor padeció o no tales conductas aberrantes; quinto, no es de recibo que se le dé absoluta credibilidad a la última versión de la menor rendida en juicio oral penal (transcurridos dos años) y se le reste toda credibilidad a las entrevistas iniciales, recaudas en la etapa de investigación penal a partir de la cual se dicta la medida cautelar de privación de la libertad

La providencia analizada y criticada desde esta vista de la responsabilidad, desecha pruebas como los testimonios de la médica LILIANA RUIZ y de la psicóloga SONIA LIZARAZO, ambas adscritas al Instituto de Medicina Legal, quienes emiten dictamen técnico propio de su profesión, quienes no descartan que la menor haya sido víctima de abuso sexual, en cambio prefirió darle fuerza de convicción a la prueba aducida en el juicio oral, que indica que al parecer la menor mintió y creo una fantasía en torno a los hechos narrados inicialmente, producto eso sí, del sentimiento de rencor generado por los castigos que le propinaba MILTON GRANADOS a la menor JKMM.

En efecto, el Juicio oral adelantado durante los días 6, 7 y 8 del día mayo de 2013, en el cual se agotan las formalidades propias reguladas en la Ley 906 de 2004, pese a que no se cuenta como prueba con los registros de audio y video, de una parte lo informa la notificación del auto que fija fecha con tales fines (fl.53) y lo confirman los jueces de la causa dejan constancia que a este, asistió la menor KJMM, como es plasmado en la sentencia penal de segunda instancia (fl.113 del Anexo), declaración a partir de la cual se construye la duda, sobre la cual se cimienta a su vez la decisión de absolver al investigado.

Desde la vista de la responsabilidad civil, la cual compete en este escenario examinar, no puede asumirse como la verdad absoluta del acontecer, la declaración que formalmente y por intermedio de entrevista, rindió la menor durante la etapa del juicio penal, en la cual ya se resaltó que la menor KJMM se retractó de la narración inicial que hizo sobre: los abusos a los que fue sometida por parte de su padraastro MILTON GRANADOS, puesto que de manera incomprensible, pero amparado en las formalidades y ritualidades del proceso penal, el fallador considera como válida únicamente la versión rendida en esta etapa, porque en apariencia la conducta tranquila y consciente de la menor permite inferir que tales hechos fueron producto de la invención de la menor, empero no tiene en cuenta que los hechos investigados tuvieron ocurrencia en el año 2010 y dicha práctica probatoria se realiza en mayo de 2013, es decir transcurridos tres años, sin que se hubiere allegado pruebas del seguimiento y tratamiento psicológico dado a la menor (víctima) a fin de verificar si tales hechos tuvieron ocurrencia o no, o si los mismos causaron alguna alteración en su psiquis, menos aún se constata si la menor se retracta de sus dichos en acto de nobleza y perdón, producto de su propia aflicción o cualquier otro sentimiento o trastorno que pudiera influir en la decisión, sino que la providencia se limita a desechar las entrevistas iniciales recibidas durante la etapa de acusación e investigación penal, lo cual no se comparte.

Tampoco esta instancia desconoce que la providencia penal fue objeto de recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía 10 y el Ministerio Público, el cual fue decidido mediante sentencia del 29 de enero de 2015 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo (*Continuación Anexo 1*), empero no se comparte la conclusión a la que llega para confirmar sentencia de primera instancia, basada en los siguientes argumentos:

Luego de hacer un relato sobre los hechos objeto de la actuación procesal penal y los antecedentes del mismo, cita la sentencia impugnada y los argumentos de los apelantes que se centran en los cuestionamientos a las pruebas por parte del juzgado de primera instancia, enfatizando que la menor hizo un relato claro de situaciones muy específicas de las que fue víctima por su padrastro, como toma de fotos desnudas y las amenazas a prostituirla, la obligaba a bañarse en su presencia y le restregaba la vagina, dice el Ministerio Público y agrega la Fiscalía que las pruebas fueron recaudadas legalmente y sometidas a contradicción, indicando que es erróneo el grado de credibilidad dado al testimonio de la menor, quien fue sometida a retractación provocada.

