



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 19001-23-31-000-2012-00024-01(54951)

Actor: WALTER ENRIQUE CUERVO CASTAÑO Y OTROS

Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL Y OTRO

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: RÉGIMEN SUBJETIVO DE RESPONSABILIDAD - Análisis de la falla en el servicio / **PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD** – absolución por *in dubio pro reo* / La solicitud de la medida fue necesaria, razonable y proporcional.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Rama Judicial contra la sentencia proferida el 5 de febrero de 2015 por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 20 de agosto de 2008, el señor Walter Enrique Cuervo Castaño fue capturado por orden del Juzgado Tercero Penal Municipal de Popayán, con función de control de garantías, por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, siendo víctima el joven J.A.E. persona en condición de discapacidad mental. El hoy demandante fue procesado penalmente y en sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Popayán fue absuelto en aplicación del principio de *in*

dubio pro reo, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Popayán, Sala Penal.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante demanda presentada el 18 de enero de 2012 (fls. 1 a 184 c. 1), los señores Walter Enrique Cuervo Castaño, María Del Carmen Castaño Giraldo, Néstor Enrique Cuervo Giraldo, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hijo Wilson de Jesús Cuervo Castaño; Claudia Patricia Cuervo Castaño, Mauricio de Jesús Cuervo Castaño; Jairo Antonio Cuervo Giraldo, quien actúa a nombre propio y en representación de su menor hijo Andrés Felipe Cuervo López; Rodrigo de Jesús Cuervo Giraldo, Adolfo de Jesús Cuervo Giraldo, Gloria Amparo Cuervo Giraldo, José Heriberto Cuervo Ramírez, Darío de Jesús Cuervo Giraldo, Blanca Delia Giraldo, Lucila Roda Giraldo, Tulio Adán Castaño y Yury Cristina Castaño Giraldo, por conducto de apoderado judicial (fls. 1 a 18, c. 1), en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación- Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación-, por los perjuicios causados con motivo de la privación injusta de la libertad que soportó el primero de los nombrados entre el 20 de agosto de 2008 y el 13 de marzo de 2009, con ocasión de una investigación penal adelantada en su contra por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.

En concreto, los demandantes solicitaron que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: La Nación – Fiscalía General de la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, es responsable administrativa, civil y patrimonialmente de todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, y a la vida en relación, ocasionados a los señores: Walter Enrique Cuervo Castaño, María del Carmen Castaño Giraldo, Néstor Enrique Cuervo Giraldo, quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo menor Wilson de Jesús Cuervo Castaño, y los señores Claudia Patricia Cuervo Castaño, Mauricio de Jesús Cuervo Castaño, Jairo Antonio Cuervo Giraldo quien actúa a nombre propio y en representación de su hijo menor Andrés Felipe Cuervo López, y los señores Rodrigo de Jesús Cuervo Giraldo, Adolfo de Jesús Cuervo Giraldo, Gloria Amparo Cuervo Giraldo, José Heriberto Cuervo Ramírez, Darío de Jesús Cuervo Giraldo, Blanca Delia Giraldo, Lucila Rosa Giraldo, Tulio Adán Castaño, y Yury Cristina Castaño Giraldo, por la privación injusta de la libertad de que fue víctima el señor Walter Enrique Cuervo Castaño, en hechos sucedidos el día 20 de agosto de 2008, creando, además, la responsabilidad objetiva consagrada en el artículo 90 de nuestra Constitución Política.

SEGUNDA: Condénese a la Nación – Fiscalía General de la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura a pagar a los señores Walter Enrique Cuervo Castaño, María del Carmen Castaño Giraldo, Néstor Enrique Cuervo Giraldo, quien actúan en nombre propio y en representación de su hijo menor Wilson de Jesús Cuervo Castaño, y los señores Claudia Patricia Cuervo Castaño, Mauricio de Jesús Cuervo Castaño, Jairo Antonio Cuervo Giraldo quien actúa a nombre propio y en representación de su hijo menor Andrés Felipe Cuervo López, y los señores Rodrigo de Jesús Cuervo Giraldo, Adolfo de Jesús Cuervo Giraldo, Gloria Amparo Cuervo Giraldo, José Heriberto Cuervo Ramírez, Darío de Jesús Cuervo Giraldo, Blanca Delia Giraldo, Lucila Rosa Giraldo, Tulio Adán Castaño, y Yury Cristina Castaño Giraldo, por medio de su apoderado, todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, y perjuicios a la vida en relación, que se les ocasionaron con la privación injusta de la libertad de que fuera víctima el señor Walter Enrique Cuervo Castaño, conforme a la siguiente liquidación o a la que se demuestre en el proceso, así:

- A. Por concepto de lucro cesante, presente, que se liquidará a favor del señor Walter Enrique Cuervo Castaño, la suma de ocho millones de pesos (\$8'000.000 m/c) correspondientes a las sumas que el señor Walter Enrique Cuervo Castaño dejó de percibir laboralmente, en razón a su oficio de administrador y vendedor del almacén de cristalería en la ciudad de Popayán.*
- B. Daños y perjuicios patrimoniales directos daño emergente que se liquidarán a favor del señor Walter Enrique Cuervo Castaño, por concepto de gastos que se sobrevinieron con motivo de la privación injusta de la libertad que fue víctima, teniendo en cuenta que al salir de prisión ya había sido ocupado el puesto donde laboraba además de ser discriminado socialmente por ex presidiario, etc., además se suman los perjuicios ocasionados por los honorarios profesionales, los cuales se estiman en la suma de cincuenta millones de pesos (50'000.000).*
- C. El equivalente en moneda nacional de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios morales o 'pretium doloris', consistentes en el profundo trauma psíquico que produce el hecho de saberse víctimas de un acto injusto nacido por la actuación negligente e irresponsable de la administración de justicia, y con él se ha causado grave perjuicios a los señores Walter Enrique Cuervo Castaño, María del Carmen Castaño Giraldo, Néstor Enrique Cuervo Giraldo, quien actúan en nombre propio y en representación de su hijo menor Wilson de Jesús Cuervo Castaño, y los señores Claudia Patricia Cuervo Castaño, Mauricio de Jesús Cuervo Castaño, Jairo Antonio Cuervo Giraldo quien actúa a nombre propio y en representación de su hijo menor Andrés Felipe Cuervo López, y los señores Rodrigo de Jesús Cuervo Giraldo, Adolfo de Jesús Cuervo Giraldo, Gloria Amparo Cuervo Giraldo, José Heriberto Cuervo Ramírez, Darío de Jesús Cuervo Giraldo, Blanca Delia Giraldo, Lucila Rosa Giraldo, Tulio Adán Castaño, y Yury Cristina Castaño Giraldo, se incluye a sus seres queridos como la esposa, hijos, padres y hermanos.*
- D. El equivalente en moneda nacional de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada uno de los señores Walter Enrique Cuervo Castaño, María del Carmen Castaño Giraldo, Néstor Enrique Cuervo Giraldo, quien actúan en nombre propio y en representación de su hijo menor Wilson de Jesús Cuervo Castaño, y los señores Claudia Patricia Cuervo Castaño, Mauricio de Jesús Cuervo Castaño, Jairo Antonio Cuervo Giraldo quien actúa a nombre propio y en representación de su hijo menor Andrés Felipe Cuervo López, y los señores Rodrigo de Jesús Cuervo Giraldo, Adolfo de Jesús Cuervo Giraldo, Gloria Amparo*

Cuervo Giraldo, José Heriberto Cuervo Ramírez, Darío de Jesús Cuervo Giraldo, Blanca Delia Giraldo, Lucila Rosa Giraldo, Tulio Adán Castaño, y Yury Cristina Castaño Giraldo, por concepto de perjuicios o daño a la vida en relación, consistente en la imposibilidad disfrutar actividades placenteras, relativas al disfrute de relativo a su relación con su madre enferma, la crianza de su hija y demás relaciones interfamiliares, todas ellas frustradas con la privación injusta de la libertad de que fue víctima el señor Walter Enrique Cuervo Castaño.

E. Intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor

Como fundamentos fácticos de la demanda se narró lo siguiente:

El 20 de agosto de 2008, el señor Walter Enrique Cuervo Castaño fue capturado por orden del Juzgado Tercero Penal Municipal de Popayán, con función de control de garantías, por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.

El 21 de agosto de 2008, el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Popayán con función de control de garantías adelantó las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento, mediante las cuales se ordenó la detención en centro carcelario.

El 14 de octubre de 2008, la Fiscalía General de la Nación presentó escrito de acusación contra el señor Cuervo Castaño por considerarlo autor del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.

Al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Popayán le correspondió conocer del asunto, y el 15 de diciembre de 2008 realizó la audiencia de formulación de acusación.

El 9 de febrero de 2009, se llevó a cabo la audiencia preparatoria, mediante la cual se descubrieron elementos materiales probatorios.

Durante los días 11 y 12 de marzo de 2009, se desarrolló la audiencia de juicio oral, la cual terminó con el sentido del fallo de carácter absolutorio y se ordenó la libertad del procesado.

El 21 de abril de 2009, se realizó la audiencia de lectura del fallo, mediante el cual se absolvió al señor Cuervo Castaño. La decisión fue objeto de recurso de apelación por parte de la Fiscalía General de la Nación.

El 12 de agosto de 2009, el Tribunal Superior del Cauca realizó audiencia de lectura del fallo, en la cual confirmó la sentencia de primera instancia.

La parte actora adujo que, en razón a que del material probatorio recaudado por el ente investigador no era posible concluir la ocurrencia del hecho delictivo, la detención del señor Cuervo Castaño fue arbitraria y, es por tanto, fuente de los perjuicios que se reclaman por medio de la presente acción.

2. El trámite de primera instancia

La demanda fue admitida mediante providencia de 27 de abril de 2012 (fl. 194 c. 1), que se notificó en debida forma a las entidades demandadas (fls. 200 a 201, c. 1) y al Ministerio Público (fl. 199, c. 1).

La Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial contestó oportunamente la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones (fls. 208 a 216, c. 1). Adujo que las actuaciones desplegadas por los órganos judiciales involucrados en el presente caso se ajustaron a los presupuestos constitucionales y legales. Adicionalmente, señaló que no estaba probado el nexo de causalidad entre las actuaciones y las decisiones de los juzgados penales que tramitaron el asunto y el daño antijurídico alegado, dado que la privación de la libertad del hoy demandante tuvo su origen en la gestión realizada por la Fiscalía General de la Nación y obedeció a que el sumario, en principio, reunía los requisitos exigidos en el artículo 397 del C.P.P. para proferir resolución de acusación, razón por la cual, el señor Curvo Castaño estaba en la obligación de soportar la detención.

Como consecuencia, formuló las excepciones de i) falta de legitimación en la causa por pasiva, ii) falta de causa para demandar, iii) inexistencia de perjuicios, y iv) la innominada.

Por su parte, la Fiscalía General de la Nación contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal y se opuso a las pretensiones (fls. 226 a 250, c. 1). Como razones de su defensa manifestó que no podía atribuírsele responsabilidad patrimonial, por cuanto actuó dentro del marco de las competencias asignadas en el ordenamiento jurídico y con base en los elementos de prueba recaudados. Agregó que esos elementos probatorios justificaron la solicitud de la medida de aseguramiento en contra del señor Cuervo Castaño. Señaló que la declaratoria de

responsabilidad debía recaer, únicamente, en la Rama Judicial, comoquiera que fue el juez con función de control de garantías quien impuso la medida de restrictiva de la libertad.

Además, formuló las excepciones de i) ausencia de responsabilidad por el hecho de un tercero y ii) culpa exclusiva de la víctima.

Mediante providencia de 22 de marzo de 2013 (fls. 1 a 2, c. 2), el Tribunal de primera instancia abrió el proceso a pruebas y en auto 28 de julio de 2014 (fls. 265, c. 1), dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto, respectivamente.

Las entidades demandadas allegaron sus escritos de manera oportuna y reiteraron en su integridad los argumentos expuestos en sus contestaciones, motivo por el cual, insistieron en la denegatoria de las pretensiones (fls. 267 a 273; 289 a 294, c. 1).

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

3. La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 5 de febrero de 2015 (fls. 317 a 336 c. ppal), el Tribunal Administrativo del Cauca declaró la responsabilidad de la Nación - Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL y a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN administrativamente responsables de la privación injusta de la libertad de WALTER ENRIQUE CUERVO CASTAÑO, durante el tiempo comprendido entre el 20 de agosto de 2008 y el 13 de marzo de 2009, dentro del proceso adelantado en su contra por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, CONDENAR a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL y a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar por partes iguales las siguientes sumas:

- Por perjuicios morales:

<i>Demandante</i>	<i>Calidad</i>	<i>SMLMV</i>
<i>Walter Enrique Cuervo Castaño</i>	<i>Directo afectado</i>	<i>70</i>
<i>Néstor Enrique Cuervo Giraldo</i>	<i>Padre</i>	<i>70</i>
<i>María del Carmen Castaño Giraldo</i>	<i>Madre</i>	<i>70</i>
<i>Claudia Patricia Cuervo Castaño</i>	<i>Hermana</i>	<i>35</i>
<i>Wilson de Jesús Cuervo Castaño</i>	<i>Hermano</i>	<i>35</i>

<i>Mauricio de Jesús Cuervo Castaño</i>	<i>Hermano</i>	<i>35</i>
<i>José Heriberto Cuervo</i>	<i>Abuelo</i>	<i>35</i>
<i>Blanca Delia Giraldo</i>	<i>Abuela</i>	<i>35</i>
<i>Tulio Adán Castaño</i>	<i>Abuelo</i>	<i>35</i>
<i>Lucila Rosa Giraldo</i>	<i>Abuela</i>	<i>35</i>
<i>Rodrigo de Jesús Cuervo Giraldo</i>	<i>Tío</i>	<i>25</i>
<i>Gloria Amparo Cuervo Giraldo</i>	<i>Tía</i>	<i>25</i>
<i>Jairo Antonio Cuervo Giraldo</i>	<i>Tío</i>	<i>25</i>
<i>Darío de Jesús Cuervo Giraldo</i>	<i>Tío</i>	<i>25</i>
<i>Adolfo de Jesús Cuervo Giraldo</i>	<i>Tío</i>	<i>25</i>
<i>Yury Cristina Castaño Giraldo</i>	<i>Tía</i>	<i>25</i>
<i>Andrés Felipe Cuervo López</i>	<i>Primo</i>	<i>25</i>

- Por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante

A favor de Walter Enrique Cuervo Castaño la suma de nueve millones doscientos setenta y dos mil ciento veinte pesos con ochenta y cinco centavos (\$9'272.129,85).

- Por alteración a las condiciones de existencia

A favor de Walter Enrique Cuervo Castaño la suma equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

Como motivación de la condena impuesta, en primer lugar, el Tribunal argumentó que la controversia examinada se regía por el régimen de responsabilidad objetivo de daño especial, situación que hacía innecesaria la verificación de cualquier falla en el servicio de las demandadas.

En segundo término, puso de presente que el daño reclamado se encontraba acreditado, toda vez que se demostró que el señor Walter Enrique Cuervo Castaño estuvo privado de la libertad por un término de 6 meses y 21 días. En cuanto al carácter injusto del mismo, afirmó que este devenía del fallo absolutorio que profirió el juez penal con ocasión de la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del procesado ante una duda razonable.

Respecto a la atribución del menoscabo a la Nación-Fiscalía General de la Nación y a la Nación-Rama Judicial, arguyó que las actuaciones de ambos órganos fueron determinantes para la producción del daño, en razón a que bajo el esquema del sistema penal acusatorio, el juez de control de garantías no habría podido actuar sin la solicitud previa del ente investigador. Es decir, la participación de ambas demandadas fue imprescindible para la materialización de la privación de la libertad del hoy demandante.

Como consecuencia, accedió al reconocimiento de una indemnización de perjuicios morales a favor de todos los demandantes en cuanto acreditaron el parentesco con la víctima directa del daño, asimismo, se otorgó una indemnización por concepto de alteración de las condiciones de existencia a favor del señor Cuervo Castaño y, por último, se accedió a la pretensión de la indemnización por concepto del lucro cesante, toda vez que se probó que el accionante, al momento de su detención, se encontraba vinculado laboralmente a una cristalería.

4. Los recursos de apelación

4.1. De manera oportuna, la Fiscalía General de la Nación formuló recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se le exonere de toda responsabilidad (fls. 343 a 348, c. ppal.). Manifestó que no se configuraron los presupuestos para declarar la responsabilidad patrimonial de la entidad.

Expuso que la parte demandante no demostró la materialización de falla, error judicial o ilegalidad alguna en el actuar del ente acusador, ni en la solicitud de captura ni en la petición de imposición de medida de aseguramiento, por lo cual no debería serle impuesta condena alguna, además, aseveró que sus actuaciones se desarrollaron con fundamento en las funciones asignadas constitucional y legalmente.

Posteriormente, reafirmó que era el juez de control de garantías el único que podía decretar la privación de la libertad, por lo cual, en el *sub lite*, era evidente la presencia de una falta de legitimación en la causa por pasiva de la apelante y una eventual atribución del daño a la Nación-Rama Judicial, ente al que pertenecía el juez que limitó el derecho de libertad del hoy demandante.

4.2. Por su parte, la Nación-Rama Judicial también expresó en forma oportuna su discrepancia con el fallo de primera instancia (f. 236-241, c. ppl.). Manifestó que los jueces encargados del caso no habían incurrido en error judicial o falla en el servicio alguna. Así mismo, adujo que era la Fiscalía la que debía responder por el daño, en atención a que era a quien correspondía presentar pruebas contundentes para lograr la condena de la procesada.

5. El trámite de conciliación y la concesión del recurso de alzada

El 12 de mayo de 2015, las partes comparecieron en audiencia pública ante el Tribunal Administrativo del Cauca, con el fin de llevar a cabo audiencia de conciliación previo a la concesión de los recursos de apelación, tal como lo exige el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010 (fls. 391 a 393, c. ppal).

En esta fase, la Nación-Fiscalía General de la Nación sostuvo que carecía de interés para poner fin anticipado a la *litis*, mientras que la Nación-Rama Judicial manifestó tener ánimo conciliatorio por un monto de \$121'644.557, es decir, el valor correspondiente al 70% del 50% de la condena que le corresponde a la entidad.

Ante tal propuesta, las partes y el Tribunal de primera instancia decidieron suspender la audiencia con el objetivo que la Nación-Rama Judicial determinara si podía o no transigir el cobro de intereses en favor de la parte demandante.

Reanudado el trámite conciliatorio el 19 de mayo de 2015, la Nación-Rama Judicial confirmó la propuesta de conciliar por un valor de \$121'644.557, que equivalente al valor de 70% del 50%, aclarando que la misma solo se haría respecto del núcleo familiar relativo a padres, hermanos y abuelos, y no propuso fórmula respecto a los tíos, ni primo (fl. 394 vto, 395, c. ppal.). De acuerdo con lo anterior, la parte demandante aceptó el acuerdo en los términos fijados por la entidad demandada.