Señala que sigue los derroteros de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para llegar a la certeza, se requiere que no haya incredulidad derivada de resentimiento o rencor hacia el agresor, que la versión sea confirmada y la persistencia en la incriminación no debe tener ambigüedades, para sustentar que la menor KJMM dio a conocer el hecho en julio de 2011 ante su profesora NANCY MORA, contando que era abusada por su padrastro, hechos por los cuales la Comisaría de Familia inicia proceso de restablecimiento de derechos de la menor contra LUZ MILA MARTINEZ y otro, dictando medida de ubicación de la menor en el Centro de Emergencia (fundación CRESEER) y desalojo de la vivienda a MILTON HERNAN y se remite copia a la Fiscalía, se adelanta entrevista y examen por Medicina Legal, prácticas acompañadas por la Comisaria de Familia, siendo ella la garante de los derechos de la menor porque no se contó con el consentimiento informado de la madre, a quien precisamente se le inició el procedimiento indicado, ni del padre porque no se logró ubicar.

Analiza las versiones rendidas por la menor, entrevista del 15 de julio de 2011 ante la psicóloga de la Comisaria de Familia, sobre los maltratos físicos y tocamientos que MILTON generaba a la menor y agresiones a su mamá, y luego refiere a la entrevista rendida ante el funcionario del CTI el 25 de julio de 2011, indicando que su padrastro la obligaba a darle besos en la boca, bañarse delante de él, tocándole la vagina, le tomaba fotos desnuda, que la intentó y la trataba de prostituta, agrega que su madre no se enteró porque no le creía nada, relato corroborado en la anamnesis del Instituto de Medicina Legal del 9 de julio de 2011, siendo entrevistada nuevamente por la Psicóloga de esa entidad el 28 de noviembre de 2011, en la que los hechos antes relatados, la menor manifiesta que fueron inventados, basados en una historia que le había contado una compañera de colegio, pero considera que MILTON no debe estar preso, porque lo único que había hecho era castigarla por gastar un dinero que no le pertenecía, explicando que la mamá le dejó de hablar, provocándole tristeza, ratifica el maltrato. En entrevista recibida el 6 de Febrero de 2012 ante la Psicóloga de la Defensoría del Familia, la menor KJMM ratifica que debido al castigo que le propinó MILTON, le contó a la profesora que la obligaba a besarla y que la tocaba, pero que todo fue inventado porque conocía una historia que le sucedió a una compañera, señalando que él la debe odiar por estar en la cárcel por un hecho que no sucedió. Este último relato fue ratificado en el juicio oral, indicando que todo fue porque MILTON la castigaba.

Analiza el Tribunal que las primeras versiones de la menor son concordantes a los cargos que le fueron formulados a MILTON, pero que las declaraciones siguientes solo son persistentes en cuanto a las agresiones causadas a la familia por el acusado, generando rabia en la menor. En cuanto a la prueba pericial psicológica forense del 9 de diciembre de 2011, en relación con la entrevista realizada a la menor, indica que la menor siente culpa por la salida del hogar de su padrastro y que se encuentre en la cárcel y además por el rechazo de la familia por estos eventos. La pericia psicológica rendida el 30 de Abril de 2012 indica que había mayor probabilidad de estar frente a un falso testimonio de la menor. Que el informe sexológica refiere al relato de la menor, sin hallar evidencias de lesiones externas. Todo para resumir que las relaciones de la menor KJMM con el acusado no eran las mejores y que la versión de la menor es contradictoria y que se pierde la persistencia en la incriminación, debilitada por la retractación.

De la declaración de MARIA FAJARDO (Docente de la menor) resalta que la menor era buena estudiante pero que luego se volvió mentirosa, relatando varios episodios y en cuanto a MILTON lo refiere como el papá que nunca tuvo la menor, declaraciones que resalta el Tribunal, debilitan el dicho de la menor por sus antecedentes de mentira, indicando que respecto de los hechos la menor se retractó de forma sincera y espontánea.