Por medio de proveído de 21 mayo de 2015 (fls. 397 a 400, c. ppal.), el Tribunal Administrativo del Cauca aprobó la conciliación judicial a la que llegaron la parte demandante y la Nación-Rama Judicial. Textualmente señaló:

Así las cosas, atendiendo a que el juez al momento de analizar la aprobación de un acuerdo conciliatorio, debe propender por garantizar la voluntad conciliatoria de las partes, la Sala, luego de hallar que el acuerdo logrado entre la parte actora y la Nación - Rama Judicial se encuentra ajustado a derecho, que no resultaba lesivo para los interés de ninguna de ellas, procederá a aprobarlo, advirtiendo que el mismo hace tránsito a cosa juzgada respecto de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL

RESUELVE

PRIMERO: APROBAR el acuerdo conciliatorio logrado entre la parte actora y la NACIÓN – RAMA JUDICIAL, dentro del expediente 2012 00024 00, demandante WALTER ENRIQUE CUERVO CASTAÑO Y OTROS, y demandadas NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y RAMA JUDICIAL, el cual hace tránsito a cosa juzgada.

SEGUNDO: DECLARAR terminado el proceso respecto de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL, en los términos del acuerdo conciliatorio al que llegaron en la respectiva audiencia.

(...) (fl. 399 vto. c. ppal.).

En esta misma decisión, el *a quo* concedió el recurso de apelación interpuesto por la Nación-Fiscalía General de la Nación en contra de la sentencia de primera instancia.

6. Trámite en segunda instancia

La impugnación fue admitida por esta Corporación en proveído del 27 de agosto de 2015 (fl. 410, c. ppal) y mediante auto de 16 de septiembre de ese mismo año (fl. 412, c. ppal), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

En esta oportunidad, la Fiscalía General de la Nación reiteró los argumentos expuestos a lo largo de la presente acción, relacionados a la ausencia de cualquier ilegalidad en su conducta, dado que la solicitud de medida de aseguramiento adoptada por el juez con función de control de garantías, se hizo con base en el material probatorio recaudado y con fundamento en las funciones asignadas por vía constitucional y legal a la Fiscalía (fls. 413 a 418, c. ppal.).

En su concepto, el Ministerio Público solicitó que se confirmara la sentencia recurrida, puesto que el señor Cuervo Castaño estuvo privado de su libertad por virtud de una medida de aseguramiento que carecía de fundamento probatorio y, por ende, se tornó en injusta y arbitraria, lo que configura una responsabilidad administrativa a la luz del artículo 90 de la Constitución Política (fls. 434 a 440, c. ppal).

La parte demandante guardó silencio en esta etapa procesal.

III. CONSIDERACIONES

1. Prelación de fallo

La Sala decide el presente caso en virtud del acta No. 10 del 25 de abril de 2013, en la que Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado aprobó que los eventos de privación injusta de la libertad podrán fallarse por las Subsecciones, sin sujeción al

turno respectivo, pero respetando el año de ingreso del expediente al Consejo de Estado.

2. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 5 de febrero de 2015, habida cuenta de que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y las consideraciones de la Sala Plena del Consejo de Estado en auto de 9 de septiembre de 2008, la competencia para conocer de las acciones de reparación directa que se instauren por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se encuentra radicada en los tribunales administrativos en primera instancia y en el Consejo de Estado en segunda instancia, sin consideración a la cuantía del proceso¹.

3. Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto en el numeral 8° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción de reparación directa debía instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, de la omisión, de la operación administrativa o de la ocupación permanente o temporal del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

Tratándose de acciones de reparación directa por la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia reiterada de esta Sección del Consejo de Estado ha considerado que el término de caducidad se empieza a contar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado, lo último que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad².

En el expediente reposa la providencia proferida el 12 de agosto de 2009, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán –Sala de Decisión, dio

¹ Auto del 9 de septiembre de 2008 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expediente: 11001-03-26-000-2008-00009-00. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 2002, expediente: 13.622, M.P. María Elena Giraldo Gómez, reiterada en sentencia del 11 de agosto de 2011 por la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación, expediente: 21.801, M.P. Hernán Andrade Rincón. También puede consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto de 19 de julio de 2010, expediente: 37.410, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

lectura al fallo absolutorio dictado en favor del señor Walter Enrique Cuervo Castaño por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir (f. 324-332, c. pruebas).

Adicionalmente, obra constancia secretarial expedida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, mediante la cual se señaló que el término para formular recurso de casación contra la sentencia de 12 de agosto de 2009, venció el 9 de noviembre de ese mismo año sin que se hubiera presentado dicho recurso (fls. 56 a 57, c. 1), por lo que en principio, el término para demandar transcurriría desde el 10 de noviembre de 2009 hasta el 10 de noviembre de 2011; sin embargo, este término fue suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial radicada el 8 de noviembre de 2011 (fl. 25, c. 1).

Luego, se tiene que el 17 de enero de 2012 se expidió la constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad en razón a que se declaró fracasada la conciliación (fl. 27, c. 1). Reanudándose el término de la oportunidad para presentar la demanda faltando 2 días para su caducidad, así, los accionantes contaban hasta el 19 de enero de 2012 para formular la acción de reparación directa y, comoquiera que se interpuso el 18 de enero de 2012, fuerza concluir que se ejerció dentro del término previsto por la ley.

4. La legitimación en la causa

Al proceso concurrió el señor Walter Enrique Cuervo Castaño, como víctima directa del daño, calidad que se encuentra acreditada con la copia del proceso penal adelantado en su contra por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir (c. 2).

Adicionalmente, acudieron los siguientes demandantes, quienes acreditaron su parentesco con el señor Walter Enrique Cuervo Castaño, a partir de lo cual se infiere que se encuentran legitimados en la causa por activa en relación con el primer y segundo grado de consanguinidad:

Demandante	Relación de parentesco	Documento de la acreditación del parentesco
Walter Enrique Cuervo Castaño	Directo afectado	Copia del proceso penal (c. 2)
Néstor Enrique Cuervo Giraldo	Padre	Registro civil de nacimiento de Walter Enrique Cuervo Castaño (fl.28, c. 1)
María del Carmen Castaño	Madre	Registro civil de nacimiento de

Giraldo		Walter Enrique Cuervo Castaño (fl. 28 c. 1)
Claudia Patricia Cuervo Castaño	Hermana	Registro civil de nacimiento Claudia Patricia Cuervo Castaño y Walter Enrique Cuervo Castaño, es hija de María del Carmen Castaño Giraldo y Néstor Enrique Cuervo Giraldo (fl. 31, c. 1)
Wilson de Jesús Cuervo Castaño	Hermano	Registro civil de nacimiento Wilson de Jesús Cuervo Castaño y Walter Enrique Cuervo Castaño, es hijo de María del Carmen Castaño Giraldo y Néstor Enrique Cuervo Giraldo (fl. 30, c. 1)
Mauricio de Jesús Cuervo Castaño	Hermano	Registro civil de nacimiento Mauricio de Jesús Cuervo Castaño y Walter Enrique Cuervo Castaño, es hijo de María del Carmen Castaño Giraldo y Néstor Enrique Cuervo Giraldo (fl. 29, c. 1)
José Heriberto Cuervo	Abuelo	Registro civil de nacimiento Néstor Enrique Cuervo Giraldo (fl. 33, c. 1)
Blanca Delia Giraldo	Abuela	Registro civil de nacimiento de Néstor Enrique Cuervo Giraldo (fl. 33, c. 1)
Tulio Adán Castaño	Abuelo	Registro civil de nacimiento María del Carmen Castaño Giraldo (fl. 34, c. 1)
Lucila Rosa Giraldo	Abuela	Registro civil de nacimiento de María del Carmen Castaño Giraldo (fl. 34, c. 1)

Ahora bien, al proceso también concurren las siguientes personas quienes acreditaron su parentesco con el señor Cuervo Castaño, a partir de lo cual se infiere que se encuentran legitimados en la causa por activa en relación con el tercer y cuarto grado de consanguinidad:

Demandante	Relación de parentesco	Documento de la acreditación del parentesco
Rodrigo de Jesús Cuervo Giraldo	Tío	Registro civil de nacimiento de Rodrigo de Jesús Cuervo Giraldo, es hijo de Blanca Delia Giraldo y José Heriberto Cuervo (fl.

		38, c. 1)
Gloria Amparo Cuervo Giraldo	Tía	Registro civil de nacimiento de Gloria Amparo Cuervo Giraldo , es hija de Blanca Delia Giraldo y José Heriberto Cuervo (fl. 39, c. 1)
Jairo Antonio Cuervo Giraldo	Tío	Registro civil de nacimiento de Jairo Antonio Cuervo Giraldo, es hijo de Blanca Delia Giraldo y José Heriberto Cuervo (fl. 41, c. 1)
Darío de Jesús Cuervo Giraldo	Tío	Registro civil de nacimiento Darío de Jesús Cuervo Giraldo, es hijo de Blanca Delia Giraldo y José Heriberto Cuervo (fl. 42, c. 1)
Adolfo de Jesús Cuervo Giraldo	Tío	Registro civil de nacimiento Adolfo de Jesús Cuervo Giraldo, es hijo de Blanca Delia Giraldo y José Heriberto Cuervo (fl. 43, c. 1)
Yury Cristina Castaño Giraldo	Tía	Registro civil de nacimiento Yury Cristina Castaño Giraldo, es hija de Tulio Adán Castaño (fl. 44, c. 1)
Andrés Felipe Cuervo López	Primo	Registro civil de nacimiento Andrés Felipe Cuervo López, es hijo de Jairo Antonio Cuervo Giraldo (fl. 32, c. 1)

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, se observa que a la Nación–Fiscalía General de la Nación, se les imputa unos daños en razón de la solicitud de orden de captura y subsiguiente detención del señor Walter Enrique Cuervo Castaño, motivo por el que considera la Sala que tiene legitimación para actuar dentro del presente asunto.

5. La responsabilidad del Estado por la privación de la libertad con fundamento artículo 90 de la Constitución Política

5.1. La Sección Tercera venía sosteniendo que en los casos en que una persona era detenida preventivamente, por disposición de una autoridad judicial, y luego recuperaba

la libertad, bien porque resultaba absuelta bajo supuestos de que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no era constitutiva de hecho punible o en aplicación del principio *in dubio pro reo*, inmediatamente surgía un daño que esa persona no estaba en la obligación de soportar y que, por tanto, el Estado era patrimonialmente responsable, en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de daño especial. Esto, sin importar si el agente judicial actuó o no conforme a la ley, por cuanto estaban en juego derechos y principios de estirpe constitucional como la libertad personal y la presunción de inocencia, la cual, al no ser desvirtuada por el Estado, tornaba en injusta la privación la privación³.

Debe aclararse, en todo caso, que la Sección Tercera del Consejo de Estado no descartaba la aplicación de la falla del servicio para la declaración de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. Así lo ha declarado en asuntos donde resulta evidente que se trata de una detención ilegal o arbitraria, en eventos de homonimia o cuando se trata de capturas realizadas para efectos de indagatoria, surtidas las cuales, no se dicta una medida de aseguramiento en contra del imputado en el término legal⁴.

5.2. Dicho criterio jurisprudencial, sin embargo, fue modificado recientemente en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena de esta Sección, en la cual se concluyó que no basta con probar la restricción de la libertad y la posterior ausencia de condena, sino que es menester analizar si el daño derivado de la privación de la libertad es o no antijurídico, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, lo que implica establecer: i) si el privado de la libertad incurrió en dolo o culpa grave; ii) cuál es la autoridad llamada a reparar y, iii) en virtud del principio *iura novit curia* encausar el asunto bajo el título de imputación que se considere pertinente y, claro está, de acuerdo con el caso concreto y expresando de forma razonada los fundamentos de la decisión. La Sala señaló en la mencionada sentencia⁵:

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo del 2007, expediente No. 15463. Reiterada en sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del 6 de abril de 2011, expediente No. 21563. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre del 2006, expediente No. 13468. Reiterada en sentencia de unificación de 17 de octubre del 2013, expediente No. 23354. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴ Al respecto, entre otras múltiples de la subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se pueden consultar las siguientes sentencias: 19 de julio de 2017, exp. 45466, 14 de septiembre de 2017, exp. 47800, 12 de octubre de 2017, exp. 48048, 1 de febrero de 2018, expedientes 46817 y 45146, 10 de mayo de 2018, exp. 45358, 5 de julio de 2018, exp. 47854, 19 de julio de 2018, exp. 52399, 27 de septiembre de 2018, exp. 52404.

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 15 de agosto de 2018, expediente 46.947, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

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 Civil⁶, la conducta de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal y si, por consiguiente, fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos.

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

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

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

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio iura novit curia, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello⁷.

⁶ “La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

“Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

“El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

“Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

⁷ Consideración que resulta congruente con la parte resolutive del mismo fallo:

5.3. Las consideraciones anteriores no resultan contradictorias con las conclusiones de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, SU 72/18⁸, sobre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable en eventos de privación injusta de la libertad.

En efecto, la Corte precisa que, ni el artículo 90 de la Constitución Política, como tampoco el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que establece la privación injusta de la libertad como un evento resarcible, así como la sentencia C-037 de 1996, que determinó la exequibilidad condicionada del ese artículo, determinan un régimen específico de responsabilidad patrimonial del Estado en eventos de privación injusta de la libertad⁹.

La Corte Constitucional reitera que en materia de reparación directa se acepta la aplicación del principio *iura novit curia*, de acuerdo con las particularidades de cada caso y que definir de manera rigurosa el título de imputación en estos eventos contraviene la interpretación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y de contera el régimen general de responsabilidad estatal del artículo 90 de la Constitución Política¹⁰.

En el mismo sentido precisa que en determinados eventos, entre los cuales se hace referencia a la absolución por *in dubio pro reo*, y a aquellos en los cuales se declaró atipicidad subjetiva, la aplicación automática de un régimen de responsabilidad objetiva, sin que medie un razonamiento sobre si la privación de la libertad fue inapropiada,

“PRIMERO: MODIFÍCASE LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y **UNIFÍCANSE** criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:

1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;

2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

3) Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

En virtud del principio *iura novit curia*, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto.

⁸ Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P: José Fernando Reyes Cuartas.

⁹ Ibidem. Acápites 117 y 118.

¹⁰ Ibidem, Acápites 119 y 120.

irrazonable, desproporcionada o arbitraria vulnera el precedente constitucional con efectos *erga omnes*, esto es la sentencia C-037 de 1996¹¹.

De acuerdo con la providencia, el juez puede escoger entre un título de imputación subjetivo u objetivo, de acuerdo con el carácter demostrativo de la prueba recaudada o la absoluta inexistencia de la misma y agrega que las causales de privación injusta de la libertad no se agotan en las que prescribía el derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991.

Por último, la Corte Constitucional, en el mismo sentido de la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que en todos los casos en los que se reclame la reparación de los daños generados por privación injusta de la libertad debe valorarse la culpa exclusiva de la víctima¹².

5.4. Para llegar a las anteriores conclusiones, la Corte Constitucional pone de presente que la libertad es uno de los bastiones del Estado Social de Derecho de carácter multidimensional, como valor, principio y derecho fundamental, como se deduce del preámbulo y los artículos 1, 2 y 28 de la Constitución Política, entre otros, bajo el entendido que valores tales como la democracia, el pluralismo y la dignidad humana no pueden ser entendidos sino tienen como punto de partida la libertad¹³.

Sin embargo, la libertad, como otros derechos, no tiene carácter ilimitado y puede ceder en casos excepcionalísimos al disfrute de los derechos por parte de otros individuos o a la búsqueda del bienestar general. La fuente principal de esas restricciones es el derecho punitivo, que al mismo tiempo la reconoce de manera principalísima como un principio¹⁴¹⁵.

Esas restricciones excepcionales a la libertad, además de los límites constitucionales, están sometidas de manera superlativa a estrictas reglas de competencia, de tiempo para verificar su legalidad, así como a la posibilidad de revisar la pertinencia de la restricción. En el mismo sentido debe hacerse una diferenciación tajante entre dos figuras, pena y detención preventiva, y que esta no puede implicar, de ninguna manera, una vulneración al principio de presunción de inocencia y que, conforme al bloque de

¹¹ Ibidem, Acápites 121.

¹² Ibidem, Acápites 124

¹³ Ibidem, Acápites 67 a 69.

¹⁴ Ibidem. Acápites 69 y 70.

¹⁵ Artículos 4 del Decreto Ley 2700 de 1991, 3 de la Ley 600 de 200 y 2 de la Ley 906 de 2004.

constitucionalidad, se encuentran sometidas al criterio irreductible de que sean absolutamente necesarias¹⁶.

Pero además de la necesidad, ese ejercicio punitivo preventivo del Estado encuentra otro límite, como es el principio de proporcionalidad, que permite desde el ámbito constitucional examinar y neutralizar los excesos de la potestad de configuración del legislador penal, en particular la medidas cautelares dirigidas a afectar la libertad personal de una persona imputada por un hecho punible. La regla de proporcionalidad impone que los beneficios de las medidas preventivas deben ser superiores o razonablemente equivalentes a las restricciones que imponen a los afectados por ellas¹⁷.

Bajo los anteriores parámetros, la Corte Constitucional, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, reconoce que el Consejo de Estado, en aras del principio de seguridad jurídica, ha acudido tanto a un régimen responsabilidad subjetivo como objetivo en determinados eventos, lo cual no contradice, en principio, la jurisprudencia constitucional en cuanto a la interpretación integral del artículo 90 de la Constitución Política¹⁸.

Sin embargo, señala que en cuatro eventos de absolución, como son que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o porque se aplicó el principio del *indubio pro reo*, se ha aplicado el título objetivo de imputación del daño especial.

Para la Corte Constitucional un régimen de tal naturaleza, pasa por alto que la falla del servicio es el título de imputación preferente y que los otros dos títulos, el riesgo excepcional y el daño especial, son residuales “*esto es, a ellos se acude cuando el régimen subjetivo no es suficiente para resolver una determinada situación*”¹⁹²⁰.

¹⁶ Ibidem. Acápites 70. Sentencia C-106 de 1994.

¹⁷ Ibidem. Acápites 71. Sentencia C-106 de 1994.

¹⁸ Ibidem. Acápites 101.

¹⁹ Sentencia del 26 de mayo de 2010, 13001-23-31-000-1995-00023-01(18105). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera afirmó. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2004, Radicación: 05001-23-31-000-1992-1484-01(15791); Actor: Ana Julia Muñoz de Peña y otros; Demandado: Nación - Mindefensa - Policía Nacional. (...); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de marzo de 2005, Radicación: 85001-23-31-000-1995-00121-01(14808); Actor: María Elina Garzón y otros; Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Y más reciente, la Subsección B, sentencia del 14 de septiembre de 2017, expediente 13001-23-31-000-2003-01929-01(43413), en la cual se hicieron las siguientes referencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de julio de 1993, Exp. 8163 y del 16 de julio de 2008, Exp. 16423.

²⁰ Ibidem. Acápites 102.

Con fundamento en todo lo anterior, la Corte Constitucional señala que en la sentencia C-037 de 1996 se concluyó que, cualquiera que sea el régimen a aplicar, la calificación de injusta de una privación de la libertad, implica necesariamente “definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho”²¹. Frente a este tópico prescribe:

En este punto se precisa que esa comprensión fue plasmada como condicionamiento de dicho artículo, al consignar en el numeral tercero de la parte resolutive que se declaraban exequibles “pero bajo las condiciones previstas en esta providencia, (...)”, entre otros, el artículo 68, sobre el cual en la parte considerativa se había determinado que las reflexiones transcritas eran las condiciones para declararlo exequible²².