El Tribunal de segunda instancia, obvia el relato detallado de hechos muy concretos, respecto de la conducta de su padrastro, como toma de fotos desnudas y las amenazas a prostituirla, que la obligaba a bañarse en su presencia y le restregaba la vagina, que le daba besos en la boca y la amenazaba y castigaba con un cable, hechos demasiado descriptivos que en la etapa de juicio y en la segunda instancia se admite que el relato de la menor fue producto de la inventiva. Este juicio tampoco se comparte por las mismas razones y argumentos esgrimidos frente a la decisión de primera instancia, providencia que si bien no es la que permite cesar la privación de la libertad de MILTON GRANADOS, si genera al procesado la garantía del efecto de cosa juzgada, a partir de la cual entonces aspira a ser indemnizado.

De todo lo anterior, esta instancia puede concluir que en el presente asunto se haya configurada la causal eximente de responsabilidad del estado, consistente en la *culpa exclusiva de la víctima* por lo que se han de negar las pretensiones de la demanda, puesto que este Despacho considera que la acción penal se activa como producto de la actuación administrativa de restablecimiento de derechos adelantada por la Comisaría de Familia de Nobsa facultada por la ley 1098 de 2006, la cual ineluctablemente propende por la protección de los menores de edad y en su desarrollo fueron practicadas pruebas científicas por profesionales del Instituto de Medicina Legal, que en su conjunto sustentan el escrito de acusación elaborado por la Fiscalía 10 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito (fl.79-89 del Anexo) al igual que la legalización de la captura por el Juzgado promiscuo Municipal de Nobsa, solicitada por la Fiscalía 11 URI de Duitama (fl.90-109), procedimiento que en todo caso fue generado por el mismo acusado MILTON GRANADOS, persona mayor y con plenas facultades mentales, puesto que es claro que generó en la inocencia de la menor JKMM sentimientos de animadversión y rencor, a partir de los cuales ella relata unos hechos y conductas que necesariamente y obligatoriamente por disposición legal, debían ser investigados por Fiscalía y luego valorados por la justicia penal.

El dicho inicial de la menor JKMM, no debe ser desechado por el hecho de que en la etapa de Juicio cambio su versión, puesto que si bien es la base para generar duda frente a la responsabilidad penal del acusado, dicho proceso no es el escenario no esclareció las razones por las cuales la menor se retractó sobre el relato inicial, es decir que procesalmente no se auscultó si este segundo relato correspondía o no a la verdad material, pues no puede desconocerse la posición de inferioridad porque se trataba de su padrastro, persona con quien convivía y quien además la sometía a castigos reprochables desde toda vista social y jurídica, por lo tanto es ella y no el acusado, quien requiere de una especial protección, como exige el artículo 44 de la Carta Política, que señala que sus derechos prevalecen sobre los demás, y por lo tanto, su interés es superior en la vida jurídica.

No darle credibilidad al dicho de la menor JKMM, es re-victimizarla, en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en asunto de contornos fácticos similares en la que además se indicó que el abuso y la explotación de niños, niñas y adolescentes, constituye conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una violación grave y que se representa en la circunstancia de llevar a cabo actividades sexuales con un niño que conforme las disposiciones aplicables del derecho nacional no hayan alcanzado la edad legal.

En la Sentencia citada por el Tribunal Administrativo de Boyacá¹⁶, se dijo que en todos los ámbitos en los que se ven envueltos los menores de edad se debe aplicar la perspectiva de géneros, en virtud de la cual debe entenderse que el uso de los menores como instrumento de placer menoscaba su integridad, libertad y desarrollo, con el agravante de que generalmente sucede en entornos familiar y social cercanos en los que la víctima actúa sin prevención, aunado a que dificultan su defensa. Incrementado todo ello por la aceptación social y familiar de la dominación del varón.

Además, continúa la sentencia citada¹⁷ y acogida por el H. Tribunal Boyacense - *el contexto de la violencia y el abuso de menores en Colombia, conforme las estadísticas es un asunto que no permite otra cosa para las autoridades que mantenerse en constante preocupación y vigilia y que esta realidad conlleva a reprimir con severidad todo acto de violencia sexual contra menores y a que se extremen las medidas frente al riesgo y la amenaza que por cifras es dicente. También, a que se incrementen las exigencias de conducta, siendo por tanto, censurable desde donde se mire, cualquier clase de irrespeto hacia la integridad física y sexual de los niños y niñas. La violencia sexual apareja diversos comportamientos no siempre contrastables por otras fuentes que no sean la propia víctima y no por ello dejan de considerarse graves, de ahí que contener cualquier clase de agresión sexual, máxime si recae contra personas en inermidad, es un imperativo que no admite excepciones".*