Ahora bien, la Corte señala que las normas que contienen los diferentes supuestos en los que procede la detención preventiva en los ordenamientos procesales penales²³, vigentes desde la promulgación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, le son inherentes el juicio de razonabilidad y de proporcionalidad. Sin embargo, los requisitos para imponer la medida de aseguramiento han variado de uno a otro de acuerdo el grado de convicción probatoria requerida, mientras el Decreto Ley 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 solicitaban de uno o dos indicios graves de responsabilidad, respectivamente, la Ley 906 exige de una inferencia razonable de autoría o participación del imputado²⁴.

La Corte insiste en que para una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el juez administrativo a la hora de definir si una privación de la libertad es injusta o no, independientemente del título de imputación que se elija aplicar, debe considerar si las decisiones adoptadas por el funcionario judicial se enmarcan en los presupuestos de “razonabilidad, proporcionalidad y legalidad”²⁵²⁶. Al respecto concluye:

*Lo anterior significa que los adjetivos usados por la Corte [razonabilidad, proporcionalidad y legalidad] **definen la actuación judicial, no el título de imputación** (falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional), esto es,*

²¹ Ibidem. Acápito 102.

²² Ibidem. Acápito 102.

²³ La Corte hace referencia al Decreto Ley 2700 de 1991, artículos 355 Y 356 DE LA Ley 600 de 2000 y 308 de la Ley 908 de 2004

²⁴ Ibidem. Acápito 103.

²⁵ Ibidem. Acápito 104.

²⁶ Más adelante señala:

112. En suma, la aplicación de cualquier de los regímenes de responsabilidad del Estado mantiene incólumes la excepcionalidad y los juicios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, así como la presunción de inocencia que preceden a la imposición de una medida de aseguramiento...

aunque aquellos parecieran inscribir la conclusión de la Corte en un régimen de responsabilidad subjetivo; entenderlo así no sería más que un juicio apriorístico e insular respecto del compendio jurisprudencial que gravita en torno del entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en tanto, debe reiterarse, la Corte estableció una base de interpretación: la responsabilidad por la actividad judicial depende exclusivamente del artículo 90 de la Constitución, el cual no establece un título de imputación definitivo, al haberse limitado a señalar que el Estado responderá por los daños antijurídicos que se le hubieren causado a los particulares²⁷.

Luego insiste en que el elemento común que exige el artículo 90 de la Constitución Política es la existencia de un daño antijurídico y que la responsabilidad patrimonial se define a partir de cualquiera de los títulos de imputación, frente a lo cual señala que, la sentencia C-037 de 1996 es consecuente con ese razonamiento a partir de la interpretación del artículo 65 de la Ley 270 de 1996, que es la cláusula general de responsabilidad del Estado en lo que tiene que ver con la actividad judicial, en la que no se adscribió a ningún título de imputación específico. Y en lo que tiene que ver con la privación injusta de la libertad señaló:

De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse²⁸.

La Corte señala que lo anterior no impide que se creen reglas en pro de ofrecer homogeneidad en materia de decisiones judiciales, pero estas deben fundamentarse en un análisis concienzudo de las fuentes del daño y no en generalizaciones normativas, que no tomen en cuenta las posibilidades que giran en torno a esas fuentes.

5.5. De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional, señala que en dos eventos establecidos por el Consejo de Estado, resulta factible aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, estos son cuando el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica, en ambas situaciones la privación de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada, por lo que *“el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos”²⁹.*

En criterio de la Corte desde el inicio de la investigación, el fiscal o juez deben tener claro que el hecho sí se presentó y que es objetivamente típico, ya que disponen de las

²⁷ Ibidem. Acápites 104.

²⁸ Ibidem. Acápites 104.

²⁹ Ibidem. Acápites 105.

herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos. En el primer caso el funcionario judicial debe tener en claro esa información desde un principio y en el segundo se trata de una tarea más sencilla, que consiste en el cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipifican como tal³⁰.

Las dos causales anteriores se contrastan con la absoluciones consistente en que el procesado no cometió el delito y la aplicación del principio *in dubio pro reo*, la Corte considera que estas requieren de mayores disquisiciones por parte de los fiscales o jueces para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma. En un sistema como el acusatorio no resulta exigible al fiscal y al juez con función de garantías que en etapas tempranas de la investigación penal definir si el imputado ejecutó la conducta, pues será en etapas posteriores que el funcionario judicial definirá tales asuntos, que solo se pueden definir en la contradicción probatoria durante un juicio oral³¹.

Lo mismo pasaría respecto de eventos de absolución en los que concurre una causal de justificación o una de ausencia de culpabilidad, en los que la conducta resulta objetivamente típica, pero no lo era desde el punto de vista subjetivo³².

5.6. En conclusión, las sentencias de unificación del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, establecen que en eventos de privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

En la misma vía, en todos los eventos posibles, será necesario descartar si el imputado o sindicado con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a la medida de privación de la libertad.

Bajo los anteriores parámetros entra a considerarse el caso concreto.

6. Problema jurídico

Cabe advertir que, en atención a que la parte demandante y una de las demandadas, la Nación-Rama Judicial, llegaron a un acuerdo conciliatorio que puso fin al litigio entre estas, el análisis sustantivo y procesal a efectuar por esta Corporación en los

³⁰ Ibidem. Acápito 105.

³¹ Ibidem. Acápito 106.

³² Ibidem. Acápito 106.

siguientes apartes de la presente providencia recaerá exclusivamente sobre el daño y la posible imputación de este a la Nación-Fiscalía General de la Nación.

Así las cosas, la Sala examinará si en el presente caso se reúnen los presupuestos necesarios para que la Nación-Fiscalía General de la Nación deba responder patrimonialmente por la privación de la libertad padecida por el señor Walter Enrique Cuervo Castaño, ordenada dentro de la investigación que cursó ante la Fiscalía Caivas³³ de Popayán por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir y que culminó con sentencia absolutoria, la cual tuvo como fundamento la aplicación del principio del *in dubio pro reo*.

6.1. El daño

Con el fin de abordar integralmente la problemática del presente asunto, la Sala analizará la demostración del daño, toda vez que se trata del primer elemento que debe estudiarse para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado. Una vez establecida la alegada afectación de los intereses de la parte demandante, se entrará a determinar la posibilidad de imputarla a la demandada.

En el caso concreto, el daño alegado por el demandante es la afectación a su libertad durante el tiempo que estuvo privado de esta, en el marco de la investigación penal que se adelantó en su contra como presunto autor del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, por el cual fue capturado y recluido en un establecimiento penitenciario.

La Sala considera que no hay duda sobre la existencia del daño alegado, pues se encuentra acreditado que el señor Cuervo Castaño fue procesado penalmente y, por ende, privado de su libertad desde el 20 de agosto de 2008, tal como consta en la orden de captura, la cual se hizo efectiva ese mismo día (fls. 140 a 142, c. 1), hasta el 13 de marzo de 2009, por orden del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Popayán, según consta en la certificación No. AJUR-421-REM expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Popayán (fl. 88, c. 1).

Al proceso concurren, igualmente, María Del Carmen Castaño Giraldo, Néstor Enrique Cuervo Giraldo, Claudia Patricia Cuervo Castaño, Wilson de Jesús Cuervo Castaño, Mauricio de Jesús Cuervo Castaño, José Heriberto Cuervo Ramírez, Blanca Delia Giraldo, Tulio Adán Castaño, Lucila Rosa Giraldo, Rodrigo de Jesús Cuervo

³³ Corresponde al Centro de Atención Integral a las Víctimas de Violencia Sexual que hasta el 2009 se encontraba a cargo de la Fiscalía General de la Nación.

Giraldo, Jairo Antonio Cuervo Giraldo, Adolfo de Jesús Cuervo Giraldo, Yury Cristina Castaño Giraldo y Andrés Felipe Cuervo López, quienes acreditaron ser parientes de la víctima directa del daño, según consta en sus respectivos registros civiles de nacimiento aportados al expediente y en relación con los tíos y primo se acreditó, además, la afectación moral, por lo que se infiere que padecieron un daño como consecuencia de la privación de la libertad del señor Walter Enrique Cuervo Castaño.

6.2. La imputación

Establecida la existencia del daño es necesario verificar si resulta antijurídico y, además, imputable jurídica o fácticamente a la demandada, toda vez que, se recuerda, a juicio de la parte demandada, la privación de la libertad a la cual fue sometido el señor Cuervo Castaño no podía calificarse como injusta, ya que las pruebas que obraban en el expediente penal eran suficientes para dictar la medida de aseguramiento a él impuesta.

Ahora bien, valorado en conjunto el material probatorio, ha de decirse que se encuentran acreditados los siguientes hechos:

- El 13 de febrero de 2008, la señora Maria Cecilia Muñoz Toro, la abuela del joven J.A.E. formuló denuncia en contra del señor Walter Enrique Cuervo Castaño por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir (fl. 152, c. 1), motivo por el cual, la Fiscalía Caivas de Popayán procedió a obtener la identificación del indiciado y a entrevistar a los tíos de la víctima, los ciudadanos Óscar y Luz Dary Erazo Muñoz (fls. 153 a 155, c. 1).

- Seguidamente, el 13 de febrero de 2008, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses practicó un examen médico sexológico al joven J.A.E., del cual se destaca lo siguiente:

EXAMEN GENITAL: (...) leve eritema perianal. No fisuras.

CONCLUSIÓN: Por las características de erupción dentaria, desarrollo antropométrico y desarrollo sexual secundario, tiene una edad clínica aparente entre 19 a 20 años. No presenta huellas de un trauma al examen físico que permitan fundamentar una incapacidad médico legal. Tono y forma anal normal. Se observa ligero eritema perianal pero estos hallazgos no confirman ni descartan lo relatado por el examinado. Se toma frotis anal para búsqueda de espermatozoides. No hay signos de contaminación venérea al momento del examen. No presenta alteraciones neurológicas que sugieran que se encuentra bajo el efecto de

sustancias psicotóxicas. Se recomienda valoración por psiquiatría forense (fl. 132, c. 1).

- El 19 de febrero de 2008, se practicó examen médico legal psicológico, del cual se señaló que el joven J.A.E. padecía un retraso mental de leve a moderado (fl. 133 a 145, c. 1). Se destaca lo siguiente del informe técnico:

¿Han tocado tu cuerpo?: (...) el que me tocó fue Walter, el que vende todos los electrodomésticos, que vende vasos, asientos, que tiene una moto roja. Y me llevó allá al brastier (sic), allá me quita toda la ropa, se llama brastier (sic)...allá estaba jodiendo donde él, era por la tarde, me dijo, yo lo que es pillo y me llevaba allá al baño, yo no quise entrar, (...) me quitó toda la ropa y me hizo el amor.

Es Walter, él me quitó la ropa y me quitó los calzoncillos y me hizo el amor y claro, me lo metió acá (señala los glúteos), eso se llama ano.

Me cogió a la fuerza y allá me hacía el amor (señala la región perineal).

(...)

CONCLUSIÓN: *A la evaluación psiquiátrica actual realizada a J.A.E., se encuentra un funcionamiento intelectual general significativamente inferior con alteraciones en el comportamiento adaptativo que se ha manifestado antes de los 18 años, lo que es compatible clínicamente con un RETRASO MENTAL DE LEVE A MODERADO.*

Con respecto a los hechos investigados hace un relato, claro, con elaboraciones no estructuradas, con abundantes detalles, correcciones espontáneas, asociaciones externas relacionadas, con consistencia interna y externa. La develación inicial coincide con las declaraciones de los familiares, aparentemente la relación previa con el supuesto agresor era de amistad y proviene de un entorno no conflictivo (fl. 133, c. 1).

- El 1° de agosto de 2008, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses presentó informe del laboratorio de biología forense, que tenía como finalidad determinar si en la muestra, estos es, la ropa interior del joven J.A.E, se lograba hallar la presencia de semen. En el escrito se expresó:

Para determinar si en la muestra hay presencia de semen (proteína p30) se interpreta como positiva la visualización de una doble línea o banda de color rojo sobre el soporte de reacción.

MUESTRA	ÁRBOL DE NAVIDAD	PROTEÍNA P30
DSO-GBF-0108.1-2008 frotis anal	Se observó un (1) espermatozoide en la preparación	Positiva
DSO-GBF-	Se observó un (1)	Positiva

0108.2-2008 interior	espermatozoide en la preparación	
-------------------------	-------------------------------------	--

(...)

CONCLUSIONES: se observaron espermatozoides con el estudio de Árbol de Navidad, y se detectó proteína p30 en la preparación hecha con muestra tomada, según solicitud de frotis anal y en la preparación hecha con muestra tomada del interior, evidencias remitidas bajo No. (...) a nombre del examinado de la referencia (fls. 146 a 147, c. 1).

- Seguidamente, en informe pericial de genética forense de 3 de diciembre de 2008, se señaló que se procedió a hacer un cotejo de la muestra hallada en la ropa interior del joven J.A.E. con el ADN del señor Walter Enrique Cuervo Castaño; sin embargo no se logró obtener un perfil genético diferente al del joven J.A.E. Así se consignó:

En las muestras de frotis anal y de pantalón interior tomado y perteneciente a J.A.E. no se logró obtener un perfil genético diferente al de J.A.E. Se realizó la extracción y cuantificación, lo mismo que la tipificación en los sistemas STR tanto autosómicos como de cromosoma Y de estas evidencias pero se obtuvo el perfil genético de la víctima. Esto puede deberse a la escasa cantidad de espermatozoides que se detectaron en esta evidencia (fl. 148, c. 1).

- El 20 de agosto de 2008, la Fiscalía Caivas de Popayán presentó solicitud de orden de captura en contra del señor Walter Cuervo Castaño ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías, con fundamento en los siguientes argumentos, según consta en el CD contentivo de la audiencia de dicha petición:

El fundamento fáctico que dio origen a la investigación y por tanto a esta solicitud tuvo ocurrencia el 13 de febrero del año en curso, poniéndose en conocimiento de la señora María Cecilia Muñoz Toro, de 74 años de edad, que el día en mención siendo aproximadamente las 10 de la mañana llegó su nieto J.A.E. quien es un niño especial, toda vez que sufre un retardo mental, comentándole que había sido violado, estando en presencia también la tía de este joven, la señora Luz Dary Erazo, comienza a comentarles que un sujeto lo había desnudado y le había metido el pene por la cola, hechos que habían sucedido en otras oportunidades y sobre las cuales lo había amenazado, frente a estas afirmaciones tanto la tía como la abuela del joven le preguntan sobre la identidad del sujeto, y este las lleva al lugar donde el sujeto trabaja como vendedor en la carrera 17 con 6, un baratillo, y es donde él señala al joven que supuestamente le ha hecho esta agresión sexual, en este momento manifiestan los familiares, posteriormente, en la entrevista, que el joven se esconde frente al señalamiento, y preguntaron al encargado del negocio sobre la identidad de esta persona y él no quiso dar ninguna información al respecto, así mismo, el joven afectado, J.A. le comenta a sus tíos José Armando Erazo, Óscar Erazo y Luz Dary Erazo los detalles y pormenores de como se había suscitado dicho acoplamiento sexual. Pero es justamente en la entrevista con los peritos, con Medicina Legal y con psiquiatría que con su limitado lenguaje, el joven detalla la

forma como aquél lo accedió analmente y manifestó que ese joven Walter, el sujeto Walter, quien vende electrodomésticos, que tiene una moto roja, quien fue quien le quitó la ropa, lo lleva a un 'Brastier', como él lo conoce es el vistiere (sic) del negocio El Revolcón Paisa, ubicado en la dirección antes mencionada, que lo llevaba a veces al baño, que él no quería entrar, pero que era ahí donde le quitaba la ropa y le hacía el amor. Repite en diferentes oportunidades dichas manifestaciones señalándose en la parte anal donde dice le introduce el miembro viril.

Conforme estas manifestaciones, la Fiscalía inicia su labor investigativa y encuentra a parte de la información y noticiamiento (sic) criminal, en la primera valoración médico legal sexológica, dentro de las evidencias, que el médico legista encuentra, ese mismo día, un ligero eritema perianal y se toma muestras de frotis anal para búsqueda de espermatozoides. Se reciben las entrevistas a los tíos José Alejandro Erazo, Óscar Hernán Erazo y a la tía Luz Dary Erazo como el afectado les cuenta sobre los detalles, se realiza la plena identificación del autor del hecho como Walter Enrique Cuervo Castaño, con cédula de ciudadanía (...), alias El Paisa. Adicional a ello se recibe la valoración psiquiátrica donde se concluye, efectivamente, que el joven J.A. padece un retardo mental de leve a moderado, pero que pese a ese retardo, respecto a los hechos investigados hace un relato claro, coherente, con elaboraciones no estructuradas, con abundantes detalles, con correcciones espontáneas, con asociación externa relacionadas con consistencia interna y externa, la develación inicial coincide con las declaraciones de los familiares, aparentemente la relación previa con el supuesto agresor era de amistad y proviene de un entorno no conflictivo con respecto a este agresor.

Se realiza, además, la prueba científica con respecto a las muestras tomadas y es esta la que nos determina que efectivamente debió haber un acoplamiento sexual toda vez que se encuentran espermatozoides en dichas muestras y que posteriormente, serán sometidas al cotejo respectivo.

En esta medida y con estos elementos debemos determinar que estamos frente a la posible comisión de una conducta del acceso carnal abusivo con incapaz de resistir del artículo 210 del Código Penal que trae aparejada una pena de 4 a 8 años, para la fecha de comisión de los hechos, con la circunstancia de agravación punitiva del artículo 211 numeral 2 comoquiera que ya había una relación previa de amistad de confianza con el agresor frente a la víctima y que es un concurso homogéneo y sucesivo de conductas toda vez que el afectado indica que ha sido reiterada la conducta de abuso sexual.

En ese orden ideas y entendiendo que como lo exige el artículo 313 este es de aquellos delitos que por ser de conocimiento oficioso y por superar ampliamente el quantum punitivo, del límite de 4 años, se puede, perfectamente, imponer medida de aseguramiento por el requisito objetivo, además, de que los elementos materiales probatorios indican la inferencia razonable de que el señor Walter Enrique Cuervo Castaño es la persona que probablemente ha cometido la conducta y que finalmente el delito frente al cual nos encontramos es un delito grave, es un delito de los catalogados de mayor conmoción social, y que seguramente, no solo representa un peligro para la comunidad sino también para la víctima y en su momento cuando sea necesario la solicitud de la medida así se expondrá, pues en principio se hace también necesario justamente privar de la libertad de una manera excepcional como lo requiere nuestro Código de Procedimiento Penal, la libertad de

este implicado, de este indiciado, a fin de traerlo al proceso y formularle los cargos respectivos por los cuales se ha señalado la conducta punible siendo víctima J.A.E., en esa medida requerimos de usted, señor juez, por considerarla necesaria, adecuada, proporcional y razonable la orden de captura en contra del ciudadano Walter Enrique Cuervo Castaño para los efectos anteriormente señalados (min 1:18 a 8:20, CD 2, fl. 40, c. 3).

El referido juzgado accedió a la petición y profirió orden de captura con la boleta No. 19 en contra del señor Walter Enrique Cuervo Castaño (fl. 143, c. 3).

- El 21 de agosto de 2008, el Juzgado Cuarto Penal Municipal con funciones de control de garantías realizó las audiencias preliminares y, a petición de la Fiscalía, procedió a legalizar la captura del hoy demandante, se le imputó el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado en concurso sucesivo y homogéneo de conformidad con el artículo 210 del Código Penal (140 a 141, c. 2).