Así las cosas, en orden al análisis de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, el juicio de ponderación, en aquellos casos en que está de por medio un sujeto de especial protección, conlleva a la siguiente proposición: *el peso del reproche al cumplimiento del deber de especial protección cuando surge la condición de vulnerabilidad como premisa empírica del balanceo, en cuyo caso, la culpa de la víctima se sitúa en la escala más intensa de gradación y la decisión de exonerar el deber de indemnizar se torna perentoria. Huelga decir, por evidente, que el peso abstracto que tienen los derechos de los niños/as como sujetos de especial protección, en cualquier escenario judicial es superior a otro derecho que se le contra ponga, porque así está dispuesto desde el ordenamiento constitucional.*

Es claro que la actuación adelantada por la Fiscalía General de la Nación, desde el inicio contaba con los elementos materiales probatorios suficientes para decretar la medida de aseguramiento privativa de la libertad, que como se señaló en capítulo que antecede, si bien causó un daño al demandante principal y a sus familiares próximos, éste no tiene la entidad de **antijurídico** pues como se demostró fue precedido de un actuar doloso de parte de MILTON HERNAN GRANADOS, que sin determinarse la causa exacta, es claro que llevaron a sentimientos de odio y rencor de la menor JKMM en contra de su padrastro, que bien pudieron surgir por los maltratos físicos y los episodios constantes de violencia intrafamiliar y de género, o por los hechos que acorde con la edad de la menor, inocente o ingenuamente transmitió a su Profesora del Centro Juvenil Campesino de Nobsa NANCY MORA, relacionados con actos y vejámenes reprochables narrados en la denuncia penal, que determinó que el Juez de Control de Garantías debiera ordenar la privación de su libertad del denunciado, a quien en consecuencia se le impone una carga que debe soportar, por el hecho de convivir con la misma menor en el seno de lo que en apariencia era su hogar, a fin de garantizar la efectividad de la función de administración de justicia.

Lo analizado en esta providencia no es contrario a la decisión adoptada por la justicia ordinaria penal en ejercicio de sus funciones y valoración probatoria vertida en sus decisiones, en la que consideró que las pruebas no tuvieron la formalidad y

¹⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia del 12 de julio de 2017. M.P. José Ascensión Fernández Osorio. Exp. 15001333170320140001501 Exp. 42.376, op.cit.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de diciembre de 2015, exp. 41.208, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

la certeza para determinar la responsabilidad penal del acusado, pues conforme la jurisprudencia de esta Jurisdicción, el análisis que se hace en sede del juicio de reparación extracontractual del Estado, es única y exclusivamente con el propósito de estudiar la conducta del administrado frente a sus deberes con la administración.

Así, siguiendo la jurisprudencia citada permite concluir que a pesar de que en el proceso penal se hubiese absuelto al investigado, decisión que se produce solo hasta la etapa de juicio y no antes, esta circunstancia *per se* no configura la automática responsabilidad patrimonial del Estado, pues no puede obviarse que la actuación penal no se inicia por mera sospecha, sino ante la necesidad de proteger derechos superiores de la menor JKMM, quien expresó los sentimientos negativos provocados por su padrastro, a partir del cual se activan los mecanismos de emergencia y auscultado técnicamente por psicología y sexología, se da inicio a la acción penal, conducta civil, que sin lugar a dudas es atribuible al investigado penal MILTON GRANADOS, de quien si bien su conducta no fue merecedora sanción penal, si tiene la virtud, la fuerza y la capacidad para exonerar patrimonialmente a la entidad demandada.

En suma, con fundamento en el acervo probatorio reseñado, está demostrado en el expediente, la configuración de la **causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima** establecida en el Art. 70 de la Ley 270 de 1996, lo que quiere decir que la conducta de MILTON HERNAN GRANADOS, contribuyó de manera eficiente y suficiente en el acaecimiento del daño (*privación injusta de la libertad*) con lo cual queda sin asidero la responsabilidad de la demandada (Rama Judicial); pues para el momento en que se restringió de la libertad, la Fiscalía contaba con elementos que conllevaban a concluir, sin temor a equívocos, que la menor JKMM pudo ser víctima del delito de “*acto sexual abusivo con menor de 14 años, agravado*” en el que las pruebas recaudadas apuntaban a que el acusado era el presunto autor de una conducta determinante y suficiente para dictar medida de aseguramiento, pues fue el propio proceder del investigado el que dio lugar al proceso penal que se adelantó en su contra.

11. FALTA DE LEGITIMACION DE LA FISCALÍA (Material)

La defensa de la **Fiscalía General de la Nación** propone que la entidad no está legitimada para responder por los daños invocados por la demandante, argumento al cual se opone la parte **demandante** en el escrito que descurre las excepciones (*fl. 163-174*) cita los pronunciamientos del Consejo de Estado Rad.38524 del 24 de Junio de 2015 en el que contrario a su pretensión, la providencia luego de resaltar las funciones de investigación y de acusación señaladas en la Ley 906 de 2004, concluye que “*no es posible endilgarle responsabilidad alguna a la Fiscalía*” empero sostiene que esta entidad hace parte de la Rama Judicial del Poder Público (Art.249 CP) y goza de autonomía administrativa y presupuestal, aunque carente de personería jurídica, por lo que considera que es necesaria su presencia para responder por las irregularidades de las cuales se causa el daño que reclaman los demandantes, pues fue la entidad que solicitó la medida de aseguramiento.

Al respecto, el H. Consejo de Estado¹⁸ al avocar el estudio de la legitimación en la causa por parte de la Fiscalía respecto a hechos ocurridos en vigencia de la ley 906 de 2004 ha reiterado que ésta, recae es en la Rama Judicial, autoridad jurisdiccional que priva de la libertad de forma preventiva, siendo ésta actuación la fuente del daño antijurídico reclamado, así sea que la Fiscalía en ejercicio de sus competencias haya solicitado ante aquella, la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de fecha 29 de julio de 2015, radicación 200900023 01 (41563) y sentencia de fecha 24 de junio de 2015, radicación 200800256 expediente 38.524, ambas con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón

Sobre el particular, en la sentencia de fecha 24 de junio de 2015, señaló:

“Según se dejó indicado en los antecedentes de esta providencia, el libelo introductorio se dirigió contra la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial. Sobre el particular, la Sala estima necesario precisar que si bien cada una de las entidades demandadas ostentan la representación de la Nación en casos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por hechos imputables a la Administración de Justicia (inciso segundo del artículo 49 de la Ley 446 de 1998¹⁹ y numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996²⁰), lo cierto es que las decisiones que se discuten en el presente litigio y que habrían ocasionado el daño por cuya indemnización se reclama, fueron proferidas por la Rama Judicial, razón por la cual una vez efectuado el recuento probatorio, se concretará si el aludido daño antijurídico reclamado se encuentra acreditado y, de estarlo, se establecerá si el mismo le resulta imputable a la Rama Judicial, (la cual fue debidamente notificada y representada), de lo contrario habrá lugar a confirmar la decisión apelada²¹.

En efecto, con la expedición de la Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal- el legislador articuló el proceso penal de tal manera que buscó fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, como de instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar dentro de la acción penal, por lo que, suprimió del ente investigador –Fiscalía- la facultad jurisdiccional²², la cual venía ejerciendo por disposición del antiguo código de procedimiento penal ley 600 de 2000-

Así las cosas, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, las decisiones que impliquen una privación de la libertad, son proferidas por los Jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal²³, como en efecto ocurrió en este caso mediante el auto proferido el 18 de noviembre de 2005 por el Juez Segundo Penal Municipal con Funciones de Garantías que decretó la medida de aseguramiento contra el actor.

*Así pues, en el sub examine las decisiones que llevaron a la privación de la libertad del señor (...), **si bien es cierto fueron solicitadas por la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que dicho ente no tenía la potestad de decidir sobre la privación de la libertad del hoy actor, cosa que sí le correspondía a la Rama Judicial, por encontrarse dentro de sus funciones jurisdiccionales**, razón por la cual, forzoso resulta concluir que en el presente asunto y, a la luz de las nuevas*

¹⁹ En los procesos Contencioso Administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

²⁰ (...) Son funciones del Director Ejecutivo de Administración Judicial:

“8. Representar a la Nación Rama Judicial en los procesos judiciales para lo cual podrá constituir apoderados judiciales.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias proferidas el 8 de julio del 2009, Exp. 17.517, del 23 de abril de 2008, Exp. 17.534 y del 15 de abril de 2010, Exp. 18.284, entre otras, CP, Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia de 30 de abril de 2014, Exp. 38.276 M.P. Hernán Andrade Rincón.

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

²³ Corte Constitucional, Sentencia C 591 del 9 de junio del 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández *Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima Afectación de derechos fundamentales”*

disposiciones penales, no es posible endilgarle responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual se confirmará su falta de legitimación en la causa por pasiva por la privación de la libertad del señor Carlos Julián Tuñón Gálviz.”
(Negrita fuera de texto)

Recientemente en 2017, se ratifica que la Fiscalía General de la Nación, interviene en la actividad investigativa y excepcionalmente algunas de restricción de derechos y libertades, que no comprende la facultad de restringir libertad personal, como explica el Consejo de Estado²⁴.

“En relación con la complejidad de las competencias asignadas tanto a la Fiscalía como a los Jueces de Control de Garantías en el sistema penal acusatorio, en efecto, la adopción y desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico del Sistema Penal Acusatorio, mediante el acto legislativo 3 del 19 de diciembre de 2002 y la Ley 906 de 2004, implicó un replanteamiento de las facultades de la Fiscalía General de la Nación, al punto de relevarla de las que la habilitaban para “asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento”, competencias que fueron asignadas a los Jueces de Control de Garantías, de ahí que la actuación del ente acusador se limite a la presentación de la solicitud en virtud de la cual la autoridad judicial debe resolver sobre estos asuntos.

(...)

“...toda vez la intervención de dicha entidad (La Fiscalía) se circunscribió a pedir que se decidiera sobre la legalidad de la aprehensión y la procedencia de la medida de aseguramiento, ante lo cual la última determinación recaía en la Jurisdicción Ordinaria, especialidad penal, dada su condición de titular de la facultad sancionatoria del Estado frente a casos como el analizado, esto es, en aquellos en los que presuntamente se han vulnerado los bienes jurídicos protegidos por la normativa penal –Ley 599 del 2000”.

(...)

Si bien la imposición de medidas de detención preventiva requieren de una petición previa del ente acusador o de la víctima, no es menos cierto que tal presupuesto no puede considerarse como la causa exclusiva y determinante de la privación de la libertad, porque carecen de la suficiencia para afectar este derecho, pues para esto se requiere de un mandato judicial proferido por el Juez de Control de Garantías, autoridad a la que le corresponde: i) valorar la evidencia física o los elementos materiales probatorios aportados por el solicitante, y ii) verificar si se cumplen o no los presupuestos de procedencia establecidos en los artículos 297 y 308 de la Ley 906 de 2004.

Se predica entonces que probada la eximente de responsabilidad en favor del Estado, derivado de la conducta misma del demandante MILTON GRANADOS, en este caso se encuentra además fundado que no es posible imputar responsabilidad administrativa y patrimonial a la Fiscalía General de la Nación, por cuanto no es el actuar de esta, la que determina exclusiva y suficientemente el daño, sino que las medidas de aseguramiento o detenciones preventivas son solicitadas por la Fiscalía, pero son decididas como garante Constitucional y legal por el Juez de Control de Garantías.

En este caso, el Despacho acogerá la posición jurisprudencial antes expuesta y en consecuencia declarará probada la *falta de legitimación en la causa por pasiva material* de la Fiscalía General de la Nación, por cuanto la privación de la libertad del señor MILTON HERNAN GRANADOS, deviene de la imposición de medida de aseguramiento por parte del Juzgado Promiscuo Municipal de Nobsa con función de control de garantías, como acredita la respectiva providencia judicial del 3 de Agosto de 2011 (fl.25-27), conclusión que no varía por la actuación que hubiere

²⁴ Consejo de Estado, CP MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, abril 5 de 2017 Radicación número: 25000-23-26-000-2011-00154-01(46062)

desplegado el ente investigador en ejercicio de sus funciones legales, dentro las que se encuentra la de solicitar dicha medida, presentando elementos materiales probatorios, los cuales, se itera, le compete al Juez realizar su valoración y tomar la decisión, por lo tanto el análisis del caso se continuará frente a las pretensiones elevadas en contra de la Rama Judicial, representada por los Jueces que emiten decisiones relacionadas con la libertad del demandante principal.

Esta decisión no desconoce que la Fiscalía General de la Nación forma parte de la Rama Judicial como señala el Art. 249 de la Constitución Nacional y lo exige la parte demandante, sino que esta decisión se debe interpretar desde el punto de vista de la legitimación material, basada en que precisamente dicha norma asigna autonomía presupuestal y administrativa a la Fiscalía, por lo tanto es sujeta de derechos y obligaciones de manera separada, obvio en representación de la Nación - Rama Judicial, empero del acervo probatorio arrojado al proceso no se advierte que ésta entidad hubiere incurrido en defecto fáctico o indebida valoración probatoria para solicitar la medida cautelar en la etapa inicial del proceso penal, sino que los requisitos objetivamente estaban dados para hacer dicha petición y mostrarlos al Juez de Control de Garantías, quien finalmente tomó la decisión.

Valga recordar que el H. Tribunal Administrativo de Boyacá con ponencia del Dr. José Ascensión Fernández Osorio, en providencia del 21 de Febrero de 2018 (fl. 199-203) señaló que solo en la etapa de fallo, luego de la valoración probatoria, podría establecerse la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, tarea de la que precisamente se ocupa este aparte de la sentencia, verificar en el fondo del asunto, que esta entidad no incurra en defecto fáctico que hubiere influido en la decisión judicial, sino que la actuación deviene del trámite normal de un proceso penal.

12. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EXCEPCIONES

Teniendo en cuenta que se declara la prosperidad de la excepción de *falta de legitimación en la causa material* propuesta por la Fiscalía General de la Nación con la virtud de atacar de manera integral las pretensiones de la demanda y que en cuanto a la Rama Judicial, se declara acreditada la eximente de responsabilidad de *culpa exclusiva de la víctima*, con la virtud de atacar las pretensiones de la demanda porque en hasta este punto queda demostrada la falta de *antijuricidad* del daño que se pretende indemnizar, por lo que no es menester continuar con el análisis para verificar si se cumplen los demás elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado (*Imputación del daño y nexo causal*) por la misma razón, se torna nugatorio e innecesario abordar el estudio de las excepciones propuestas por la entidad accionada.

13. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte demandante, sujeto procesal vencido en la sentencia, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el Art. 365 y 366 del CGP, las cuales se componen por las expensas y gastos judiciales y por las agencias en derecho (Art.361 *ídem*)

Conforme al Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por expedido por el Consejo Superior de la Judicatura se fijan agencias en derecho en la suma equivalente al 5% de la pretensión mayor negada, que corresponde a la tasación de los perjuicios materiales (fl.18) en favor de cada una de las entidades demandadas en partes iguales del resultado.

14. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, “*Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley*”.

FALLA:

Primero.- Declarar probada la excepción denominada *falta de legitimación en la causa por pasiva material* de la Fiscalía General de la Nación.

Segundo.- Declarar probada la eximente de responsabilidad en favor de la Nación – Rama Judicial de *culpa exclusiva de la víctima* derivada de la conducta del demandante MILTON HERNAN GRANADOS LADINO.


Tercero.- Negar las pretensiones de la demanda.

Cuarto.- Condena en costas en esta instancia a la parte vencida que corresponde a la parte demandante, las cuales se liquidan por Secretaría del Juzgado conforme al procedimiento señalado en el Art. 365 y 366 CGP.

Quinto.- Se fijan agencias en derecho en la suma equivalente al 5% de la pretensión mayor negada, que corresponde a la tasación de los perjuicios materiales (*fl. 18*)

Sexto.- Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor y previa devolución a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