En relación con la solicitud de la medida de aseguramiento, se tiene que la Fiscalía se basó en los mismos argumentos fácticos esgrimidos en la audiencia de solicitud de orden de captura. Adicionalmente, adujo que la medida de aseguramiento era procedente en cuanto el señor Cuervo Castaño constituía un peligro para la sociedad o la víctima por la gravedad de la conducta punible, así como por la naturaleza del delito imputado. Al respecto, manifestó lo siguiente:

Conforme a los lineamientos establecidos por los artículos 306, 307, 308 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía considera que en el caso que nos ocupa el día de hoy, es procedente, y debe imponerse por tanto medida de aseguramiento que no puede ser otra que la privativa de la libertad de detención preventiva en establecimiento de reclusión como lo dispone el artículo 307, literal a, numeral 1° (min. 51:12 a 51:45, CD, fl. 40, c. 2).

(...)

Cuándo se constituye una persona un peligro para la sociedad (...), para establecer si el delito al cual nos encontramos en esta investigación, es grave, sin lugar a dudas, no solo por un criterio subjetivo o personal del ente instructor podemos hablar de gravedad de la conducta. La gravedad de la conducta se mide por diferentes aspectos, entre ellos y el primero es, el tratamiento que le ha dado el Legislador a este tipo de conductas punibles, y es allí donde entra en juego la punibilidad. Nótese cómo este es un tipo de delito que más altas penas maneja dentro del Código Penal, penas de larga duración, incluso, mire señor juez, como la Ley 1236 del 23 de julio de 2008, hace un mes apenas, incrementó las penas para este tipo de delitos, en un alto incremento (...) más aún la Ley de Infancia y Adolescencia, si bien es cierto no se plasma o no se debe para este caso, pues comoquiera que estamos frente a un mayor de edad, sí establece que para delitos de esta naturaleza, se hace una exención, se quita todo clase de beneficios para

este tipo de infractores, luego el legislador le da un tratamiento justamente de mayor cuidado por la gravedad que causa justamente este tipo de conductas en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, vamos allá a la sola punibilidad que le ha dado el legislador un tratamiento de delito grave sino también a la conmoción social, al impacto social que causan esta clase de conductas, es que aquí estamos frente a una conducta que es atentatoria no solo de la integridad y formación sexual sino contra la propia dignidad de la persona, (...) dignidad que se ve afectada, más aún cuando se trata de una persona que tiene un retraso mental, que es evidente que no se puede defender como cualquier otra persona normal y, por tanto, indudablemente, incluso, se ha detenido el legislador a incluirlos como de aquellos que ni siquiera en mayores de edad tienen derecho a la detención domiciliaria, mírese bien en el artículo 314 en su parágrafo, justamente porque son personas que no se pueden defender y se asimila casi a menores de edad.

(...) El propio artículo 310 nos dice que de acuerdo con el caso el juez podrá valorar, adicionalmente, alguna de las circunstancias si no sería suficiente con la gravedad del delito, pero aquí hay una circunstancia adicional, cual es el numeral 2° cuando habla del número de delitos que se le imputan y naturaleza de los mismos, este no fue un primer evento, no fue un evento casual, no fue un evento accidental, se está estableciendo un concurso homogéneo y sucesivo de conductas de aprovechamiento, y ya el joven afectado, cansado de esta situación y viniendo justamente de una de esas vulneraciones, se atreve a denunciar.

Adicional a ello, el artículo 311 nos establece que puede ser un peligro para la víctima y se entenderá que la seguridad de la víctima, dice en su texto, que está en peligro la seguridad de la víctima 'cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella o su familia o sus bienes'. Nótese cómo este joven aprovechando no solo la amistad sino la vecindad del lugar de trabajo donde se encuentra a la residencia del afectado, quien pasa normalmente por el lugar, pues obviamente constituye un peligro no solo en la medida que pueda volver a vulnerarlo sino en influir propiamente en el testimonio de una persona que sufre un retardo mental.

En esa medida, la Fiscalía encuentran más que satisfechos y cumplido los requisitos tanto objetivo, probatorio como necesarios constitucionalmente y de fines para que al señor Walter Enrique Cuervo Castaño se le imponga una medida restrictiva en centro de reclusión (min.01:04 a 01:09, CD. Fl. 40, c .2).

Por lo anterior, el Juzgado Cuarto Penal Municipal con funciones de control de garantías, accedió a la solicitud de la medida de aseguramiento en el entendido de que los elementos materiales probatorios de la investigación penal, conllevaban a una inferencia razonable de que el señor Cuervo Castaño era el posible autor material del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, siendo víctima el joven J.A.E., conducta punible de considerable gravedad. Asimismo, expuso que era necesaria la medida de aseguramiento en cuanto la víctima podía verse en peligro de acuerdo a las consideraciones expuestas por el ente acusador. Por tales razones, el juez procedió a

imponerle una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, en centro carcelario, de conformidad con el artículo 313, numeral 2° del C.P.P., la cual estimó que era necesaria, adecuada, proporcional y razonable (min. 01:39 a 01:56, CD, fl. 40, c. 2).

- El 16 de septiembre de 2008, la Fiscalía General de la Nación presentó escrito de acusación contra el señor Walter Enrique Cuervo Castaño señalándolo como autor del punible de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir (fls. 128 a 131, c. 2).

- En audiencia de 21 de abril de 2009, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Penal de Popayán procedió a dar lectura del sentido del fallo, el cual señaló que era de carácter absolutorio (fls. 103 a 104, c. 1).

- La anterior decisión fue objeto de apelación por parte de la Fiscalía General de la Nación. El 28 de julio de 2009, celebró la audiencia de sustentación del recurso (fl. 88, c. 1). En la diligencia, el ente acusador, solicitó la revocatoria de la sentencia para que, en su lugar, se condenara al señor Cuervo Castaño, comoquiera que las pruebas obrantes en la investigación penal configuraban una inferencia razonable de que este era el autor de la conducta imputada.

- En providencia de 12 de agosto de 2009, proferida por el Tribunal Superior de Popayán, Sala de Decisión Penal, se resolvió el recurso de apelación formulado por la Fiscalía General de la Nación y decidió confirmar la sentencia absolutoria proferida a favor del señor Cuervo Castaño, en aplicación del principio de *in dubio pro reo*; no obstante, hizo las siguientes precisiones:

La expresión del a quo en este sentido fue que para el Juzgado es claro que sin un testigo –víctima- registra incapacidad para testificar, en el intelecto, capacidad de abstracción y memoria, de entrada no es creíble, no es seria y no puede servir para poner en marcha la intervención penal.

Y asiste razón en su crítica a la Fiscalía, cuando sostiene que si un retrasado mental acudió a su despacho a la unidad CAIVAS, como lo hizo J.A. con su familia y estos cuentan que momentos aquél fue abusado sexualmente ha señalado al agresor, se le remite a medicina legal donde igualmente –como lo hizo con sus familiares- denuncia a su agresor, se le encuentra evidencia corporal, hasta física, como espermatozoides, ¿cómo considerar que ello sería insuficiente para impulsar el movimiento de la acción penal?

De toda suerte, el juez a quo está planteando, como fatal adveración (sic), premisa demasiado estrecha en el campo probatorio y, más aún, en el área de la investigación penal, pues del texto referido se puede extraer que alguien con discapacidad mental –sin precisar el grado de la misma, para el momento de

producirse la notitia criminis- no está facultado para impulsar el movimiento de la acción penal, ni siquiera por intermedio de sus familiares y sin consideración a qué elementos demostrativos puedan aportar estos a qué evidencia física haya quedado sobre el cuerpo de ese discapacitado que fue víctima de agresión de cualquier naturaleza, obviamente también los de naturaleza sexual.

Tal postura desconoce que poner en marcha la intervención penal, en los términos por él aludidos, no implica necesariamente que de comienzo se vayan a imponer medidas cautelares u otras restrictivas de la libertad y, por el contrario, más bien va a permitir en muchas ocasiones, evitar impunidad para comportamientos punibles, si esa investigación es llevada en debida forma y con el auxilio de las técnicas específicas de la criminalística.

Además, aparece contradictoria la posición manifestada, por parte del juzgador, pues si se atrevió a realizar este planteamiento, debió concluir con absolución plena, no por duda, como en últimas lo hizo en este caso, con lo cual terminó dando razón al titular de la persecución penal, cuando impulsó el movimiento de la acción penal, pues ello indica que no obstante la discapacidad de J.A. , su narrativa permitía, al menos, prever la posibilidad de ejecución de comportamiento punible, solo que la investigación no alcanzó a llevar conocimiento, más allá de toda duda para demostrar el hecho, autoría y responsabilidad penal.

(...)

Así mismo, ante la ausencia de prueba contundente relacionada con la real ocurrencia del hecho, en los términos analizados, el hallazgo de una unidad espermática en el canal anal y otra en la parte trasera del pantaloncillo de J.A no es indicador indefectible de tal hecho, toda vez que, las condiciones probatorias de este proceso, dentro de las posibles hipótesis, no puede descartarse maniobras de autosatisfacción sexual (...).

(...)

Esta Corporación concluye que la valoración conjunta de la prueba no permite grado de conocimiento más allá de toda duda, acerca de la realización del hecho y la potencial responsabilidad penal de Walter Enrique Cuervo Castaño y, por tanto, impartirá confirmación al proveído objeto de apelación, permitiendo la prevalencia del in dubio pro reo, toda vez que en este caso predomina la duda, en los términos consignados en este fallo, misma que no puede ser salvada a estas alturas del proceso (fl. 63 a 64, 75, c. 2)

Ahora bien, se reitera, en esta instancia no corresponde analizar la responsabilidad de la Nación – Rama Judicial, dado la existencia de un acuerdo conciliatorio logrado entre la Nación – Rama Judicial y los demandantes, el cual, como se vio, fue aprobado por el Tribunal *a quo*.

De acuerdo con lo expuesto, en este caso, lo que sí debe analizar la Sala es si la Fiscalía General de la Nación debe responder bajo el título de imputación de falla del servicio.

Al respecto, resulta oportuno señalar que dicha entidad no es la llamada a responder, porque la decisión en virtud de la cual se restringió el derecho a la libertad del señor Walter Enrique Cuervo Castaño se profirió dentro del marco de las competencias asignadas a los jueces de control de garantías, en atención a la solicitud formulada por la Fiscalía, la cual se ajustó a las disposiciones legales y constitucionales que la gobiernan.

De conformidad con lo establecido en el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No. 3 del 19 de diciembre de 2002, la Fiscalía ostenta la titularidad del ejercicio de la acción penal y su función principal es la investigación de los hechos que revistan la característica de un delito, para lo cual podrá solicitar, entre otras cosas, que el juez de control de garantías ordene las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal³⁴.

En relación con las medidas de aseguramiento, el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 dispuso que el ente investigador solicitará al juez de control de garantías su imposición con indicación de *“la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia”*.

A su vez, el artículo 308 de la referida normativa estableció que el juez de control de garantías decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla con alguno de los siguientes requisitos:

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

³⁴ Facultad ratificada por el legislador en el numeral 8 del artículo 114 de la Ley 906 de 2004, según el cual, a la Fiscalía General de la Nación le corresponde *“[s]olicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas”*.

De igual manera, el artículo 313 *ibídem* indicó que, satisfechos los requisitos del artículo 308, la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario procederá en los siguientes casos:

1. *En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.*
2. *En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.*
3. *En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Según el ente investigador, dicha petición encontraba sustento en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, por la naturaleza y gravedad del delito y porque el imputado constituía un peligro para la sociedad, más concretamente para la víctima, dada la entidad del delito que se le endilgó.

Bajo ese entendido, la Sala encuentra que el delito atribuido de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, para la época de ocurrencia de los hechos, previsto en el artículo 210 de la Ley 599 de 2000, tenía consagrada una pena de prisión cuyo mínimo excedía de cuatro (4) años: *“El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años”*. Circunstancia que permite interpretar como adecuada y proporcional la solicitud de la medida restrictiva de la libertad, de conformidad con el precitado artículo 313 del C.P.P.

Ahora bien, como quedó visto, la prueba de referencia –el señalamiento que efectuó el joven J.A.E. en la valoración psicológica- y los indicios graves, dan cuenta de los elementos materiales probatorios con los que contaba la Fiscalía General de la Nación para solicitar la imposición de una medida de aseguramiento, consistente en la detención preventiva en centro carcelario, contra el señor Walter Enrique Cuervo Castaño, dado que de esas pruebas se podía inferir razonablemente que el imputado era el autor de la conducta delictiva reprochada.

En primer lugar, el ente instructor contaba con el análisis de la entrevista realizada al joven J.A.E. en el examen médico legal psicológico, mediante el cual se concluyó que, pese a que este presenta un retardo mental de leve a moderado, su relato respecto a los hechos investigados expresaba una narración clara, coherente, con abundantes

detalles, además que, su dicho coincidía con las declaraciones de los familiares a quienes el joven les había comentado las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurría el acto delictivo, indicando sin dubitaciones a su agresor Walter Enrique Cuervo Castaño.

En este punto, es preciso mencionar lo señalado por la Asociación Afecto contra el Maltrato Infantil, en un concepto técnico presentado en un caso similar resuelto por la Subsección B³⁵, pese a que en el presente caso el joven J.A.E. no es menor de edad, lo cierto es que el informe también se refiere a personas con discapacidad mental. El estudio destacó que los niños que afrontan limitaciones físicas o mentales (i) pueden efectuar relatos muy confiables y precisos, ya que se desempeñan “*tan bien o mejor en cuanto a la cantidad de detalles*”; (ii) tienen una mayor probabilidad de ser maltratados y (iii) están especialmente en riesgo.

Los estudios existentes en cuanto a la capacidad de niños que afrontan limitaciones físicas o mentales demuestran que al compararse con niños de la misma edad mental, estos se desempeñan tan bien o mejor en cuanto a la cantidad de detalles y precisión mientras la entrevista se realice utilizando preguntas abiertas y fomentando el relato libre, debido a que las preguntas cerradas pueden generar algunas dificultades (Brown & Lewis, 2015). Por lo tanto, no se disminuiría el grado de confiabilidad de la versión del menor por presentar limitaciones físicas o mentales. Por otro lado, algunos autores indican que las personas con algún tipo de limitación nombrada anteriormente tienen una mayor probabilidad de ser maltratados y están especialmente en riesgo (Wissink, et.al, 2015). Por lo tanto, sí existe un factor de vulnerabilidad en los niños que cuentan con alguna limitación, ya sea esta mental o física.

Además, si hay afectación en la vulnerabilidad, esta depende del nivel y del tipo de limitación, ya que se consideran los diferentes tipos de riesgos debido a los diferentes tipos de deficiencias y desafíos que el niño presenta (Turner, et. Al, 2011)³⁶.

En segundo lugar, la Fiscalía General de la Nación contaba con los hallazgos de los exámenes médico legales, el mismo día que se formuló la denuncia penal en contra del hoy demandante, al joven J.A.E. se le practicó un examen sexológico, del cual se obtuvo como resultado la apariencia de un eritema perianal y, en el informe de 1° de agosto de 2008, del laboratorio de biología forense, se descubrió que en la ropa interior que el joven J.A.E. había usado el día 13 de febrero de 2008, se halló una muestra de semen. Este escenario, sumado al relato del joven J.A.E., construía indicadores de que

³⁵ Expediente No. 56386, M.P. María Adriana Marín (E).

³⁶ *Ibidem*, fl. 37.

el joven J.A.E. había sido accedido analmente y que el señor Cuervo Castaño era el autor de la conducta punible investigada.

Ahora bien no sobra indicar que el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia señaló que cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes (i) si hay lugar a proferir medida de aseguramiento, *“esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión”*; (ii) *“no se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia”* y (iii) *“no procederá la extinción de la acción penal”*. Normativa que si bien no es aplicable al caso concreto por no tratarse la víctima de un menor de edad, lo cierto es que la gravedad de la conducta punible infiere en ser de mayor entidad por tratarse de la vulneración al bien jurídico tutelado de la libertad, integridad y formación sexuales, la cual puede ser interpretada a la luz de la razonabilidad de la solicitud de la medida restrictiva de la libertad en centro carcelario.

Adicional a ello, la Ley 1306 de 2009 previó en el artículo 5º que son obligaciones de la sociedad y del Estado colombiano, entre otras, *“garantizar el disfrute pleno de todos los derechos a las personas con discapacidad mental, de acuerdo a su capacidad de ejercicio”*, y *“proteger especialmente a las personas con discapacidad mental”*, precisando al respecto que *“una persona natural tiene discapacidad mental cuando padece limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le permite comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio (...)”*. Lo que permite inferir, pese a que esta ley se expidió con posterioridad a la fecha de ocurrencia de los hechos, es que las personas en situación de discapacidad mental, requerían una expresión legislativa para garantizar su protección. Así, la solicitud de medida de aseguramiento, se logra interpretar, a su vez, como un instrumento en procura de la seguridad del joven J.A.E.³⁷, en tanto, se trataba de una víctima susceptible de agresiones sexuales por su condición de discapacidad mental.

³⁷ Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C- 824 de 2011, se pronunció en relación con la marginación de que son víctimas las personas con limitaciones o con discapacidad, reconociendo que dicha marginación ha sido una constante histórica y ha tenido unas características singulares debido a particulares características de esta población, que constituyen: (i) *minorías ocultas*, (ii) *han sufrido de invisibilidad a los ojos de los Gobiernos y de la sociedad*, y (iii) *tienen una gran heterogeneidad relativa al tipo de limitaciones o discapacidades, al alto grado de ignorancia, prejuicios, negligencia o incomodidad que generan estas limitaciones o discapacidades en las autoridades y en la sociedad, y en la conjunción de limitaciones y discapacidades con otros tipos de discriminación como la de género, racial, etc.*

Así las cosas, la actuación de la Fiscalía General de la Nación al formular solicitud de captura y de imposición de medida de aseguramiento en establecimiento carcelario, se ajustó a las pruebas obtenidas hasta ese momento de la investigación³⁸ y a las disposiciones legales que regulaban dicha fase dentro del proceso penal acusatorio, valga decir, que fueron argumentos y pruebas acogidos en su integridad por el juez en función de control de garantías.

Si bien en materia penal las pruebas recaudadas no resultaron suficientes para convencer al juez penal más allá de toda duda razonable del acaecimiento del hecho, en materia extracontractual devienen en suficientes para negar la reparación reclamada por los demandantes respecto de la imputación realizada a la Fiscalía General de la Nación. Esto es así porque responden a la explicación más razonable de lo probado.

Entonces, como la Fiscalía General de la Nación no es la llamada a responder por los perjuicios ocasionados a los demandantes y, no obstante, resultó condenada por el Tribunal *a quo*, para la Sala es claro que se debe modificar la sentencia de primera instancia respecto de esta entidad, pero solo en cuanto este aspecto se refiere.

7. Condena en costas

En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

MODIFICAR parcialmente la sentencia recurrida, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cauca, el 5 de febrero de 2015, en el proceso de la referencia,

³⁸ Lo anterior, más si se tiene en cuenta que “[el hecho de] que ciertos elementos de conocimiento hayan sido suficientes para ordenar una medida de aseguramiento no significa que también lo sean para demostrar la responsabilidad penal del acusado” y ha aclarado que “[l]a presentación, contradicción y evaluación de los elementos de conocimiento que prevé el artículo 306 no buscan establecer la responsabilidad del imputado, como sí lo hacen las pruebas, sino la procedencia de una medida de aseguramiento que incide en los derechos del imputado”. Corte Constitucional, sentencia C-1154 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

respecto de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar, se resuelve:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda respecto de la Fiscalía General de la Nación.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA